



# **Tópicos em direito administrativo**



# **Tópicos em direito administrativo**

Fernanda Leite de Araújo Rangel

© 2017 por Editora e Distribuidora Educacional S.A.  
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida ou transmitida de qualquer modo ou por qualquer outro meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer outro tipo de sistema de armazenamento e transmissão de informação, sem prévia autorização, por escrito, da Editora e Distribuidora Educacional S.A.

**Presidente**

Rodrigo Galindo

**Vice-Presidente Acadêmico de Graduação**

Mário Ghio Júnior

**Conselho Acadêmico**

Alberto S. Santana

Ana Lucia Jankovic Barduchi

Camila Cardoso Rotella

Cristiane Lisandra Danna

Danielly Nunes Andrade Noé

Emanuel Santana

Grasiele Aparecida Lourenço

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

Paulo Heraldo Costa do Valle

Thatiane Cristina dos Santos de Carvalho Ribeiro

**Revisão Técnica**

Alexandre Guimarães Melatti

Betânia Faria e Pessoa

Cristiano de Almeida Bredda

Jacqueline Mayer da Costa Ude Braz

**Editorial**

Adilson Braga Fontes

André Augusto de Andrade Ramos

Cristiane Lisandra Danna

Diogo Ribeiro Garcia

Emanuel Santana

Erick Silva Griep

Lidiane Cristina Vivaldini Olo

---

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

R196t Rangel, Fernanda leite de Araújo  
Tópicos em direito administrativo / Fernanda Leite de  
Araújo Rangel. – Londrina : Editora e Distribuidora Educacional  
S.A. 2017.  
248 p.

ISBN 978-85-522-0234-9

1. Serviço público. 2. Direito Administrativo. I.  
Título.

CDD 351.81076

---

2017

Editora e Distribuidora Educacional S.A.  
Avenida Paris, 675 – Parque Residencial João Piza  
CEP: 86041-100 – Londrina – PR  
e-mail: editora.educacional@kroton.com.br  
Homepage: <http://www.kroton.com.br/>

# Sumário

<b>Unidade 1   Direito administrativo: conceitos e princípios</b>	<b>7</b>
Seção 1.1 - Introdução ao direito administrativo: primeiros conceitos	9
Seção 1.2 - Princípios administrativos	25
Seção 1.3 - Organização administrativa	47
<b>Unidade 2   Administração indireta e os atos administrativos</b>	<b>67</b>
Seção 2.1 - Figuras da administração pública	69
Seção 2.2 - Atos administrativos	88
Seção 2.3 - Poderes da administração pública: o poder de polícia e a delegação dos atos administrativos	108
<b>Unidade 3   Licitação e contratos administrativos</b>	<b>127</b>
Seção 3.1 - Licitação: primeiros conceitos	129
Seção 3.2 - Fases da licitação	148
Seção 3.3 - Contratos administrativos	167
<b>Unidade 4   Bens públicos e serviços públicos</b>	<b>185</b>
Seção 4.1 - Bens públicos e intervenção do Estado na propriedade privada	187
Seção 4.2 - Serviço público: primeiros conceitos	209
Seção 4.3 - Serviço público: prazo, tarifa, poderes e deveres das partes e formas de extinção da concessão	228



# Palavras do autor

Caro aluno,

Neste momento você ingressa no fabuloso universo do Direito Administrativo, um dos muitos ramos do Direito, o de maior importância para compreendermos como funciona a “máquina pública” – que abrange os agentes, as atividades e os órgãos/entes públicos. Porém, para entendermos a afirmação de que o Direito Administrativo *é um ramo do Direito*, precisamos nos lembrar de que o Direito é uma ciência que, de forma bem simplória, pode ser comparada a uma árvore enorme e frondosa, cujos diversos galhos (ramos), apesar de interligados por um tronco único, traduzem-se em sortidas áreas de atuação e que sempre visam disciplinar a vida em sociedade. Podemos citar como ramos dessa ciência: o Direito Penal, o Direito Civil, o Direito Constitucional, o Direito Tributário, o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor entre muitos outros!

Em se tratando do Direito Administrativo, que é o tema do nosso estudo nas próximas quatro unidades, precisamos conceituá-lo de modo a jamais nos esquecermos dele! Então, temos que o **Direito Administrativo é o ramo do direito público que trata dos princípios e regras que disciplinam a função administrativa (o que abrange órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela administração pública), regendo as relações jurídicas entre o Estado e a coletividade que o cerca e sempre perseguindo a proteção do interesse público.** Conceito longo, não é mesmo?! Mas ele será plenamente compreendido, em cada uma de suas expressões, ao longo dessa obra.

Nesta unidade começaremos nossos estudos com os primeiros conceitos do Direito Administrativo, os elementos e as funções do Estado, as origens e bases ideológicas do Direito Administrativo e o seu regime jurídico, a supremacia do interesse público, o que são os princípios jurídicos e quais são os princípios administrativos. Veremos também a organização administrativa, a centralização e descentralização, a administração direta e indireta e, por fim, aprenderemos sobre o processo administrativo.

É muito importante, ainda, que você já ingresse nessa matéria preparado para um estudo caprichado dos temas expostos, que

nem de longe se encerram nessa obra, tamanha é a sua amplitude e profundidade – assim, desde já, fica pactuado entre nós que para cada tópico aqui apresentado e discutido, você vai aprofundar seus estudos em outras obras, especialmente naquelas citadas na nossa bibliografia.

Então, você está preparado para desbravar essa importante área do Direito e tornar-se um multiplicador do conhecimento e respeito às leis? Contamos com você, bons estudos!

## Direito administrativo: conceitos e princípios

### Convite ao estudo

Esta unidade de ensino será iniciada com o estudo de alguns conceitos básicos que influenciam sobremaneira na compreensão dos tópicos do Direito Administrativo. Tratam-se de expressões cujo real significado importa no entendimento do que esperava o legislador ao criar a norma – normas estas que são cogentes (aquilo que deve ser necessariamente respeitado, o que é imposto).

É por isso que nesta seção esperamos que você, aluno, entenda alguns conceitos básicos frequentemente utilizados nessa especial seara jurídica, bem como que, conhecendo a origem desse ramo do Direito, consiga vislumbrar sua enorme (e ainda crescente) importância na atualidade, alcançando seu conteúdo e regramento, por exemplo: o que é um direito público? O que é Estado? Quem compõe o Estado e quais são suas funções? O que é território? O que é a supremacia do interesse público?

Entendendo o que preconiza o Direito Administrativo e absorvendo, verdadeiramente, seus princípios e regramentos, podemos entender a situação fática a seguir descrita.

Catarina sempre foi uma filha muito interessada nos negócios do pai. Apesar de ser um pouco mimada e questionadora demais, tornou-se uma mulher muito trabalhadora e que nunca teve medo de pegar no pesado! Porém, com a idade já avançada de seu amado genitor, ela teve de assumir os negócios da família, estando à frente de uma enorme fazenda de criação de “gado de corte” no interior de São Paulo.

A propriedade, com milhares de hectares, possui cerca de 4

mil animais, e sua extensão, como diriam os nativos daquele lugar, “não termina nem onde a vista alcança”. Porém, apesar de todo o seu poder financeiro e de estar cercada de diversos e excelentes advogados, Catarina sempre se estressa com algumas decisões da Administração Pública que interferem na sua propriedade.

Durante as crises de chateação de Catarina com esse assunto, seu velho pai, “Almeidão”, acalma-a, repetindo incansavelmente e com a sapiência que os anos lhe deram: “Não adianta, Catarina... O interesse da sociedade é mais importante do que seu capricho de menina mimada! O bem da maioria e o interesse público são mais fortes do que seus interesses pessoais!”. E não estaria o pai de Catarina certíssimo em seu arrazoado?

Nesse cenário, e diante do estudo dos tópicos em Direito Administrativo, descobriremos se existem meios de o particular questionar os atos da administração pública, bem como a postura do poder público quando o interesse público está em jogo. Vamos desvendar a rotina administrativa, os elementos e funções do Estado, os princípios que regem o Direito Administrativo e compreender a importância do interesse público na vida em sociedade?

# Seção 1.1

## Introdução ao direito administrativo: primeiros conceitos

### Diálogo aberto

Então você, aluno, pode estar se perguntando: como eu vejo meu estudo sobre o Direito Administrativo sendo utilizado na prática? Nós respondemos: a TODO instante, meu caro! Vamos retomar as confusões de Catarina para vermos o Direito Administrativo agindo na vida do particular?

Já sabemos que Catarina teve de assumir os negócios da família, estando à frente da enorme fazenda de criação de “gado de corte” no interior de São Paulo. A propriedade, apesar de muito ampla, como já dissemos, parece um mero “quintal” daquela jovem empreendedora – porque Catarina conhece o lugar como a palma de sua mão, cada pasto, cada curral, cada árvore frutífera! É que desde muito novinha ela já passeava por aqueles pastos montada em seus animais preferidos, sempre na companhia de seu amado pai!

No entanto, Catarina acordou hoje muito irritada! Ela já chegou ao café da manhã agoniada e quando questionada por seu pai sobre o que tinha tirado seu sono, ela respondeu: “Pai, ontem recebemos uma notificação do estado de São Paulo informando sobre a necessidade de colocação de postes de energia elétrica em aproximadamente 15 km dentro de nossas terras. A justificativa é a necessidade de levar energia elétrica à comunidade de Valinhos de Palmeiras, eis que o povo daquele vilarejo está até hoje na base da lamparina! Mas, pai, nossos pastos vão ficar horríveis com esses postes de energia! Esse tal de interesse público é complicado, viu?! E meus interesses? Essa terra é minha!”. Já conhecedor da braveza e destempero da moça, Sr. Almeida retrucou-lhe com firmeza e certo ar de indignação e decepção: “Então, pela beleza de nossa fazenda, um povoado inteiro, incluindo mulheres, crianças, bebês e idosos, merece ficar para sempre sem energia elétrica? É isso que você pensa da vida, Catarina?”. Diante dessa situação, o que será que o Sr. Almeida vai dizer à sua filha sobre a organização e os deveres do Estado, bem como quanto à supremacia do interesse público sobre o interesse do particular?

Para solucionar essa questão, você precisará compreender: 1)

o que é Estado: seus elementos e funções; 2) o regime jurídico-administrativo; 3) a supremacia do interesse público.

## Não pode faltar

Para que você compreenda verdadeiramente a situação-problema proposta, bem como avance no nosso estudo de forma sistemática e comprometida, teremos de iniciar o nosso conteúdo partindo da premissa de que este é o seu primeiro contato com esse fabuloso ramo do Direito, certo? E então, vamos juntos?

### Introdução ao Direito Administrativo – primeiros conceitos

Lembra-se de que conceituamos o Direito Administrativo lá no começo de nosso livro? Vamos ver aquele conceito, destrinchando-o desta vez? Vimos que o **Direito Administrativo é o ramo do direito público que trata dos princípios e regras que disciplinam a função administrativa (o que abrange órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela administração pública), regendo as relações jurídicas entre o Estado e a coletividade que o cerca, sempre perseguindo a proteção do interesse público.**

Quando nos referimos ao Direito Administrativo, temos logo de saber que ele é uma espécie de **direito público** e é público porque sempre tende a regular um interesse do **próprio Estado, seja para impor um princípio, seja para administrar os negócios públicos, seja para defender a sociedade.** É o ordenamento jurídico o conjunto de regras jurídicas, de natureza pública e caráter social, que preza pela soberania do Estado e a ordem das relações entre a sociedade. São exemplos de ramos do direito público, além do Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Penal. **Já o Direito Privado abrange os ramos do Direito que se ocupam dos interesses dos particulares, aquelas áreas jurídicas governadas pela autonomia da vontade, em que vige a ideia central de que as partes decidem os propósitos do que querem alcançar, desde que tais finalidades não sejam proibidas por lei – o Direito Civil é o mais clássico representante dessa espécie! Vamos pensar em dois exemplos: contrato de aluguel e contrato de casamento. Também o Direito do Consumidor (um ramo que se originou do Direito Civil) é um grande exemplar do Direito Privado, regendo ele diversas atividades rotineiras das vidas dos cidadãos,**

como a compra de eletrodomésticos, compras em um mercado, uma ida ao cinema etc.

Princípios são a base para algo, servem como raiz para uma ideia, crença ou comportamento; trata da razão de existir de algo ou alguém, mas e os princípios jurídicos? O que seriam? Por ora vamos ficar com uma definição inicial: é a força normativa que dá sentido e orientação para a construção das leis e demais atos normativos que devem reger a vida em sociedade – lembrando que cada ramo do Direito possui sua própria essência, seus fundamentos, seus próprios princípios (por se tratar de conceito muito extenso e aprofundado, veremos na Seção 1.2, de forma mais aprofundada, o que são os princípios jurídicos e quais são aqueles destinados ao Direito Administrativo).

A função administrativa, por sua vez, abrange os órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela administração pública. Trata-se de conceito bastante amplo, mas que podemos resumir, grosso modo, na execução da lei, na administração dos interesses do Estado, e cujo principal alvo é, conforme nos ensina o festejado professor Carvalho Filho (2009, p. 3), “a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno”. Esse conceito abrange, por exemplo, a administração de uma escola pública, de um hospital público, de um presídio, de um concurso público, realização de uma blitz da polícia, fornecimento de transporte público etc.

Relações jurídicas podem ser conceituadas como tipo de vínculo que surge entre duas ou mais pessoas e sobre o qual as normas jurídicas vigentes no ordenamento jurídico atribuem efeitos obrigatórios. Estamos a celebrar relações jurídicas a todo o tempo: quando compramos um sapato, quando contratamos um funcionário, quando casamos, quando nos matriculamos em um curso, quando reservamos uma vaga em um hotel ou quando abastecemos o carro em um posto de gasolina, entre outros exemplos.

Por interesse público temos uma ideia abstrata, mas que precisa ser compreendida pelo aluno, pois é um dos grandes pilares do Direito Administrativo. Também aqui vamos iniciar com uma ideia superficial que será desenvolvida durante o nosso curso, combinado?! Por ora, podemos dizer que o interesse público é aquele que visa ao bem geral, trata-se da persecução daquilo que

faz bem à maioria, à coletividade, e que deve prevalecer sobre o que faz bem apenas a um único indivíduo ou a poucos indivíduos. Um exemplo disso é o instituto da desapropriação: o dono da fazenda obviamente não quer ver suas terras desapropriadas, mas o interesse da coletividade de dar àquelas terras uma utilidade pública deve prevalecer frente ao interesse de um só (o fazendeiro, no caso). É o interesse público, inclusive, que dá sentido à própria existência do Estado – ora, não faria sentido a formação de uma unidade política e administrativa se não fosse justamente buscar a realização dos interesses da maioria, mas o que é o Estado?

### Do Estado, seus elementos e funções

Partindo, então, da premissa de que o Direito Administrativo tende a regular os interesses do Estado, precisamos saber o que é esse tal “Estado”, bem como quais são os elementos que o compõem.

Assim, temos que **Estado** corresponde ao governo de um povo em um determinado **território**; por território temos que é a base física (solo, subsolo, espaço aéreo e mar territorial) em que se estabelece esse Estado; por **povo** temos o contingente de pessoas humanas que vão habitar aquele local, formando os seus nacionais; já por **governo** devemos entender que se trata do governo soberano, aquele designado a conduzir o Estado.

Com tanta pompa e linguajar rebuscado, o tal “Estado” precisa fazer alguma coisa, certo? Ele precisa ter funções que justifiquem sua existência – ou teríamos meros conceitos inúteis e sem repercussão material na nossa realidade. Nessa seara, o Estado, tal qual acima definido, possui três funções:

- **função legislativa (realizada pelo Poder Legislativo)** – compreende principalmente, a de elaborar leis;
- **função executiva ou administrativa (realizada pelo Poder Executivo)** – aplica as normas gerais ao caso concreto, administrando o Estado;
- **função judiciária (realizada pelo Poder Judiciário)** – julga os conflitos advindos da execução das normas gerais aos casos concretos, quando pelo menos duas partes discordam da forma como a lei foi aplicada ou deixou de ser, cabendo ao Judiciário resolver o conflito de interesses.



Mas qual seria o motivo de essas funções serem exercidas por órgãos diferentes? Qual seria o motivo da separação dos poderes? Você já parou para pensar, caro aluno, que muitos e muitos homens devem ter se debruçado no estudo do Poder nas sociedades humanas? E por que esses três poderes não devem ficar concentrados nas mãos de um único governante?

Bom, a história mostra-nos que o filósofo grego Aristóteles (384 a.C.-322 a.C.) já reconhecia a existência de três Poderes dentro da estrutura do Estado, pois ele percebia que eram três as atividades desenvolvidas na condução da sociedade. Todavia, naquele contexto da Grécia Antiga, esses três Poderes eram exercidos por um único órgão, na figura do imperador. Era ele, então, que criava as leis, executava-as e julgava os casos concretos (lides) que surgiam por suposto descumprimento da lei.

Foi então que Montesquieu, em 1748, por meio de sua obra *Espírito das leis*, trouxe a sugestão de que esses poderes deveriam ser executados por órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, eis que se executados por apenas um órgão ou uma única pessoa, tendiam ao abuso e tirania do governante, tamanha concentração de poder em suas mãos; e foi daí que surgiram os primeiros traços, o primeiro grande ensaio sobre a **Teoria da Tripartição dos Poderes do Estado** (Poder Judiciário a ser exercido por um órgão autônomo, Poder Executivo a ser exercido por um órgão autônomo e Poder Legislativo a ser exercido por um órgão autônomo). Dizia Montesquieu (2005, p. 166-167) que “o poder deve deter o poder!”.

Todavia, apenas em 1789, na Revolução Francesa, as ideias de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes foi então colocada em prática, persistindo nas sociedades modernas esse tipo de administração pública. Assim, vale observar o que preconiza nossa Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.



Você não pode confundir os significados de *Estado com estado*. Conforme acabamos de analisar, o significado de Estado (escrito com o “E” maiúsculo) personifica uma entidade de direito público administrativo, um governo: **Estado** corresponde ao governo de um povo em um determinado território, por exemplo: *a fome é um problema que o Estado brasileiro precisa enfrentar*. Já a palavra **estado** (escrita com “e” minúsculo) trata dos **estados** da federação, dos entes federativos, citados enquanto região geográfica do país e não enquanto um governo, por exemplo: *está chovendo muito nos estados da Bahia e Sergipe*.

### O Direito Administrativo – origem e bases ideológicas

Conhecemos melhor uma pessoa sabendo um pouco sobre seu passado, certo? Normalmente, pela história de um indivíduo podemos compreender alguns dos seus comportamentos e suas características. O mesmo ocorre com as ciências!

Se quisermos entender uma ciência, é importante caminhar por suas fases e evoluções; assim, se queremos realmente compreender o Direito Administrativo, precisamos saber a sua origem, a sua história, pelo que ele passou até ganhar essa roupagem atual sobre a qual estamos debruçados!

Muita gente acha que o Direito Administrativo surgiu como uma forma de se criar e legalizar mais poderes e garantias ao Estado, como se seu intuito fosse o de fazer normas para subjugar, ainda mais, os administrados, mas isso é um equívoco! O Direito Administrativo nasceu com a Revolução Francesa, momento em que a monarquia absoluta e seu ilimitado poder não mais existiam **e em que o Estado passava a se submeter ao Direito que ele mesmo criou: instauraram-se governos subalternos a uma Constituição, a uma ordem jurídica**.

Sendo assim, é interessante notar que antes da existência desse Estado de Direito (retrata uma situação jurídica na qual todos, sem exceção, são submetidos à obrigação de respeito ao **Direito**, desde o simples indivíduo até a maior potência pública daquele Estado – o estado de direito é intimamente ligado ao respeito à hierarquia das normas e aos direitos fundamentais), na época em que o poder estava encarnado na pessoa do imperador (ou rei soberano), os membros

da sociedade não passavam de súditos (e não cidadãos), e vigoravam máximas, como “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei” ou “o rei não erra”.

Porém, com o advento dos ideais da Revolução Francesa e consequentemente desse novo ramo do Direito (o Direito Administrativo), que surgia como fruto das novas consciências políticas daquela sociedade, passamos a ver a sujeição do Poder Executivo às normas criadas pelo Poder Legislativo, bem como ao crivo do Poder Judiciário – o que tornou possível a própria eficácia das leis de organização e atividades da administração pública, além do surgimento de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos. Assim, podemos dizer que as bases ideológicas do Direito Administrativo repousam no Estado de Direito, repousam na nova consciência de que o Estado existe para concretizar o interesse público, existe para servir aos seus administrados, e não o contrário.



### Pesquise mais

Além da construção de Montesquieu acima explicada (Teoria da Tripartição dos Poderes, que nos levou ao Estado de Direito), um grande pensador chamado Jean Jacques Rousseau tratou de fundamentar as bases ideológicas desse ramo jurídico. Disse Rousseau que, em tese, ninguém teria o direito de comandar ninguém e para que isso acontecesse, era preciso que cada homem cedesse uma parte de sua liberdade, a fim de existir um poder comandante – que visava a uma boa organização da vida em sociedade. Isso significava que, se nem todos os homens poderiam estar no poder ao mesmo tempo, eles precisavam ser representados por alguns poucos homens que assumissem essa posição de direção: era a soberania da sociedade, a soberania política da vontade coletiva – e a isso ele deu o nome de contrato social. Vamos ler um pouco mais a respeito do contrato social idealizado por esse grande pensador do século 18?

BRASIL Escola. **Rousseau e o contrato social**. Disponível em: <<http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/rousseau-contrato-social.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

## O regime jurídico administrativo e o princípio da supremacia do interesse público

Quando falamos de regime jurídico que rege uma ciência ou uma entidade, estamos tratando dos tipos de regra e princípio que devem nortear as suas atividades. Assim, o regime jurídico de um determinado ramo do Direito caracteriza quais são os interesses primordiais que aquela ciência vai disciplinar.

Entendido isso, temos que **o regime jurídico do Direito Administrativo determina que são mais importantes os interesses pertinentes à sociedade do que aqueles pertencentes aos particulares, quando considerados em sua individualidade, enquanto sujeitos singulares**. Essa caracterização consiste, especialmente, na atribuição de uma disciplina que fundamentalmente se presta à consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos.

Esse conceito sobre regime jurídico e especialmente sobre o regime jurídico administrativo será mais bem compreendido quando estudarmos os princípios do Direito Administrativo, eis que compreendendo os princípios conseguimos vislumbrar a essência da ciência e a que ela se presta – e essa parte dos estudos será feita na próxima seção, nas próximas páginas! Porém, precisamos, por ora, compreender o que é a supremacia do interesse público e como essa supremacia é vivenciada no dia a dia da coletividade.

Nós já falamos um pouco sobre o que é interesse público, mas vamos nos aprofundar um pouco: a *supremacia do interesse público* traduz a ideia de que não é o indivíduo em si que é o destinatário da atividade administrativa, mas sim a coletividade, o grupo social como um todo. Assim, deve o Estado se dedicar a atender às necessidades do interesse público, ainda que, em determinadas situações, exista um conflito entre o interesse privado e o interesse público – devendo este último prevalecer. Veja que o substantivo “supremacia” adjetiva esse interesse público como algo supremo, ou seja: de total e incontestável superioridade, hegemonia, primazia, preponderância.

Essa prevalência incontestável dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é um pressuposto lógico de qualquer ordem social estável e é o que justifica, por exemplo, a existência de diversas prerrogativas em favor da administração pública e em desfavor do indivíduo, tal qual a presunção de legalidade do ato administrativo e o poder de autotutela, por exemplo.

Como bem ensina Carvalho Filho (2009, p. 33)

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.



Assim, a administração pública deve sempre estar adstrita ao cumprimento daquelas finalidades que objetivam o interesse da coletividade.

Entretanto, não podemos confundir as coisas: acabamos de ver que a base ideológica do Direito Administrativo repousa no surgimento do Estado de Direito, em um momento histórico a partir do qual o indivíduo deixou de ser mero súdito do imperador e passou a ter direitos frente ao Estado, certo? Vimos, assim, que o poder estatal só deve existir para haver um comando que consiga integrar a sociedade e permitir a coexistência de pessoas, diminuindo os conflitos porque ficam todos sujeitos às mesmas regras, certo?! Será então que o interesse público, que é superior ao interesse individual, desconfiguraria essa tese? A resposta é não!

Em verdade, os conceitos complementam-se, pois se é evidente que o sistema jurídico assegura aos particulares garantias contra o Estado em certos tipos de relação jurídica, é mais evidente ainda que, como regra, **deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular**. Veja que a defesa do interesse público traduz-se no próprio motivo de existir do Estado!



### Exemplificando

Você sabia que a existência do concurso público tem origem na supremacia do interesse público? A sua resposta deve ser sim, com certeza! Isso porque para a administração pública o mais importante é possuir servidores e empregados públicos bastante capacitados para exercerem o mister público de forma técnica e eficiente, certo? Como ela poderia escolher os profissionais mais capacitados para atender à eficiência do serviço público? Será que se não houvesse concurso público não seria a administração pública um grande “cabide” de empregos de parentes e amigos das autoridades, que sequer saberiam a matéria para a qual deveriam se dedicar? Assim, o interesse público também se reflete na necessidade do concurso: o público, a coletividade, a sociedade

têm interesse nas pessoas mais capacitadas para realizarem a atividade pública porque somente assim o serviço público pode ser melhor para a coletividade!

Todavia, é importante entender que nem toda vontade emanada do Estado estará necessariamente respeitando o interesse público, podendo haver situações em que o Estado pratique um ato desviado do interesse público – ato este que será fatalmente inquinado de nulidade, pois foi gerado com grave desvio de finalidade. Por que isso acontece? Bom, isso se dá porque o Estado, enquanto figura não palpável, só se manifesta por meio de seus agentes (pessoas), que podem o estar fazendo de forma equivocada, de forma corrupta, de forma a não representar, fidedignamente, o interesse público em sua essência. Veremos que para essas situações existem remédios que restauram o interesse público erradamente prejudicado!

Nessa senda, em se falando de conceitos essenciais, desvencilhados dos erros cometidos pelas pessoas (no caso, pelos agentes públicos), podemos afirmar que toda vontade manifestada pela administração pública deve visar ao interesse público, eis que é ele o próprio corolário da democracia. Veja que o interesse público é indissociável do próprio direito público!

Por fim, importante deixar registrado que a *indisponibilidade do interesse público*, que deve ser observada pela administração pública, vem firmar a ideia de que **o interesse público não se encontra à disposição do administrador, como se fosse uma mera opção de aplicação**, ou seja, não é uma escolha do administrador público, do representante no poder, garantir ou não o interesse público, **é simplesmente sua obrigação persegui-lo**. Podemos citar como exemplos dessa indisponibilidade: 1) a realização de licitação para contratações é exigência que atende não apenas à legalidade, mas também ao interesse público; se o administrador desobedece a essa imposição, agride o interesse público, que, sendo indisponível, não pode ser desrespeitado; 2) com o avançar dos nossos estudos, veremos que os poderes da administração pública são poderes-deveres, assim, quando um guarda de trânsito observa que um motorista está acima da velocidade máxima de uma via, ele possui o

PODER para multá-lo, mas também o DEVER de multá-lo. O guarda não pode decidir se quer multar ou não aquele motorista, porque esse interesse público é indisponível e não pode ser ignorado por causa de um interesse particular (que seria o interesse do motorista de não ser multado).

## Sem medo de errar

Tenho certeza de que depois de todo esse estudo você já consegue compreender que a irritação de Catarina com os postes de energia elétrica em sua fazenda não vai ter muito futuro, ainda que ela contrate os melhores advogados do país, hein?!

Isso porque, conforme estudamos, trata-se de uma questão em que a disputa é eminentemente entre o direito de um particular enquanto sujeito singular e o direito de uma coletividade. Aqui temos o interesse de Catarina de não “enfear” seu pasto, em confronto com os interesses de uma coletividade de pessoas que necessitam de energia elétrica para terem vida mais digna, saudável e feliz.

Trata-se de um típico caso em que o interesse público irá suplantar o interesse particular, sendo inclusive obrigação do Estado, que deve cuidar de seu povo, garantir que a energia elétrica chegue àquela comunidade e a todas que não possuem – ainda que necessite desconsiderar os interesses privados que estão em questão. Veja que estamos diante de um **elevadíssimo interesse social** (levar energia elétrica a uma comunidade carente) e, pelo lado do particular, nesse caso, inexistente qualquer irresignação que sequer faça sombra quando do sopesamento de interesses. Ora! O que é mais importante: o pasto de uma fazenda ficar bonitinho ou toda uma comunidade receber luz?!

Para sermos mais exatos, no caso da situação-problema em comento, temos o instituto da servidão administrativa, que é, com a desapropriação, uma grande materialização da supremacia do interesse público sobre o interesse particular.

Assim, a servidão administrativa trata de um instituto que é imposto em benefício da coletividade, devendo o particular suportar esse ônus, que é imposto pela administração à propriedade do particular, tudo isso com o fim de assegurar a realização ou a manutenção de obras e serviços públicos ou de utilidade pública. Veja que no seu caso específico conserva-se a propriedade com o particular (Catarina não vai perder sua fazenda por causa da energia elétrica para Valinhos de

Palmeiras), entretanto, onera-se essa propriedade com o uso público e, por essa razão, indeniza-se o prejuízo – caso esse uso cause algum prejuízo, algum dano (por exemplo, se alguns bois morrerem eletrocutados).

A servidão justifica-se quando as obras, serviços públicos ou atividades de interesse social puderem ser realizados sem se retirar a propriedade do particular, pois não inutilizam a propriedade nem impedem sua normal fruição pelo titular da propriedade – mas também não se encontra justificativa plausível, ou seja, não existe nenhum dano tão substancial, ao ponto de obstaculizar a implantação da servidão.

Vejamus que o interesse público nesse caso repousa, inclusive, em **garantias fundamentais** previstas na própria Constituição Federal do Brasil (1988), especialmente na dignidade da pessoa humana, previsto logo no seu art. 1º, III.

Não bastasse isso, temos no art. 3º da Carta Magna que



constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

## Avançando na prática

### Uma ideia do barulho!

#### Descrição da situação-problema

Juliana voltou encantada da viagem que fez à Europa, tendo sido a Espanha o seu país preferido! Aos 19 anos, decidiu tirar 12 meses, após a conclusão do ensino médio, para viajar um pouco pelo mundo e, assim, quando do seu retorno, escolheria que carreira seguiria.

Ao chegar de volta à cidade de Salvador/BA, resolveu usar a parte externa da casa de sua família (um grande jardim e a garagem) para que, durante a noite, funcionasse uma pequena danceteria, e dizia ela: “Bom, a galera de Salvador que curte uma música eletrônica

de qualidade vai amar meu espaço, pois aqui só vai tocar o que há de melhor no mundo, nesse estilo musical! Basta eu colocar umas cervejas pra vender no bar da piscina e instalar potentes caixas de som aqui fora, no jardim e na garagem!”

Porém, na noite de inauguração de sua pequena boate, Juliana alcançou um público grande demais para o que ela havia imaginado, e algumas situações começaram a acontecer: não tinha estacionamento na rua para todos, o trânsito ficou complicado, as pessoas buzonavam muito, irritadas com o congestionamento jamais visto ali, o bar não atendia a todos, atraindo alguns ambulantes que instalaram isopores e barraquinhas pelas ruas e, com tanta gente tendo de ficar do lado de fora, começaram os protestos para que ela aumentasse o som, já que grande parte do público não estava conseguindo ouvir a música.

De repente, ainda que fosse de se esperar, um carro da Polícia Militar (PM) se aproximou e perguntou quem era a responsável pela “festinha”, pois a PM da localidade já tinha recebido mais de 30 telefonemas questionando o barulho na rua e naquele horário (já passavam das 2 horas da manhã!), sendo que dez desses telefones vieram de parentes dos pacientes internados no Hospital São Miguel, que fica a cinco casas da tal danceteria do improvisado, e outros dez telefonemas de funcionários da Maternidade Boa Hora, que se encontra a 30 metros do local do evento.

Quando vemos esse cenário, pensamos logo que a jovem é uma brasileira batalhadora, que só estava tentando ganhar a vida de forma honesta e que teve uma ideia mirabolante para se encontrar no mundo profissional, mas será que os sonhos e ambições de uma pessoa podem causar todo tipo de impacto negativo na vida da coletividade que a cerca?

### **Resolução da situação-problema**

No caso em análise, temos mais uma típica situação em que o interesse de um particular está causando um verdadeiro transtorno na vida de toda uma coletividade. Uma rua, que até então era pacata, majoritariamente residencial, com uma maternidade e um hospital, que não possuía qualquer chance de comportar centenas de novos carros transitando do dia para a noite (literalmente!), de repente recebeu uma confusão sem precedentes.

Nesse cenário, salientamos que a obrigação da administração pública é zelar pelo bem-estar da maioria, tendo ela a obrigação de

agir quando situações de descontrole surgem – mais ainda quando esse descontrole causa impacto negativo direto sobre a coletividade. Veja que pacientes internados não conseguem dormir por causa do som, recém-nascidos esperneiam nos seus bercinhos diante do volume da música, moradores não conseguem chegar a suas casas por causa do trânsito catastrófico, ambulantes ocupam as vias de pedestres vendendo bebidas...

Não é à toa que normalmente as cidades possuem, dentro da sua administração, secretarias municipais que se encarregam de cuidar do ordenamento e ocupação do solo no seu território, e nessas competências estão o licenciamento para utilização sonora, fiscalização de emissão de ruídos sonoros e publicidade, análise e emissão e pareceres técnicos para projetos de empreendimento e de proteção contra incêndio e pânico, licenciamento e fiscalização de obras e serviços em vias e logradouros públicos, reunião de dados estatísticos e informativos sobre o uso do solo no município, promoção de embargo, interdição de empreendimentos e atividades poluidoras.

Sendo assim, para que um empreendimento como o de Juliana possa funcionar, a prefeitura precisa fazer estudos que visam justamente evitar a catástrofe que foi gerada por ela – um absurdo desconforto da comunidade. Assim, para que o interesse público seja preservado, antes de se autorizar que um empreendimento abra suas portas, a prefeitura iniciará um projeto para analisar a viabilidade do trânsito no local, a existência de vagas de carro para os frequentadores, a existência de outros empreendimentos cujos objetivos colidem com os do novo empreendimento (hospital e maternidade não podem coexistir numa mesma rua e com muita proximidade de uma boate, certo?), devendo haver, ainda, a aprovação do projeto de proteção contra incêndio e pânico para que tragédias urbanas sejam evitadas.

## Faça valer a pena

**1.** Podemos conceituar o Direito Administrativo como o ramo do direito público que trata dos princípios e regras que disciplinam a função administrativa (o que abrange órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela administração pública), regendo as relações jurídicas entre o Estado e a coletividade que o cerca, sempre perseguindo a proteção do interesse público.

Considerando o enunciado acima, escolha a opção que elenca, respectivamente, quais são as alternativas falsas (F) e quais são as verdadeiras (V):

I) Direito público é o direito que tende a regular um interesse do próprio Estado, seja para impor um princípio, seja para administrar os negócios públicos, seja para defender a sociedade.

II) Direito privado abrange os ramos do Direito que se ocupam especialmente dos interesses das empresas, dos empreendimentos, daquelas áreas jurídicas governadas pela autonomia da vontade do empresário, que decide o propósito da empresa que ele quer iniciar, vigendo a ideia central de que ele decide os propósitos do que quer alcançar.

III) Princípios são aquilo que serve de base, que serve como raiz para uma ideia, crença ou comportamento; trata da razão de existir de algo ou alguém.

IV) Função administrativa abrange os órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela administração pública. Trata-se da execução da lei, na administração dos interesses do Estado.

V) Relações jurídicas tratam do vínculo que surge entre duas ou mais pessoas e sobre o qual as normas jurídicas vigentes atribuem efeitos obrigatórios.

a) V; V; F; F; V.

b) V; F; V; V; V.

c) F; F; V; V; F

d) F; V; F; F; V.

e) V; F; F; V; F

**2.** A história nos mostra que o filósofo grego Aristóteles (384 a.C.-322 a.C) já reconhecia a existência de três Poderes dentro da estrutura do Estado, pois ele percebia que eram três as atividades desenvolvidas na condução da sociedade. Todavia, naquele contexto da Grécia Antiga, esses três Poderes eram exercidos por um único órgão, na figura do imperador. Era ele, então, que criava as leis, executava-as e julgava os casos concretos (lides) que surgiam por suposto descumprimento da lei. Complete as lacunas seguintes com expressões que deixem a oração com sentido correto: "Foi então que Montesquieu, em 1748, por meio de sua obra Espírito das leis, trouxe a sugestão de que esses Poderes deveriam ser executados por órgãos \_\_\_\_\_, autônomos e independentes entre si, eis que se executados por apenas um órgão, tendiam ao abuso e tirania do governante, tamanha \_\_\_\_\_ de poder em suas mãos; e foi daí que surgiram os primeiros traços, o primeiro grande ensaio sobre a Teoria da \_\_\_\_\_ do Estado (Poder Judiciário a ser exercido por

um órgão autônomo, Poder \_\_\_\_\_ a ser exercido por um órgão autônomo, e Poder Legislativo a ser exercido por um órgão autônomo)".

- a) semelhantes; concentração; Divisão do Contrato Social; Executivo.
- b) distintos; divisão; Tripartição dos Poderes; público.
- c) distintos; concentração; Tripartição dos Poderes; Executivo.
- d) semelhantes; divisão; Divisão do Contrato Social; público.
- e) semelhantes; divisão; Tripartição dos Poderes; Executivo.

**3.** O regime jurídico do Direito Administrativo determina que são mais importantes os interesses pertinentes à sociedade do que aqueles pertencentes aos particulares, quando considerados em sua individualidade, enquanto sujeitos singulares. Essa caracterização consiste, especialmente, na atribuição de uma disciplina que fundamentalmente se presta à consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos. *A supremacia do interesse público* traduz uma ideia que pode ser assim definida:

- a) O interesse privado tem a mesma importância e aplicação rotineira para a administração pública do que o direito público, eis que o poder público, que atualmente é formado por políticos eleitos, deve sempre representar a vontade dos eleitores, ainda que eventualmente os interesses desses eleitores, que formam uma coletividade, afrontem o interesse da maioria.
- b) O indivíduo e seus interesses particulares ganharam importância frente ao Estado, devendo suplantar o interesse da coletividade quando ambos estão em conflito, eis que após a Revolução Francesa os cidadãos deixaram de ser súditos.
- c) Não é a coletividade que é o destinatário da atividade administrativa, mas sim o indivíduo em si, eleitor dos representantes do poder na administração pública.
- d) Não é o indivíduo em si que é o destinatário da atividade administrativa, mas sim a coletividade, o grupo social como um todo.
- e) O Estado deve dedicar-se a atender às necessidades do interesse privado, ainda que, em determinadas situações, exista um conflito entre o interesse privado e o interesse público – devendo o privado prevalecer, eis que ele é fruto das decisões dos eleitores do representante no poder.

# Seção 1.2

## Princípios administrativos

### Diálogo aberto

Conforme anteriormente mencionado, nesta nova seção iremos estudar os princípios jurídicos e, mais aprofundadamente, os princípios administrativos. Então, você, aluno, deve estar se perguntando se essa história de “princípios” seria uma matéria apenas filosófica do Direito ou se conseguimos vê-los na prática. Nós logo respondemos que vemos os princípios administrativos na prática e a todo o momento! Então vamos dar uma olhada numa situação interessante para percebermos nossa lição na prática?

Já vimos que Catarina é uma fazendeira muito engajada no seu negócio, o que às vezes a leva a perder a razão e as estribeiras! Nesse cenário, apesar da indignação com os postes na fazenda, achando que tiravam um pouco da beleza de seus pastos, quando o assunto é dinheiro, Catarina fica bem mais flexível.

Assim, em um determinado dia, ela chegou em casa muito eufórica diante da proposta que tinha recebido de uma empresa de *outdoors*, que ofereceu uma boa quantia em dinheiro para a colocação de alguns desses letreiros em suas terras, especialmente no trecho mais movimentado da estrada, cuja publicidade era bem interessante para futuros anunciantes. Aceitando o negócio, Catarina estava animada para ver quais empresas gostariam de contratar aqueles *outdoors*, pois significaria que a fazenda realmente está bem localizada. Porém, tamanha foi a frustração de Catarina quando, passeando a cavalo, viu a primeira propaganda dentro de suas terras: uma foto enorme do prefeito da cidade, com seu nome em letras garrafais, destacando a construção e inauguração da creche pública da cidade! A moça ficou brava e logo perguntou ao velho Almeida: “Mas, pai! A propaganda da creche pode ter a foto do prefeito e o nome dele estampado? Quem fez foi ele ou a prefeitura? O dinheiro que construiu a creche é dinheiro público! Pode ele colocar a foto dele na propaganda? Quer dizer que vou ter de suportar a foto daquele homem na nossa fazenda por 30 dias?!” Sr. Almeida arrazoou: “Ele não pode fazer isso, não, filha. Vamos procurar o Ministério Público (MP) e denunciar o

ocorrido". Quais fundamentos legais, visando à retirada dos *outdoors* com o nome e a imagem do prefeito do município, devem Catarina e seu pai utilizar na denúncia ao MP, considerando que o prefeito se utilizou de publicidade indevida para informar a inauguração da creche pública? Vamos pensar numa denúncia abordando os princípios administrativos envolvidos na celeuma?

## Não pode faltar

Conforme roteiro de nosso estudo, para que você compreenda a especialidade dos princípios do Direito Administrativo, é necessário que comecemos por partes. E isso significa que precisamos que você, aluno, compreenda os princípios jurídicos, alcançando sua ideia, força e poder. A partir dessa compreensão primária, desnudaremos os princípios específicos do Direito Administrativo. Pronto para pensar e refletir de forma um pouco mais filosófica e abstrata? Então vamos lá!

### Princípios jurídicos: o que são?

Na seção anterior chegamos a mencionar que, numa concepção básica, princípio seria tudo que serve de base **para algo, que serve como raiz para uma ideia, crença ou comportamento**. Dissemos, ainda, que um princípio trata da razão de existir de algo ou alguém, lembra?

Nesse cenário de que princípio é a raiz de uma ideia, raiz de uma crença ou de um comportamento, cotidianamente dizemos que nossos princípios religiosos não nos permitem agir de certa forma ou que nossos princípios políticos nos levam a agir de determinada maneira, e assim sucessivamente. Com tais premissas arraigadas nas nossas ideias, podemos concluir que princípios são conceitos que nos dão um ponto de partida para algum comportamento ou decisão, certo? E trata-se de uma crença a partir da qual um ser humano define sua conduta moral, política ou religiosa, perante toda a coletividade que o cerca; a existência de um princípio define as decisões a serem tomadas, sendo ele o ponto de partida para materialização de um ato ou postura.

Entretanto, e os princípios jurídicos? O que seriam? Já vimos, na Seção 1.1, numa definição superficial, que um princípio jurídico é a força normativa que dá sentido e orientação para a construção das leis e dos demais atos normativos que devem reger a vida

em sociedade – lembrando que cada ramo do Direito possui sua própria essência, seus fundamentos, seus próprios princípios. Será que essa definição esgota nosso tema? Claro que não! Vamos então aprofundar um pouco mais esse conceito?

Primeiro precisamos observar que diferentemente de outras ciências que trabalham especialmente com o empirismo (que diz que o conhecimento só pode vir com provas práticas e materiais dos acontecimentos), a ciência jurídica (ou seja, o Direito) tem como objeto realidades conceituais, realidades ideais que se desdobram em modelos de conduta e organização. Perceba que o Direito se debruça em estudar e tentar aplicar o que chamamos de *dever-ser*, o que queremos como modelo perfeito de vida em sociedade, o que queremos alcançar – daí sua ligação íntima com a ideia de **justiça** (o que está em conformidade com o que é correto, avaliação do que é justo).

Nesse contexto, o princípio jurídico traduz um padrão de conduta, o *dever-ser* que norteará a criação da regra e a elaboração de uma lei num determinado ramo do Direito. **São os princípios jurídicos que determinam as balizas filosóficas para a criação de uma regra de conduta, sendo eles a força normativa primeira, precedentes à lei e a quem a lei deve obediência.** Veja que, assim como os princípios ordinariamente citados, ou seja, aquilo que predefine o comportamento do homem, o princípio jurídico também é prévio à regra, **devendo definir o sentido no qual a lei será criada e em que direção a regra deve ser materializada, para que ela seja justa e atenda o *dever-ser* preconizado pela ciência jurídica.**

O princípio deve inspirar a formação de cada regra, uma vez que se trata de orientações culturais e políticas sobre o *dever-ser* do ordenamento jurídico vigente numa determinada sociedade; ele é o enunciado lógico que constitui as bases e alicerces de toda a ordem jurídica, integrando e preenchendo quaisquer lacunas, bem como, até, suprimindo a falta de normas que não foram editadas pelo Estado. Nesse cenário, imagine que o princípio jurídico deve iluminar o legislador quando da criação da lei, devendo ser a partir de seu enunciado que a regra poderá se materializar, refletindo em comando legal o que o princípio preconiza. Em apertada síntese, e nas objetivas palavras do professor Nagib Slaibi Filho (2009, p. 57), “Dos Princípios decorrem as regras, estas dotadas de menor generalidade, mas secundárias aos princípios que fecundaram o seu conteúdo normativo”.

Você, aluno, pode estar pensando: mas eu preciso de um exemplo materializado! Preciso de um exemplo que me mostre que uma lei foi feita baseada em um princípio preexistente e que assim esse princípio foi quem fecundou o conteúdo normativo da regra. Vamos te dizer, aluno, que são diversos os exemplos! Veja:

- **No Direito do Trabalho:** temos princípios como o princípio da irredutibilidade salarial, que significa que a prestação paga como contrapartida pelo trabalho realizado pelo empregado não pode ser reduzida ao bel-prazer do empregador, não podendo este último fazer descontos na remuneração do obreiro, como bem queira; e esse princípio está materializado no art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que diz: “Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo” (BRASIL, 1943, [s. p.]); também temos nesse ramo do Direito o chamado princípio da inalterabilidade contratual lesiva, que significa que é nula qualquer alteração no contrato de trabalho que não possua a prévia concordância das duas partes envolvidas, sendo que as alterações prejudiciais não geram efeitos jurídicos, pois produzem danos ao empregado – assim, qualquer mudança contratual que piore a relação de emprego com escopo de prejudicar o empregado não produz efeitos jurídicos, sendo vedada pelo ordenamento jurídico trabalhista. Esse princípio está, assim, materializado na regra contida no art. 468 da CLT, que diz:



Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. (BRASIL, 1943, [s. p.]

- **No Direito Penal:** talvez um dos mais importantes princípios desse ramo jurídico seja o princípio da legalidade, que determina que não haverá crime nem pena sem lei anterior que os defina. Trata-se de garantia que determina que nenhum comportamento pode ser considerado crime sem que uma lei anterior à sua conduta o defina como tal; e o mesmo ocorre com a pena, pois nenhuma pena poderá ser aplicada sem prévia cominação. Esse princípio está

estampado logo no art. 1º do Código Penal brasileiro, que determina que: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

- **No Direito Civil:** aqui temos o *princípio da eticidade ou da boa-fé*, que nos dá a ideia de que os negócios estabelecidos entre as partes devem ser tratados com honestidade, sinceridade, lisura e lealdade, conforme os padrões estabelecidos culturalmente em certo local e tempo (boa-fé quer dizer sem intenção escondida, sem intenção de enganar); e podemos observar que esse princípio também restou expresso no Código Civil brasileiro, como vemos no art. 422: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

É muito importante que você, aluno, saiba que existem outras centenas de exemplos como os citados acima, exatamente porque, conforme exauridamente explicamos, **todas** as regras nascidas num ordenamento, para serem válidas, não podem confrontar um princípio informador do seu ramo jurídico.



### Faça você mesmo

Com base na informação até aqui repassada, que tal você pesquisar outros exemplos de princípios jurídicos que inspiram a criação de uma lei concreta? Esse vídeo, que aborda princípios da boa fé, pode ser um bom exemplo para sua pesquisa. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=o9K-ZJ0kcCl>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

Ademais, em alguns casos, o princípio é tão vital ao ordenamento jurídico que ele é expresso, ou seja, destacado dentro da regra, dentro da lei. Em outros casos, veremos que os princípios podem ser implícitos, ou seja, alcançamos sua normatividade de forma reflexiva – ele pode não estar escrito diretamente na regra, mas também inspira o ramo jurídico e por isso deve ser sempre observado. E os princípios do Direito Administrativo? Onde os encontramos e como podemos vê-los na prática?

### Princípios administrativos expressos

No Direito Administrativo também temos diversos princípios que regem essa importante matéria, sendo eles a mola mestra propulsora para criação das leis nesse ramo jurídico. Assim, conceitualmente,

consideramos **princípios administrativos expressos** aqueles que estão inseridos e escritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que aqui vamos chamar de CF/88. Já **os princípios implícitos não estão escritos na CF/88, mas fazem parte do arcabouço filosófico que orienta esse ramo do Direito sobre o qual nos debruçamos.**

Nesse cenário, vejamos o que diz o art. 37 da CF/88:



A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]** (grifo nosso).

Esse artigo da Magna Carta revela, então, as diretrizes fundamentais da administração pública, de modo que só será válida a conduta administrativa que estiver compatível com os princípios ali elencados. Temos, então, a determinação, pela CF/88, que são princípios da administração pública: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Quer uma dica pra nunca mais esquecer? São princípios do Direito Administrativo o conjunto que chamamos L.I.M.P.E.



#### Assimile

Quem quer estudar um ramo jurídico precisa entender que, ao menos nos ordenamentos jurídicos estáveis, é a Constituição quem orienta o conjunto normativo de um país. Ela é o documento jurídico em que estão eleitas as normas fundamentais de organização do Estado e da sociedade que nele vive; nela estão as escolhas que instituem a forma de governo de um povo sobre um determinado território, normatizando, ainda, o ideal a ser seguido por aquela sociedade. Do ponto de vista jurídico, a Constituição deve ser vista como o topo da pirâmide normativa, em que todas as leis, regras e princípios estão abaixo dela e a ela devem obediência, nunca podendo contrariá-la. Não é à toa que é chamada de Magna Carta, ou seja, código superior, supremo.

– **Princípio da legalidade:** é certamente a diretriz básica, premissa primeira da conduta dos agentes da administração. Ele determina que toda e qualquer atividade administrativa precisa estar autorizada por lei e não o estando, trata-se de atividade ilícita. Esse postulado, que, como já vimos, foi consagrado após séculos de evolução política, tem

por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, a ideia central de que o Estado deve respeitar as próprias leis que edita, estando todos, do mais simples operário à maior autoridade política ou financeira de um país, sob uma mesma lei. Esse princípio implica, ainda, a subordinação completa do administrador à lei, e todos os agentes públicos devem ser instrumentos de realização das finalidades normativas. Devemos lembrar de um conceito citado na Seção 1.1, que dizia que enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não proíbe, ao administrador público só é permitido atuar onde a lei autoriza. Assim, o administrador público é obrigado a licitar, é obrigado a fazer concurso público para preenchimento de cargos, é obrigado a observar as regras para vacância no cargo público etc. A condução da administração pública deve ser sempre feita e gerida dentro dos parâmetros legais estipulados, não podendo o agente público agir fora dos ditames legais.

– **Princípio da impessoalidade:** possui aplicação em duas frentes, **na primeira frente** ele se refere à obediência à isonomia, ou seja, ele objetiva a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica, ficando proibido que haja favorecimento de alguns indivíduos em detrimento de outros, ou que alguns sejam prejudicados para favorecimento de outros. Temos de lembrar que o alvo a ser alcançado pela administração é o interesse público, o que não se alcança se for perseguido o interesse particular – quer ver um exemplo disso? Não pode o prefeito de uma cidade mandar asfaltar, com prioridade, as ruas em que vivem seus familiares e amigos, em detrimento do restante da população ou não pode o governador de um Estado mandar construir uma ponte para a ilha em que ele possui uma casa de praia, visando unicamente ao seu interesse particular, sendo que é notório que outras ilhas no estado precisam de uma ponte com mais urgência e que atenderia a uma coletividade mais importante. **Em uma segunda frente**, o princípio da impessoalidade reflete a proibição do administrador público de fazer autopromoção ou beneficiar-se com a utilização da máquina pública, ou seja, a atuação dos agentes públicos deve ser imputada ao Estado, o que significa que as realizações da administração pública não devem ser atribuídas à pessoa física do agente público, mas sim à pessoa jurídica estatal a que servir. Tanto isso é de extrema importância que o §1º do art. 37 da CF/88 arremata:



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. (BRASIL, 1988, [s. p])

– **Princípio da moralidade:** conforme nos explica Carvalho Filho (2016, p. 21),



o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

Devemos acrescentar a esse conceito, ainda, que tal forma de conduta deve existir não somente nas relações entre a administração e os administrados em geral, mas também internamente, na relação entre a administração e os agentes públicos que a integram. Aqui, espera-se que o administrador público aja objetivando o interesse público, nunca o alcance de benefícios próprios, e trata-se de princípio que ganha força na sociedade brasileira: eis que os cidadãos estão muito cansados dos desmandos e desmantelos dos governantes. No cenário jurídico nacional, temos a Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/92, que trata de diversos casos de imoralidade na administração pública, ali denominados atos de improbidade. Vamos ver seus principais exemplos?



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

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. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

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

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei;

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular. (Lei de Improbidade Administrativa, nº 8.429/1992)



## Exemplificando

Nepotismo é a prática pela qual um agente público usa de sua posição de poder para nomear, contratar ou favorecer um ou mais parentes, seja por vínculo da consanguinidade ou de afinidade. Nesse cenário, você acha que nomear/contratar um parente próximo para trabalhar como um servidor público fere a moral administrativa? Seria um ato de improbidade administrativa? Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal editou entendimento (por meio da Súmula Vinculante nº 13) que assim determina:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (Súmula Vinculante nº 13, do STF, de 21 de agosto de 2008)



– **Princípio da publicidade:** ele determina que os atos da administração devem receber a mais ampla divulgação entre os administrados, já que essa divulgação possibilita o controle de legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência a conduta administrativa pode ser fiscalizada pela população, podendo assim os administrados analisarem a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem. Com o intuito de observar esse princípio, os atos administrativos devem ser publicados em órgãos de imprensa ou afixados em determinados locais das repartições públicas, ou, ainda, mais modernamente, devem ser divulgados por outros mecanismos da tecnologia, como é o caso da internet. O princípio da publicidade pode ser concretizado por alguns instrumentos jurídicos específicos, entre eles, o Diário Oficial e as certidões, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações. Porém, devemos lembrar de que a publicidade não pode ser usada como instrumento de propaganda pessoal de agentes públicos, pois ela deve apenas educar, informar e orientar, sendo proibido que as autoridades utilizem o sistema de divulgação para promoção pessoal – o que infelizmente acontece muito no Brasil, em uma verdadeira demonstração de ignorância, egocentrismo e “cara de pau” dos governantes, incompatíveis com um regime realmente democrático.

– **Princípio da eficiência:** esse princípio foi inserido na CF/88 pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e visou rever a forma de controle de despesas e finanças públicas, tendo como objetivo a busca constante, por parte da administração pública, de produtividade, de economicidade, celeridade, flexibilização e desburocratização na prestação do serviço público, além de, e ainda mais importante, a obediência à redução do desperdício de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Lembre-se de que eficiência significa a virtude de alguém ou algo de ser competente, produtivo e de conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros e/ou dispêndios.



### Exemplificando

Imagine uma secretaria em uma vara judicial em que tramitam 800 processos! Imagine agora que, diariamente, 30 advogados passam nessa secretaria pedindo para ver um processo judicial. Considerando que essa vara ainda não tem processo eletrônico, ou seja, que se tratam de autos físicos, seria eficiente termos os autos classificados e guardados de alguma forma lógica ou seria melhor deixar tudo misturado? Seria melhor termos apenas um servidor que facilmente localiza esses processos classificados em ordem lógica ou seria melhor termos cinco funcionários que passam o dia todo procurando processos para os advogados? O que é mais eficiente?

### Princípios administrativos implícitos

Tratam-se daqueles princípios que não estão elencados na CF/88, mas que também são orientadores da administração pública, pois também estão incluídos no cerne do pensamento administrativo, ou seja, também inspiram o funcionamento da máquina pública.

– **Princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade:** muito já falamos sobre a supremacia do interesse público na nossa Seção 1.1, certo?! Pois tamanha é sua importância que esse princípio é elevado à categoria de um princípio administrativo, sendo um dos que orienta o regime jurídico administrativo! Você, aluno, deve voltar **agora** às nossas lições sobre esse importante princípio, nunca se esquecendo de que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade,

não podendo o agente dispor do interesse público – deve sempre persegui-lo e protegê-lo.



### Assimile

Inicialmente, na nossa Seção 1.1, falamos do princípio da supremacia do interesse público como um dos princípios do regime jurídico administrativo, lembra? Explicamos exatamente que “o regime jurídico do Direito Administrativo determina que são mais importantes os interesses pertinentes à sociedade do que aqueles pertencentes aos particulares, quando considerados em sua individualidade, enquanto sujeitos singulares. Essa caracterização consiste, especialmente, na atribuição de uma disciplina que fundamentalmente se presta à consagração de dois princípios: a) supremacia do interesse público sobre o privado; b) indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos”. Nesse cenário, ao estudarmos os princípios do Direito Administrativo, o assunto voltou a ser tratado nessa nova seção, tamanha sua importância para esse ramo do Direito.

Quanto a esse importante princípio, devemos lembrar que ele traduz a ideia de que não é o indivíduo em si que é o destinatário da atividade administrativa, mas sim a coletividade, o grupo social como um todo. Assim, deve o Estado dedicar-se a atender às necessidades do interesse público, ainda que, em determinadas situações, exista um conflito entre o interesse privado e o interesse público – devendo este último prevalecer. Veja que o substantivo “supremacia” adjetiva esse interesse público como algo supremo, ou seja: total e incontestável superioridade, hegemonia, primazia, preponderância. Essa prevalência incontestável dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é um pressuposto lógico de qualquer ordem social estável e é o que justifica, por exemplo, a existência de diversas prerrogativas em favor da administração pública em desfavor do indivíduo, tal qual a presunção de legalidade do ato administrativo e o poder de autotutela.

Vamos voltar na seção anterior e estudar, ainda mais, esse importante princípio administrativo? Pode ir lá! esperamos aqui para continuarmos nossos estudos!

– **Princípio da autotutela:** é bastante razoável que dentro de

um enorme leque de sortidas atividades, a administração pública eventualmente cometa erros, cometa equívocos, certo? Afinal, lembre-se de que a máquina pública é gerida por pessoas que podem errar, obviamente! Porém, o que define esse princípio é que percebendo que cometeu algum erro, pode a própria administração pública revê-los, a fim de corrigir a irregularidade e restaurar a situação de regularidade. Observe que corrigir o equívoco não se trata de uma mera faculdade, mas sim de um **dever**, pois não se pode admitir que diante de situações irregulares permaneça o poder público inerte, quieto e/ou desinteressado. Observe que, em verdade, somente restaurando a situação de regularidade é que a administração respeita o princípio da legalidade, sendo a autotutela um dos mais importantes corolários (não precisa, portanto, a administração ser provocada para o fim de rever seus atos, ela pode fazê-lo de ofício).



### Pesquise mais

A súmula 473 do STF (bem como a súmula 346 do mesmo Tribunal) reafirma a existência da autotutela: "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". Você sabe o que é uma súmula? E você sabe o que é o STF? Que tal procurar no site abaixo e aprofundar seu conhecimento?

CYSNE. Diogo. Súmula. **InfoEscola** – navegando e aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/sumula/>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

– **Princípio da continuidade dos serviços públicos:** trata-se de reflexo da supremacia do interesse público, e o que ele prega é que se os serviços públicos buscam atender às necessidades dos indivíduos, e se tais necessidades constituem muitas vezes necessidades inadiáveis da sociedade, a consequência lógica é que não podem os serviços públicos ser interrompidos, devendo sempre seguir sua normal continuidade. O que ele determina é que o interesse público não aceita descontinuidades e paralisações na administração; veja que esse princípio também está ligado ao princípio da eficiência!

Porém, essa continuidade dos serviços públicos não tem caráter absoluto (embora deva ser uma regra geral), pois existem situações que excepcionam o princípio, permitindo a paralisação temporária da atividade, como a necessidade de reparos técnicos na linha de energia ou de realizar obras para a expansão do metrô, o que pode eventualmente suspender seu funcionamento.

– **Princípio da motivação:** esse princípio determina que o agente público sempre deve expor as razões que o levaram a tomar uma decisão quando do exercício de sua função. A motivação é uma exigência do Estado de Direito, sendo inerente aos administrados o direito a uma decisão fundamentada, motivada, com explicação dos motivos, eis que sem essa explicação torna-se extremamente difícil analisar, fiscalizar, sopesar ou aferir a justiça e correção daquilo que foi decidido. Sendo assim, é essencial que na motivação da decisão sejam apontados os fatos, as análises feitas e os fundamentos da decisão tomada pelo agente público – que o faz em nome da administração pública. A falta de motivação abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder diante da dificuldade ou da impossibilidade de controle judicial, já que é por meio da motivação que se torna possível aferir a real intenção do agente.

– **Princípio da razoabilidade:** apesar de ser constantemente citado pela doutrina como um direito administrativo implícito, parte dos estudiosos entende que se trata de um princípio incluído no grupo dos princípios gerais do Direito, eis que deve ser aplicado em **todos** os ramos jurídicos – posicionamento que parece o mais acertado. O princípio da razoabilidade determina que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério de sensatez, prudência e ponderação, não sendo autorizados julgamentos extremos para condutas não tão graves, e vice-versa. Ele consiste num agir com bom senso, devendo o administrador (no caso do direito administrativo) tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato – devemos lembrar que a administração pública, ao exercer suas funções, tem o poder de intervir sobremaneira na vida do administrado, motivo pelo qual deve ter a razoabilidade como vetor para legitimar suas condutas. Num exemplo figurado, devemos lembrar ser irrazoável e desproporcional tentarmos matar uma mosca com um tiro de canhão, certo? Assim como seria irrazoável a administração pública

interditar um supermercado porque encontrou, no universo de 2 mil produtos, um único iogurte com prazo de validade extrapolado há apenas um dia, ou um órgão público abrir uma sindicância porque um servidor utilizou um clipe num documento pessoal, retirando-o do patrimônio público do órgão e levando-o para sua casa etc.

### **Colisão de princípios jurídicos**

Conforme citado, o sistema jurídico é composto por diversos princípios, cada um em sua esfera de atuação (em cada ramo do Direito), ressaltando a existência daqueles que chamamos de princípios gerais do Direito, aplicáveis a todos os ramos jurídicos.

Os princípios não se contrariam, eis que inspiram a criação da própria lei – todavia, em determinados casos concretos, eles podem se confrontar, pois dois princípios poderiam ser, em tese, aplicados no caso em análise, mas e então? Como saber qual é o princípio a ser utilizado nesse confronto?

Quando princípios colidem, a solução encontra-se na dimensão do peso: um vai de ceder frente ao outro, devendo ser aplicado o mais importante no caso concreto em análise, porém, isso não significa declarar inválido o princípio afastado, mas apenas sopesar qual é melhor para deslinde daquele problema jurídico instaurado. À essa análise de peso dos princípios chamamos de ponderação, que é a **ponderação** dos direitos e bens envolvidos no caso, sendo que o princípio de menor peso não perderá sua validade, mas apenas não vencerá o conflito naquele caso. Em resumo: ao se determinar uma prioridade concreta acerca da utilização de um princípio, o princípio recusado continua a fazer parte do ordenamento jurídico, sendo apenas afastado momentaneamente. Esse fenômeno de afastamento momentâneo da aplicação de um princípio ao caso concreto é a chamada ponderação. Vamos ver um exemplo? O **direito à intimidade e inviolabilidade corporal versus o direito à verdade genética da filiação**: pode a mãe pegar um pedaço do cabelo do suposto pai de seu bebê, sem sua autorização, para fazer um exame de DNA e comprovar que ele é pai do seu filho, e assim conseguir alimentos (pensão) para a criança não passar fome?

## Sem medo de errar

A situação proposta nesta seção referiu-se aos outdoors da prefeitura colocados na fazenda de Catarina, lembra-se? Propaganda esta que, para o desgosto da moça, trazia uma foto enorme do prefeito da cidade, com seu nome em letras garrafais, destacando a construção e inauguração da creche pública da cidade! Catarina ficou brava e logo perguntou ao velho Almeida: “Mas, pai! A propaganda da creche pode ter a foto do prefeito e o nome dele estampado? Quem fez foi ele ou a prefeitura? O dinheiro que construiu a creche é dinheiro público! Pode ele colocar a foto dele na propaganda? Quer dizer que vou ter de suportar a foto daquele homem na nossa fazenda por 30 dias?!” Nesse cenário o Sr. Almeida arrazoou: “Ele não pode fazer isso mesmo não, filha. Vamos procurar o Ministério Público e denunciar o ocorrido”.

Nesse cenário, perguntamos: quais fundamentos legais, visando à retirada dos outdoors com o nome e a imagem do prefeito do município, deviam Catarina e seu pai utilizar na denúncia ao MP, considerando que o prefeito se utilizou de publicidade indevida para informar a inauguração da creche pública? Vamos então resolver esse problema?

Bom, de tudo que estudamos aqui, fica gritante que Catarina e seu pai possuem vários fundamentos para denunciar a prática cometida pelo prefeito, eis que sua propaganda violou diversos princípios do direito administrativo, além de ter violado artigo da própria CF/88. Vemos, assim, que a propaganda utilizada feriu os princípios da impessoalidade, da legalidade e da moralidade administrativa.

**A violação do princípio da impessoalidade** é a mais evidente: esse princípio determina a proibição do administrador público de fazer autopromoção com a utilização da máquina pública, ou seja, a atuação dos agentes públicos deve ser imputada ao Estado, o que significa que as realizações da administração pública não devem ser atribuídas à pessoa física do agente público, mas sim à pessoa jurídica estatal a que servir. Tanto esse princípio é de extrema importância que a CF/88 dedicou a ele uma determinação explícita, ao dizer no §1º do art. 37 da CF/88:

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.

Veja, então, que a propaganda, tal qual foi feita, **passou a violar, também, o princípio da legalidade**, pois tratou de conduta que afrontou não apenas o que inspira o direito administrativo, mas também a norma escrita, e na esfera constitucional, ou seja, violou a nossa lei suprema.

Quanto à **moralidade administrativa**, vimos que esse princípio reza que o administrador público aja sempre objetivando o interesse público e nunca o alcance de benefícios próprios. Assim, quando um prefeito faz propaganda pessoal de uma obra pública, como no exemplo citado, ele utiliza da máquina pública para alcançar vantagem pessoal, que, no caso, é a autopromoção – com a tentativa de incutir na mente dos administrados (e eleitores) que ele realizou a obra pessoalmente, como se fosse um favor ou uma caridade, o que em verdade é seu dever público, tendo ele utilizado dinheiro dos contribuintes para melhoria das condições da comunidade – o que não é mais do que sua obrigação enquanto administrador.

## Avançando na prática

### Há que se endurecer, mas sem perder a ternura!

#### Descrição da situação-problema

Rafaela é a mais nova recém-empossada auditora do trabalho. Foi escalada para trabalhar na equipe de Maria Fernanda, uma antiga auditora que sempre teve fama de ser abusiva, sendo o terror das empresas na cidade de Salvadorópolis. Nesse cenário, Rafaela recebeu a agenda da semana seguinte, e sua rotina seria a inspeção em alguns mercados da cidade, a fim de fiscalizar se as empresas estavam cumprindo a cota de Pessoas com Deficiência (PCD) – Lei 8.213/1991.

Assim, a primeira empresa para fiscalização foi um supermercado que contava com 200 funcionários, devendo possuir 2% de PCDs em seu quadro, ou seja, quatro funcionários portadores de necessidades especiais. Assim, chegando ao mercado, elas se dirigiram ao setor de recursos humanos (RH) da empresa e solicitaram a documentação dos empregados registrados e a prova de que a cota estava sendo

cumprida. Todavia, justamente naquele dia, a equipe de RH que cuida da papelada estava em treinamento fora do empreendimento, não sendo possível que a documentação fosse apresentada naquele mesmíssimo instante. O gerente do mercado, preocupado e agindo com boa-fé, garantiu que a empresa cumpria a cota, inclusive chamou os quatro PCDs na presença da auditora, mas apenas solicitou um prazo para envio da documentação oficial – eis que não podia fazê-lo naquele instante por ausência da equipe de RH.

Rafaela, que acabara de estudar bastante Direito Administrativo para ingressar naquele concurso, sabia que o requerimento do gerente era normal, sendo razoável que a auditora concedesse o prazo, já que nesse tipo de fiscalização, e com base nos usos e costumes da praxe administrativa, é comum o auditor deferir alguns dias para entrega da documentação pelas empresas. Contudo, grande foi a surpresa de Rafaela quando viu que Maria Fernanda não tinha concedido qualquer prazo para a empresa, e já estava lavrando o auto de infração com aplicação severa de multa em desfavor do mercado – não bastasse isso, na motivação do auto de infração, Maria Fernanda escreveu: “Representante da empresa pediu prazo de 02 dias para juntada de documentos comprobatórios do cumprimento da cota PCD, mas essa auditora não deferiu”.

Apesar de saber que a medida da colega era extrema, irrazoável e muito austera, pois era a primeira fiscalização naquele mercado, que tinha sido aberto há poucos meses, e sabendo também que a motivação do ato era completamente vazia, Rafaela terminou por se calar... Ficou temerosa em causar alguma confusão, estando em estágio probatório, quiçá desafiando uma auditora mais antiga.

Será que Maria Fernanda agiu com razoabilidade exigindo apresentação **imediatal** de documentação durante a fiscalização? Parece razoável que a administração pública faça exigências aos administrados sem sequer conceder um prazo para juntada de documentos e apresentação de defesa? Seria razoável um prazo de minutos, cujo descumprimento importe em pagamento de severa multa pecuniária? E quanto à motivação de Maria Fernanda? Pode uma multa ser aplicada nesses termos e com essa motivação?

### **Resolução da situação-problema**

Já vimos que a administração pública deve agir sempre visando ao interesse público e não ao particular, eis que é o interesse público que

justifica a própria existência do Estado. Todavia, já vimos também que com a chegada do Estado de Direito, em que as pessoas deixaram de ser súditos de um imperador, as leis e princípios passaram a possuir força normativa que deve alcançar não apenas os cidadãos, mas a própria administração pública em si, ou seja, as normas devem valer para todos, do mais simples lavrador à maior potência econômica ou autoridade do país.

Nesse contexto, vimos que o exemplo trouxe um ato da administração pública eivado de irrazoabilidade: a auditora Maria Fernanda, ao não conceder prazo para a juntada de documentos por parte da empresa, agiu com austeridade não permitida pelo princípio da razoabilidade. Vejam que o gerente comprovou durante a inspeção o cumprimento da cota com a presença dos empregados PCDs, sendo a juntada de documentos um arremate formal para comprovar a observância da lei. Temos de observar que uma fiscalização-surpresa deve sim analisar se as empresas estão burlando a determinação legal, mas não pode ela servir de terrorismo ou ter índole arrecadatória, ou seja, decidir o auditor que vai aplicar uma multa, para engordar os cofres públicos, sequer dando a oportunidade de o cidadão defender-se.

Lembre-se de que o princípio da razoabilidade prega que as condutas humanas devem ser adotadas segundo um critério de sensatez, prudência e ponderação, não sendo autorizados julgamentos extremos para condutas não tão graves, e vice-versa. Ele consiste em agir com bom senso, devendo o administrador (no caso do Direito Administrativo) tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.

Não bastasse a agressividade da medida e a austeridade de fiscalização, a auditora cometeu outra grave irregularidade: não justificou a aplicação da multa, não motivou a aplicação da sanção, ferindo assim o princípio da motivação e deixando o administrado sem sequer compreender o motivo do indeferimento do prazo requerido. Veja que a auditora não mencionou ser, por exemplo, a terceira fiscalização em que a empresa não apresenta documentos ou que a empresa é uma contumaz violadora da cota de PCDs ou que já tinha deferido prazo em situações anteriores ou sequer citou algum

artigo de lei que diz que o prazo era de minutos etc. Conforme vimos, esse princípio determina que o agente público sempre exponha as razões que o levaram a tomar uma decisão quando do exercício de sua função. A motivação é uma exigência do Estado de Direito, sendo inerente aos administrados o direito a uma decisão fundamentada, motivada, com explicação das razões – sem essa explicação, torna-se extremamente difícil analisar, fiscalizar, sopesar ou aferir a justiça e a correção daquilo que foi decidido. Assim, é essencial que na motivação da decisão sejam apontados os fatos, as análises feitas e os fundamentos da decisão tomada pelo agente público, que o faz em nome da administração pública.

## Faça valer a pena

**1.** No Direito Administrativo temos diversos princípios que regem essa importante matéria, sendo eles a mola mestra propulsora para criação das leis nesse ramo jurídico. Assim, conceitualmente, consideramos princípios administrativos expressos aqueles que estão inseridos e escritos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que aqui vamos chamar de CF/88. Já os princípios implícitos não estão escritos na CF/88, mas fazem parte do arcabouço filosófico que orienta esse ramo do Direito sobre o qual nos debruçamos.

São princípios administrativos expressos:

- a) Legalidade, motivação, impessoalidade, continuidade do serviço público, autotutela.
- b) Moralidade, publicidade, supremacia do interesse público, legalidade.
- c) Impessoalidade, eficiência, publicidade, legalidade, moralidade.
- d) Autotutela, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade.
- e) Legalidade, impessoalidade, motivação, publicidade, eficiência.

**2.** Os princípios administrativos implícitos são aqueles que não estão elencados na CF/88, mas que também são orientadores da administração pública, pois também estão incluídos no cerne do pensamento administrativo, ou seja, também inspiram o funcionamento da máquina pública.

A qual princípio, citado no livro, o seguinte enunciado se refere? “É bastante razoável que dentro de um enorme leque de sortidas atividades, a administração pública eventualmente cometa erros, cometa equívocos, certo? Afinal, lembre-se de que a máquina pública é gerida por pessoas que podem errar, obviamente! Porém, o que define esse princípio é que

percebendo que cometeu algum erro, pode a própria administração pública revê-los, a fim de corrigir a irregularidade e restaurar a situação de regularidade. Observem que corrigir o equívoco não se trata de uma mera faculdade, mas sim de um **dever**, pois não se pode admitir que diante de situações irregulares, permaneça o poder público inerte, quieto e/ou desinteressado.”

- a) Impessoalidade.
- b) Autotutela.
- c) Moralidade.
- d) Eficiência.
- e) Publicidade.

**3.** A administração pública deve agir sempre visando ao interesse público e não ao particular, eis que é o interesse público que justifica a própria existência do Estado. Todavia, já vimos também que com a chegada do Estado de Direito, em que as pessoas deixaram de ser súditos de um imperador, as leis e os princípios passaram a possuir força normativa que deve alcançar não apenas os cidadãos, mas a própria administração pública em si, ou seja, as normas devem valer para todos, do mais simples lavrador à maior potência econômica ou autoridade do país.

Dos princípios administrativos, um deles também está incluído na categoria de princípios gerais do Direito. De qual princípio estamos falando?

- a) Moralidade.
- b) Impessoalidade.
- c) Eficiência.
- d) Razoabilidade.
- e) Publicidade.

# Seção 1.3

## Organização administrativa

### Diálogo aberto

Prezado aluno, espero que você esteja animado com o avançar de nossas seções, pois muita coisa interessante está por vir! Porém, não se esqueça do nosso pacto de estudar a matéria com afinco, pois todos os conceitos que analisamos até aqui serão imprescindíveis para o desenvolvimento dessa seção e das unidades que se seguem, tudo bem?

Terminamos nossa última seção abordando a colisão de princípios e a necessidade de usarmos a ponderação nesses casos, certo? Assim, após toda essa explanação conceitual e filosófica, já é chegada a hora de ingressarmos no mundo da administração pública de forma ainda mais palpável, vendo como ela se organiza, como se impõe sobre nós, administrados, e quais são os mecanismos para que as pessoas possam se defender dela.

Para ilustrar um pouco o que estudaremos nas próximas páginas, apresentamos a você a seguinte situação: se tem uma coisa com a qual Sr. Almeida se preocupa é a qualidade dos produtos que saem de sua fazenda. Assim, ele sempre compra ração de boa qualidade, mantém a água dos bebedouros limpa, currais livres de parasitas etc. Por isso, hoje de manhã quem se chateou com a administração pública do Estado de São Paulo foi Sr. Almeida, eis que recebeu uma multa muito alta por suposta falta de vacinação contra a febre aftosa de parte de seu rebanho. Sabendo que a vacina foi devidamente ministrada, ele mandou chamar imediatamente o veterinário responsável pelo rebanho, que trouxe toda a documentação comprobatória de que a vacina foi ministrada e que o fato foi devidamente informado à Secretaria de Estado. “Então não tem jeito! Vamos ingressar com um recurso administrativo dessa multa!”, esbravejou o velho fazendeiro. Considerando que o Sr. Almeida está correto em sua chateação, cumpriu os ditames legais, o que será que ele terá de argumentar em seu recurso administrativo? A quem ele deverá direcionar sua irrisignação e quais fundamentos ele precisará usar? Ah! E Catarina nem se manifestou quanto a essa confusão, pois poucas vezes viu seu pai tão chateado!

## Não pode faltar

Como a administração pública se organiza? Como, então, ela estabelece seus centros de poder? A quem o administrado se dirige para questionar ou requerer alguma coisa? A quem ele deve recorrer caso receba uma decisão com a qual não concorde? Essas perguntas são respondidas com o estudo da organização administrativa e dos recursos administrativos. Então, vamos desbravar esse novo mundo?

### **Organização administrativa (órgãos da administração pública)**

Para facilitar um pouco mais nossa compreensão sobre a estrutura e organização da administração pública, podemos fazer uma breve e superficial analogia ao nosso corpo humano. Quer ver?

Sabemos que um ser vivo é composto de partes, mais especificadamente de órgãos, certo? Cada órgão possui uma função, um dever próprio, um comando a ser executado dentro da unidade, que é o indivíduo. Assim, temos o coração, o pulmão, o cérebro, o estômago etc. e todos compõem um ser vivo, um indivíduo, um animal, no caso exemplificado. Assim também funciona a organização administrativa: dotada de centros de poder, de estruturas, que devem exercer atividades/funções específicas, de forma organizada e compreensível ao administrado. Conforme ensina o professor Carvalho Filho, o Estado é composto de um grande número de repartições internas, necessárias à sua organização, tão grande é a extensão que alcança e tamanhas são as atividades a seu cargo; e arremata que tais repartições é que constituem os órgãos públicos (CARVALHO FILHO, 2016).

Tamanha é a importância da atividade do órgão dentro da estrutura do Estado (e da administração pública) que foi instituída a denominada *teoria do órgão*, que determina que a vontade do Estado deve ser atribuída aos órgãos que o compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes – que são as pessoas, os servidores que vão falar pelo órgão e conseqüentemente pelo Estado. A principal característica dessa teoria consiste no princípio da denominada *imputação volitiva*, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura aquele órgão pertence. Há, pois, uma vinculação entre o órgão e a pessoa jurídica da qual ele faz parte. Quer um exemplo? Vamos imaginar que um agente da Polícia Civil do Mato Grosso do Sul, no exercício da função, agride ilicitamente um cidadão

– a quem esse cidadão deve processar para pleitear a indenização por danos morais? Vimos que o agente, naquele momento, exercia uma função estatal (Policial Civil), pertencente a um órgão (Polícia Civil do Estado do Mato Grosso do Sul) inserido na pessoa jurídica do Estado do Mato Grosso do Sul, então é contra o Estado Mato Grosso do Sul que o cidadão deve demandar judicialmente, para fim de indenização civil. Veja nossos estudos tendo uma aplicação prática e palpável! Então vamos conceituar *órgão público*?



### Assimile

Conforme nos ensina Carvalho Filho, o órgão público é o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes que, quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado (CARVALHO FILHO, 2016).

Então temos que órgão é compartimento, órgão é círculo interno de poder – nada de esquecer esse conceito, hein! “Veja bem, que o órgão é um compartimento eu já entendi, mas não compreendi o motivo de, no exemplo acima dado, o cidadão agredido pelo policial civil no exercício da função não ingressar com um processo diretamente contra a Polícia Civil do estado do Mato Grosso do Sul. Por que o cidadão tem de processar o **estado** do Mato Grosso do Sul como um todo, não só o departamento de polícia?” Huumm... Será que essa dúvida ficou fazendo uma nuvem cinza em sua cabeça, caro aluno? Vamos dissipar essa nuvem com mais uma importantíssima explicação: trata-se de questão sobre personalidade jurídica e capacidade processual! **Como círculo interno de poder, o órgão em si é despersonalizado; apenas integra a pessoa jurídica à qual ele pertence, não possuindo, assim, capacidade processual, ou seja, não respondendo diretamente pelos seus atos.** Sendo assim, o órgão não pode, como regra geral, ter capacidade processual, ou seja, capacidade para figurar em qualquer dos polos de uma relação processual, devendo ser a pessoa jurídica à qual ele pertence quem deve figurar no polo demandado ou demandante.

Porém, temos obrigação de ressaltar que isso não ocorre quando tratamos dos remédios constitucionais denominados mandado de segurança, mandado de injunção e habeas data, pois em tais ações

o polo passivo é integrado pela própria autoridade (pessoa física com função pública) que pertence ao órgão, tendo a lei conferido a ela a capacidade processual. Todavia, para arrematarmos esse ponto, temos de nos lembrar da teoria da encampação! O que seria ela?



### Pesquise mais

Imagine que o impetrante do mandado de segurança erra na indicação da autoridade coatora daquele ato que ele entende ser ilegal e que contra si foi proferido, ou seja, esse administrado indicou outra autoridade hierarquicamente superior à que deveria figurar no polo passivo da demanda. Porém, essa autoridade erradamente indicada não informa sua ilegitimidade passiva, preferindo, em vez disso, prestar as informações que deveriam ser prestadas pela autoridade a que lhe é subordinada, discutindo o mérito do ato atacado. Nesse cenário, encampa o ato impugnado o impetrado que adentra no mérito, defendendo o acerto do ato combatido, e a autoridade superior, que inicialmente era ilegítima, passa assim a figurar no polo passivo da demanda, ela passa a ser legitimada porque “encampou” o ato. Pesquise mais sobre o tema no site abaixo.

PAULO, Tuani Ayres. **Teoria da encampação**. Mar. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27287/teoria-da-encampacao>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

Quais exemplos de órgãos públicos nós temos?



### Exemplificando

São exemplos de órgãos públicos: os departamentos de Polícia Civil e Militar, Corpos de Bombeiros, Tribunais de Justiça, hospitais públicos, Detrans, Departamento de Polícia Federal, Vigilância Sanitária, Ministério do Trabalho e demais ministérios do governo federal, as Secretarias de Estado etc.

Eu imagino que você, aluno, muito espertamente, esteja lembrando-se de diversos casos em que as pessoas entraram com ações judiciais contra entidades públicas diretamente em desfavor

delas, não é? Ou você não conhece ninguém que ingressou com um processo judicial contra o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS)? E contra o Banco do Brasil? Vamos entender, então, essas diferenças?

### **Centralização e descentralização**

Conforme já vimos ao longo de nossas lições anteriores, a organização administrativa é o resultado do conjunto de normas jurídicas que regem a estrutura, as relações hierárquicas, as formas de atuação e o controle dos órgãos e pessoas, no exercício da função administrativa.

Como vimos, o Estado precisou se organizar/estruturar por meio de pessoas jurídicas, órgãos e agentes para poder especificar suas áreas de atuação, distribuindo tarefas e atribuições. Conforme exemplos dados acima, hospitais, tribunais, polícias e bombeiros são órgãos bastante distintos, com agentes muito específicos para desenvolvimento de funções inerentes ao poder público, certo?

Contudo, apesar de termos compreendido isso, algumas dúvidas ainda restam, pois sabemos que em determinados casos o administrado pode ingressar com alguma discussão judicial em desfavor da própria entidade pública, e não do Estado, União ou município. Nesse cenário, precisamos aprofundar um pouco mais nossos estudos (agora que já entendemos a regra geral dos órgãos públicos) e então aprender sobre os três extratos de organização fundamental da administração pública: a centralização, a descentralização e a desconcentração. Com essa compreensão, conseguiremos compreender ainda melhor como o poder público estrutura suas atividades. Vamos lá?

A situação denominada de **centralização** é aquela em que o Estado chama para si, diretamente, a prestação da atividade pública. Ele executa essas tarefas diretamente, ou seja, por intermédio dos inúmeros órgãos e agentes administrativos que compõem sua estrutura funcional interna. É pela centralização que observamos justamente a existência de órgãos públicos conforme acima estudado, é a hipótese em que a administração pública toma diretamente para si o dever de prestar o serviço público (polícia, bombeiro, tribunais, ministérios, secretarias estaduais e municipais etc.).

Já pela **descentralização** a administração pública presta suas atividades de forma indireta, ou seja, ela delega a atividade a outras entidades, também dotadas de personalidade jurídica – é o caso, por exemplo, das autarquias, fundações públicas, empresas públicas

e sociedades de economia mista – que serão adiante estudadas. O importante é que você, aluno, entenda que tais entidades (veja que não devemos mais chamar de órgãos!) respondem por seus atos diretamente, pois possuem personalidade jurídica e capacidade processual, e elas continuam vinculadas à pessoa jurídica que as criou (autarquias federais são vinculadas à União, empresa pública estadual, ao estado que a criou etc.). Então, lembrando para você nunca mais se esquecer: quando o Estado descentraliza, ele cria outras pessoas jurídicas para desempenhar funções estatais!

A descentralização pode ocorrer de duas formas, vamos ver?

1 - Por **outorga/serviço** = o Estado cria uma entidade **transferindo a titularidade** do serviço público para essa entidade; contrato sem prazo determinado. É exemplo, justamente, a criação da administração indireta, que se dá por meio das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

2 - Por **delegação/colaboração** = aqui o Estado **transfere apenas a execução** do serviço público a um concessionário, permissionário ou autoritário: são as pessoas que vão colaborar com o Estado; trata-se de contrato com prazo determinado. São exemplos: as empresas de ônibus que prestam serviço público, as empresas que fornecem energia elétrica etc. Aqui não ocorreu a criação da administração indireta, certo?

Apenas para seu estudo ficar ainda mais completo, vamos também lhe apresentar a chamada **desconcentração** (a cereja do bolo no tema!), que ocorre quando a entidade descentralizada desmembra-se e cria órgãos internos para propiciar melhoria na sua organização estrutural! Você conhece um exemplo bem fácil dessa hipótese, veja: o INSS é uma entidade descentralizada, certo? Porém, ele cria o órgão do posto de atendimento para realizar as perícias dos seus beneficiários.

Então, temos os órgãos oriundos da centralização e os oriundos da descentralização! Nada de se confundir com essas hipóteses, hein?! São coisas diferentes!



### Assimile

Quando se fala em centralização, a ideia que deve vir à tona é a do desempenho direto das atividades públicas pela administração pública.

Na descentralização, por outro lado, devemos focar na realização do exercício de atividades públicas de modo indireto.

Seguindo nossa linha de raciocínio, podemos considerar a existência de uma administração centralizada e de uma administração descentralizada, sendo que ambas se destinam ao cumprimento das atividades/funções administrativas. Nesse cenário, podemos perceber que a divisão de administração centralizada e descentralizada já nos remete à administração direta e à administração indireta, respectivamente. Viu como em Direito temos um assunto puxando o outro? Vamos então avançar ainda mais no nosso estudo?

### **Administração direta e indireta**

Produtos da centralização e descentralização, respectivamente, temos de distinguir um instituto do outro. Vamos lá?

– **Administração direta** – conforme já vimos, ela é formada por um conjunto de órgãos públicos que não possui personalidade jurídica própria. Esses órgãos são criados por meio da desconcentração administrativa (técnica de distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica). A noção de administração direta inclui a compreensão de que ela é constituída por seus próprios órgãos internos, que são, efetivamente, o verdadeiro instrumento de ação da administração pública, pois a cada um deles é dada uma atribuição própria, como se fossem, no dizer do professor Carvalho Filho (2016), partículas do objetivo global do Estado, pois o objetivo dessa atuação é o desempenho das múltiplas funções administrativas atribuídas ao poder público em geral. A centralização é, assim, inerente à administração direta do Estado e dela indissociável – devendo ser reservada às atividades que precisam possuir intrínseca natureza pública, que precisam da mão do Estado de uma forma ainda mais explícita.

– **Administração indireta** – criada por meio da descentralização, nasce com a criação de entidades com personalidade jurídica, que podem ser de quatro espécies: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Trata do conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva administração direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas

de forma descentralizada; importante lembrar que diferentemente do que ocorre na administração direta, a indireta é formada por pessoas jurídicas, também denominadas por alguns (e até pelo Decreto-Lei nº 200/1967, art. 4º, II) de entidades.

Porém, conforme citamos acima, tais entidades não estão soltas ou perdidas no universo administrativo, eis que estão ligadas/vinculadas às pessoas políticas da federação, nas quais está a respectiva administração direta – quem as criou.

“Mas qual é o interesse de uma atuação estatal descentralizada?” Essa decisão de descentralizar resulta, normalmente, de duas ponderações: seja porque o tipo de atividade tem mais pertinência para ser executada por outras entidades específicas, seja para se obter maior celeridade em seu desempenho. Ademais, criando entidades destacadas para consecução de determinados propósitos, o Estado pode conseguir maior flexibilização nas suas regras de funcionamento, o que garante maior eficiência na gestão daquele respectivo interesse. Querem um exemplo? O Banco do Brasil, que se trata de uma sociedade de economia mista (federal) com fim específico de prestar atividade bancária.

Importante ressaltarmos, ainda, que todas as entidades federativas podem ter sua administração indireta, ou seja, podemos ter autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista da União, Estados, Distrito Federal e municípios.

A administração indireta precisa obedecer a alguns princípios. Vamos ver quais são eles?

**a) Princípio da reserva legal:** todas as pessoas integrantes da administração indireta, de qualquer um dos Poderes, seja qual for a esfera federativa a que estejam vinculadas, só podem ser instituídas por lei. Tal determinação está inserida na CF/88, art. 37, XIX: “Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”.

**b) Princípio da especialidade:** esse princípio indica a absoluta necessidade de ser expressamente consignada na lei a atividade a ser exercida, de forma descentralizada, pela entidade criada, ou seja, nenhuma entidade da administração indireta pode ser criada/instituída com finalidades genéricas – é absolutamente necessário

que se defina, na lei de sua criação, o objeto exato de sua atuação.

**c) Princípio do controle:** aqui temos a necessidade de conjunto de meios pelos quais seja exercida a fiscalização sobre determinado órgão ou pessoa administrativa. Dizer que a entidade está sujeita a algum controle significa dizer que ela só pode atuar dentro de estreitas balizas, ou seja, não pode agir com liberdade integral, como se estivesse solta no universo administrativo. Assim, devemos afirmar que toda pessoa integrante da administração indireta é submetida a controle pela administração direta à qual é vinculada. Obviamente que assim deve ser: se a administração direta criou aquela entidade, é lógico que ela tenha o poder de controlá-la. Por esse motivo podemos dizer que as entidades da administração indireta são satélites das pessoas da federação, ou seja, da administração direta, que as originou. Esse controle ocorre em quatro esferas: política, institucional, administrativa e financeira.

Após todos esses conceitos e cenários, como podemos ver o administrado interagindo com a administração pública na busca de seus direitos? Como podemos ver os cidadãos interagindo com os órgãos e entidades da administração pública? Como a organização do Estado é apresentada, na prática, aos administrados? Para respondermos a todas essas perguntas, vamos avançar um pouco mais na nossa matéria!

### **Processo administrativo: reconsideração, recurso administrativo, reclamação administrativa**

Vimos que a administração pública possui uma fiel organização para a prestação dos seus serviços. Vimos, assim, que o Estado não surgiu simplesmente para mandar e desmandar, mas sim para perseguir e realizar, sempre, o interesse público, o que precisa ser feito por meio de órgãos, entidades e agentes – as pessoas que compõem a máquina pública. Porém, apesar do nosso assunto estar ficando mais palpável, ainda falta uma parte importante: ver o administrado se relacionando com o poder público, dirigindo suas insatisfações e apresentando defesa quando entende que foi lesado por um ato administrativo oriundo de um órgão ou entidade. Como isso ocorre? Por meio do processo administrativo (PA).

O PA nada mais é do que uma sucessão encadeada de atos ordenados que é destinada à obtenção de um provimento/resultado final. Esse resultado é o que chamamos de decisão administrativa.

Como em toda noção de procedimento, o PA é composto de um conjunto de atos interligados, no qual o seguinte depende do anterior e que, progressivamente ordenados, objetivam um resultado final. Porém, o encadeamento dos atos e sua interligação não são mera burocracia sem importância, eis que é essa ordem de atos previsíveis que garante a fiel observância do procedimento, o que é imperioso para a garantia da legitimidade da decisão tomada. Sendo assim, todos os atos da cadeia procedimental destinam-se à preparação de um único provimento, que consubstancia a decisão da administração em determinada matéria.



### Refleta

É preciso entender a importância do processo administrativo, já que a sua inexistência significaria a impossibilidade de defesa do administrado frente à poderosa máquina pública. Lembre-se de que num Estado de Direito não somos mais meros súditos de um imperador, devendo ser garantido ao cidadão que ele se defenda dos entendimentos desfavoráveis e contra si manifestados pela administração pública. Assim, se não existisse o processo administrativo, como poderia um simples cidadão enfrentar o poder público, fazendo-se ouvir?

Nesse cenário, o PA deve observar as seguintes exigências básicas, sem as quais ele pode ser inquinado de nulo (hipótese em que não caberá qualquer punição da administração pública em desfavor do administrado): a) publicidade do procedimento; b) direito de acesso aos autos; c) observância do contraditório e da ampla defesa, sempre que haja litigantes (CF, art. 5º, LX); d) obrigação de motivar; e) dever de decidir (ou condenação do silêncio administrativo).

Tamanha é a importância do PA que no âmbito federal temos a Lei 9.784/1999, que regula o PA naquele âmbito – interessante é ver o que diz logo seu art. 1º do referido diploma:



1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração (grifo nosso).

Ou seja, a lei não existe para massacrar o administrado, mas, ao contrário, para defender seus interesses e garantir a supremacia do interesse público. Importante explicar que a lei citada só se aplica ao processo de âmbito federal, porém, é comum que os estados e municípios adotem lei muito similar ou idêntica a essa do âmbito federal, eis que ela praticamente exaure o tema, sendo desnecessárias novas ilações a respeito do PA.

Nessa senda, e de forma resumida, temos dentro de um PA a seguinte concatenação de atos: **1**– denúncia/acusação/auto de infração; **2** – intimação do acusado para, se quiser, apresentar sua defesa; **3** – possibilidade de produção de provas como pedido de perícia, oitiva de testemunhas, juntada de últimos documentos sendo aberta à parte contrária possibilidade de manifestação sobre a prova produzida; **4** – eventual realização de oitiva das partes; **5** – decisão inicial da administração pública; **6** – possibilidade de recurso (e pedido de reconsideração) pelo administrado; **7** – decisão final da administração pública após análise de todo o conjunto dos autos (pode haver uma terceira instância para análise de um segundo recurso, sendo três instâncias o máximo permitido”.

A ordem dos atos, conforme exemplificamos, demonstra, inclusive, a existência do contraditório e ampla defesa também no processo administrativo, conforme determina a nossa CF/88 em seu art. 5º, inciso LV, a saber: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Vamos ver as principais figuras de um processo administrativo?

– **Pedido de reconsideração:** trata-se de uma tentativa do administrado de que a autoridade que proferiu a primeira decisão volte atrás diante das razões trazidas na peça de combate, ou seja, na peça de irrisignação. O prazo para seu protocolo é de dez dias. O pedido de reconsideração é como se fosse um recurso à mesma pessoa (autoridade) que decidiu inicialmente, um recurso distribuído para a mesma instância. Esse pedido de reconsideração está previsto na própria lei 9.784/1999, no art. 56, §1º, vejamos:

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 (grifo nosso).



É necessário entender, ainda, que a **todo ato administrativo que gerar alguma sanção ao administrado caberá impugnação, caberá discussão sobre a legalidade ou o mérito desse ato administrativo.** Isso quer dizer que não existirá aplicação de punição pela administração pública sem que a parte a ser punida se manifeste sobre a acusação, sem que ela se defenda! Assim, temos o art. 65 da referida lei que diz:



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.

– **Recurso administrativo:** conforme vimos no art. 56, §1º, ele será dirigido à instância superior da autoridade que der a primeira decisão caso ela não se retrate, caso ela mantenha seu entendimento inicial. O pedido de reconsideração automaticamente se transforma em recurso à instância superior, sendo que a limitação de instância para os recursos administrativos é de três instâncias, no máximo.

– **Reclamação administrativa:** aqui há um caminho inverso ao dos atos concatenados, pois aqui o administrado questiona, requer alguma coisa perante a administração pública. Essa modalidade de irresignação administrativa tem como objetivo dar a oportunidade de o cidadão questionar a realização de algum ato administrativo. As reclamações administrativas geralmente são julgadas por um órgão específico da administração pública, criado com essa finalidade. Podemos ter um exemplo: imagine que você já pagou todas as parcelas do seu IPVA e não recebeu o documento. Você chegou a fazer dois pedidos para o Detran de seu estado te entregar o documento do carro e ele ainda não entregou, alegando falta do papel timbrado. Nesse ínterim, você foi parado numa blitz e foi multado, mas antes mesmo de receber a notificação em casa você ingressou com uma reclamação a fim de receber o documento e ter a multa cancelada – veja que o administrado tem a possibilidade de provocar a administração pública para que ela lhe ouça e analise suas razões. A reclamação administrativa também é muito utilizada como meio de questionar atos referentes a direitos funcionais dos servidores públicos.

Por último, mas não menos importante, precisamos lembrar de

que no ordenamento jurídico nacional, **nada** está isento de análise e crivo do Poder Judiciário, ou seja, ainda que o administrado perca em todas as instâncias administrativas, ele pode ingressar com ação judicial para ter, então, um provimento derradeiro e final sobre sua demanda – trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.



### Pesquise mais

O tema *processo administrativo* é muito amplo e muito importante também! Assim, é impossível esgotarmos o assunto em poucas páginas (considerando que essa obra trata de tópicos em direito administrativo). Se você quiser ficar mais expert em PA, estude com mais afinco a Lei 9.784/1999.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

### Sem medo de errar

Vimos o Sr. Almeida muito irritado com a administração pública de São Paulo após o recebimento de um auto de infração – punível com multa – por suposta falta de vacinação de seu rebanho.

Conforme explicado pelo veterinário da fazenda, toda a documentação de que a vacina estava em dia e que foi aplicada em todo o rebanho foi devidamente entregue à administração pública quando da fiscalização inicial, motivo pelo qual não poderia existir a penalidade – pois não houve infração praticada pelo administrado.

Nesse cenário, o Sr. Almeida, administrado lesado por ato equivocado da Secretaria de Estado de São Paulo (órgão que nessa situação apresenta sua administração centralizada), juntou mais uma vez toda a documentação correta e fez o fiel recurso administrativo, que foi primeiramente direcionado ao auditor que lhe aplicou a multa – sendo que a peça inicialmente tem caráter de pedido de reconsideração para que o auditor se retrate, e, em não se retratando, o auditor deve encaminhar as razões de recurso ao seu superior imediato, que deve reanalisar o processo como um todo, observando

se houve contraditório e ampla defesa durante seu trâmite. Também deve a segunda instância analisar as provas juntadas pelas partes, bem como se os prazos foram seguidos – ainda que a perda de prazo não seja impeditivo para correção de eventual nulidade praticada pela administração, o que já aprendemos diante da aplicação do princípio da legalidade, do princípio da autotutela e do art. 65 da Lei 9.784/99, certo?

Veja que no caso tivemos o Sr. Almeida acusado de algo (não vacinar seu rebanho), oportunidade em que foi aberto prazo para ele se defender. Porém, sua defesa pareceu, aos olhos do auditor, inconsistente, tendo o auditor lavrado a multa. Por não concordar com a aplicação daquela multa, o Sr. Almeida elaborou e protocolou seu recurso administrativo, mais uma vez juntando os documentos que entende pertinentes para provar sua tese defensiva – ele também alegou em suas razões de recurso que a lei que trata dos processos administrativos (aqui vamos considerar que o Estado de São Paulo utiliza legislação similar àquela de âmbito federal) visa, em especial, “à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (Lei 9.784/1999) – e que ele estava ali justamente para se defender.

Seguindo mais adiante no seu recurso, o Sr. Almeida ressaltou que aquela lei, em seu art. 2º, determina que



a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. E que ela ainda diz que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito, o atendimento a fins de interesse geral, a atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; a adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; a 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. (Lei 9.784/1999)

Nesse cenário, trazendo tais determinações legais, ele requereu que a multa fosse cancelada, pois comprovou que apresentou documentos que provam que cumpriu a lei, inexistindo pressupostos fáticos ou jurídicos que pudessem manter a aplicação de sanção, e que não poderia a administração pública impor multa, desprezando a formalidade de recurso que ele estava apresentando, insistindo em ilegalidade e numa sanção imotivada.

## Avançando na prática

### Estudar é preciso!

#### Descrição da situação-problema

Mariana Otopiring é uma badaladíssima empresária da noite manauara, pois com o sucesso de seu empreendimento (dezenas de lanchonetes com os mais variados tipos de açaí) alcançou fama e riqueza. Apesar de ter se formado em Direito e até ter passado no exame da OAB, nunca exerceu a profissão, tendo uma veia muito mais empresarial do que de militância jurídica.

Foi assim que um dia, e logo de manhã, Mariana recebeu uma ligação de uma de suas funcionárias, que dizia que um terrível acidente tinha acontecido na loja da Torquato Tapajós, pois uma viatura do Corpo de Bombeiros da região terminou por destruir toda a frente da loja, enquanto realizava uma operação de resgate.

Apesar de Mariana ser muito preocupada com seu dinheiro, ela não se estressou com o infortúnio, pois sabiamente pensou: “Se os bombeiros estavam numa missão de resgate, estavam a salvar vidas, o que é muito mais importante do que a frente da minha loja. Porém, preciso receber o valor que terei de gastar para reconstrução da minha loja, né? Obviamente que o Corpo de Bombeiros do estado tem mais dinheiro do que eu!” Assim, tendo sua OAB (apesar de nunca ter exercido a advocacia), ela mesma resolveu ingressar com a ação de indenização por danos materiais, em causa própria, e no valor de R\$ 21.500,00, que foi justamente a quantia que ela teve de desembolsar

para restaurar sua loja. Mariana fez um pedido honesto, sem exageros ou invenções, porém, por falta de experiência (e de estudo...) colocou no polo passivo da ação judicial o Corpo de Bombeiros do estado do Amazonas!

Será que dessa forma o juiz vai acatar o pedido de Mariana?

### **Resolução da situação-problema**

De tudo que estudamos sobre a administração direta e indireta, já sabemos que Mariana cometeu um erro grave quando escolheu o réu na sua ação judicial. É que, conforme já sabatinamos repetidas vezes, o Corpo de Bombeiros de um estado da federação é um mero órgão, e não uma entidade – ou seja, ele não tem personalidade jurídica, sendo apenas um compartimento da administração direta, ou seja, os órgãos são despersonalizados, eles não possuem capacidade processual, sendo assim, não respondem diretamente por seus atos dentro de uma demanda jurídica. Não podemos esquecer que a administração direta é formada por um conjunto de órgãos públicos que não possui personalidade jurídica própria. Cada um desses órgãos públicos é criado por meio da desconcentração administrativa (técnica de distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica). Nesse cenário, a noção de administração direta inclui a compreensão de que ela é constituída por seus próprios órgãos internos, que são, efetivamente, o verdadeiro instrumento de ação da administração pública, pois a cada um deles é dada uma atribuição própria, como se fossem partículas do objetivo global do Estado, pois o objetivo dessa atuação é o desempenho das múltiplas funções administrativas atribuídas ao poder público em geral.

A centralização é, assim, inerente à administração direta do Estado e dela indissociável – devendo ser reservada às atividades que precisam possuir intrínseca natureza pública, que precisem da mão do Estado de uma forma ainda mais explícita.

Agora sabemos que Mariana deveria ter ingressado com uma ação judicial contra o Estado do Amazonas, e não contra o Corpo de Bombeiros de lá, pois o Corpo de Bombeiros se trata de mero órgão público – nesse contexto, o juiz mandará Mariana “emendar” a inicial (corrigir seu erro) ou extinguirá a ação sem julgamento de mérito por ilegitimidade de parte! Independentemente dessa decisão, já sabemos que contra o Corpo de Bombeiros em si a ação não poderá prosseguir!

## Faça valer a pena

**1.** Tamanha é a importância da atividade do órgão dentro da estrutura do Estado (e da administração pública) que foi instituída a denominada teoria do órgão, que determina que a vontade do Estado deve ser atribuída aos órgãos que o compõem, sendo eles mesmos, os órgãos, compostos de agentes – que são as pessoas, os servidores que vão falar pelo órgão e consequentemente pelo Estado.

A principal característica dessa teoria consiste no princípio da:

- a) Imputação valorativa, ou seja, o valor do órgão público é imputado ao patrimônio da pessoa jurídica a cuja estrutura aquele órgão pertence.
- b) Imputação valorativa, ou seja, a vontade da entidade é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura aquele órgão pertence.
- c) Imputação volitiva, ou seja, o valor do órgão público é imputado ao patrimônio da pessoa jurídica a cuja estrutura aquele órgão pertence.
- d) Imputação volitiva, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura aquele órgão pertence.
- e) Imputação valorativa, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica diversa a cuja estrutura aquele órgão pertence.

**2.** Conforme determina a centralização na organização administrativa, o órgão não pode, como regra geral, ter capacidade processual, ou seja, capacidade para figurar em qualquer dos polos de uma relação processual, devendo ser a pessoa jurídica à qual ele pertence quem deve figurar no polo demandado ou demandante.

Complete as lacunas da frase a seguir de modo que ela tenha um sentido correto.

Como círculo interno de poder, o órgão em si é \_\_\_\_\_ ; apenas integra a pessoa jurídica à qual ele pertence, \_\_\_\_\_ , assim, capacidade \_\_\_\_\_ , ou seja, \_\_\_\_\_ diretamente pelos seus atos.

- a) personalizado; possuindo; processual; respondendo.
- b) despersonalizado; não possuindo; processual; não respondendo.
- c) despersonalizado; possuindo; processual; não respondendo.
- d) personalizado; possuindo; material; respondendo.
- e) despersonalizado; não possuindo; material; respondendo.

**3.** Administração indireta é criada por meio da descentralização, nascendo com a criação de entidades com personalidade jurídica, que podem ser de quatro espécies: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Trata do conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva administração direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada; é importante lembrar que diferentemente do que ocorre na administração direta, a indireta é formada por pessoas jurídicas, também denominadas por alguns (e até pelo Decreto-Lei nº 200/1967, art. 4º, II) de entidades.

São princípios específicos da administração indireta:

- a) Princípio da autotutela; princípio da razoabilidade e princípio do controle.
- b) Princípio da reserva legal; princípio do controle e princípio da moralidade.
- c) Princípio da supremacia do interesse público; princípio da reserva legal e princípio do controle.
- d) Princípio da especialidade; princípio do controle e princípio da continuidade do serviço público.
- e) Princípio da reserva legal; princípio da especialidade e princípio do controle.

# Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto de lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto de lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13 de 21 de agosto de 2008**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94747>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429 de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2017.

BRASIL. Escola. **Rousseau e o contrato social**. Disponível em: <<http://brasilescola.uol.com.br/sociologia/rousseau-contrato-social.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CYSNE, Diogo. **Súmula. InfoEscola – navegando e aprendendo**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/sumula/>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



# Administração indireta e os atos administrativos

### Convite ao estudo

Esta unidade de ensino será iniciada com o estudo das principais figuras da administração indireta: as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. Ainda analisaremos o que são os contratos de gestão e termos de parceria, sendo imperioso que conheçamos as figuras que compõem o chamado terceiro setor, ou seja, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público, bem como o Sistema S.

Nas demais seções, veremos atos administrativos e os poderes da administração pública, sendo fundamental que você, aluno, esteja com os conceitos até aqui estudados bastante latentes em sua memória, pois serão imprescindíveis para a fiel compreensão desta unidade.

Como forma de contextualizar nosso aprendizado, apresentamos a história de Dr. Fernando, pai viúvo de três filhas: Aninha, Leila e Luana, que com muita labuta cuida das meninas, sozinho, após a morte da mãe delas. Sabendo que elas têm sonhos e planos diferentes, ele se desdobra para bancar e satisfazer cada vontade das moças, respeitando a natureza e a ideologia de cada uma, mas às vezes ele não sabe como três filhas de um mesmo pai e uma mesma mãe podem ser tão diferentes!

Aninha é a mais responsável. Séria, objetiva, decidiu que vai ser uma das maiores advogadas desse país, estuda muito para a realização de seu sonho e trabalha 10 horas por dia; quando está de folga, está com algum artigo jurídico em mãos – obstinação é um dos seus maiores traços!

Já Leila é a artista da família. Sonhadora, apaixonada por artes, música, história e sociologia, faz o curso de teatro na Universidade Federal da Bahia e quer mesmo é virar professora daquela conceituada academia.

Já Luana é o meio-termo das irmãs: estudante de Veterinária e apaixonada por cachorros, acha que é importante conciliar trabalho rentável com as paixões da alma, assim, desdobra-se entre a clínica veterinária em que é empregada e o canil de animais abandonados em que ela presta serviço voluntário – acreditando que um dia não mais existirão bichos de rua! Porém, apesar de estar muito feliz com as filhas que criou e feliz inclusive com a diversidade entre as irmãs, Dr. Fernando sabe que terá de lidar com muitos obstáculos na condução de vida dessas três tão distintas jovens, pois três mulheres tão diferentes costumam entrar em confusões diferentes, certo? Falando em confusões, como o direito administrativo pode fazer parte da rotina dessa família? Será que no dia a dia dessa casa teremos assuntos como concurso público? E multas de trânsito? E o poder de polícia agindo na vida do particular? Será que Aninha terá de ajudar as irmãs nas enrascadas que o destino pode lhes reservar?

Nesse cenário e diante do estudo dos tópicos dessa unidade, iremos perceber importantíssimas regras que vigem na organização da administração indireta, bem como quanto aos atos praticados pela administração pública e seus poderes. E então? Preparado para mais uma vez desvendar a administração pública brasileira? Vamos lá?

# Seção 2.1

## Figuras da administração pública

### Diálogo aberto

De tudo que analisamos até esse início da segunda unidade, você, aluno, pode estar imaginando que não é possível que as figuras da administração indireta possuam tantas diferenças assim. Você pode imaginar que o regramento do INSS e do Banco do Brasil podem ser muito similares, certo? Ou que não pode existir tanta diferença assim entre o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, afinal, são dois bancos! No entanto, existem, sim, muitas diferenças entre as figuras da administração indireta e trouxemos uma história que vai ilustrar isso para você. Vamos lá?

"Minhas filhas já são adultas e estão solteiras faz muito tempo... Será que não vou conhecer meus netos?" Era nisso que Dr. Fernando acordou pensando naquele sábado chuvoso. Ficando velho e após traumas com a morte prematura de sua esposa, ele já imaginava se teria a chance de conhecer os netos, mas, coincidência ou não, Leila acordou contando que tinha conhecido um rapaz muito bonito e interessante na festa da noite anterior! Animado e querendo saber de alguns detalhes, o pai logo perguntou: "Ele faz o que da vida, filha?". Leila, na ingenuidade que lhe é particular, respondeu que o rapaz era servidor de uma autarquia federal, que tinha sido indicado pelo presidente da empresa, que é seu tio, e que apesar de não ter feito concurso público, ele era estável, ou seja, não tinha chance de perder o emprego nunca! "Ele entrou por uma lista especial, pai. Não entendo muito disso, mas ele disse que apesar de não ter feito concurso, ele é um funcionário estável, com todas as garantias de estabilidade da lei." Foi aí que Aninha arregalou os olhos e disse: "Impossível isso ser legal, irmã... Vou te explicar um pouco mais sobre o preenchimento de cargos numa autarquia federal... Mas pode terminar esse namoro logo porque não admito ter um cunhado trambiqueiro! Lista especial dando estabilidade a um servidor não concursado? Senta aí porque vamos falar da administração indireta e suas nuances, tá?!"

E então? Vamos ver como a família de Dr. Fernando pode nos ajudar a compreender alguns regramentos da administração indireta?

## Não pode faltar

Terminamos a Unidade 1 dando algumas pinceladas na administração indireta, quando tratamos da organização administrativa, certo? Aprendemos sobre centralização e descentralização, sobre desconcentração e vimos, ainda, que a administração indireta é criada por meio da descentralização, que ela nasce com a criação de entidades com personalidade jurídica e que podem ser de quatro espécies: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Vimos que a administração indireta trata do conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva administração direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. Foi explicado, ainda, que tais entidades não estão soltas ou perdidas no universo administrativo, eis que estão ligadas/vinculadas às pessoas políticas da federação, nas quais está a respectiva administração direta – quem as criou.

Entretanto, tamanha é a importância da administração indireta que precisamos estudar cada uma de suas figuras separadamente, dedicando nosso tempo à compreensão de suas diferenças e seus regramentos próprios. Então vamos!

### Autarquias

Sua definição está presente no Decreto 200/1967, nos seguintes termos:



Art. 5º, I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. (BRASIL, 1967)

Nesse cenário, a previsão de sua existência está contida na CF/88, no art. 37, XIX, que diz:

(...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. (BRASIL, 1988)



Precisamos explorar essas definições, certo? Assim, temos que a autarquia é uma entidade de direito público que precisa ser criada por lei e que deve nascer para prestar um serviço público. Para seu melhor funcionamento e gestão, precisa ter sua gestão administrativa e financeira descentralizada, diante da especificidade de sua atuação – o que lhe dá a capacidade de autoadministração.

As autarquias realizam um serviço público personalizado, ou seja, elas possuem personalidade jurídica (não são um mero órgão público) e possuem também capacidade processual para defender seus próprios interesses, bem como para serem demandadas judicialmente. Nesses termos, as autarquias respondem pelos próprios atos, de modo direto (ou primário), eis que, sendo entes personalizados, possuem direitos e assumem obrigações. O Estado somente responderá subsidiariamente diante de eventual exaustão das forças autárquicas em reparar o dano que causou.

Vejam que a autarquia deve desempenhar atividade típica do Estado, não podendo desenvolver atividade comercial, pois elas são um braço do Estado para prestar serviço público. Normalmente, os entes autárquicos prestam serviço público ou exercem atividade de polícia administrativa, atuações tipicamente públicas. São principais exemplos de autarquias federais o Instituto nacional do Seguro Social (INSS), o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o Conselho nacional de Defesa Econômica (CADE). Lembramos que existem autarquias vinculadas a todos os entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e municípios), mas, aqui, para fins didáticos, estudaremos apenas as autarquias federais, certo?

Vejam ainda que dentro do leque de autarquias temos serviços diferentes: a) autarquias de polícia administrativa – Ibama, por exemplo; b) autarquias de serviço público – INSS, por exemplo; c) autarquias

de fomento – Sudene, por exemplo; d) autarquias de intervenção no domínio econômico – CADE, por exemplo.

Como um cidadão pode ocupar um cargo numa autarquia? E se processarmos o INSS e ele for condenado a pagar grande quantia de dinheiro, será que podemos penhorar o prédio onde funciona um dos seus postos de atendimento? Para termos essas respostas, precisamos aprender sobre o regime jurídico específico das autarquias, mas ressalto que algumas definições serão ainda mais exploradas nas nossas próximas seções e unidades, como os bens públicos, os tipos de servidores públicos, o que é a autoexecutoriedade administrativa, entre outros. De qualquer forma, precisamos que você, aluno, desde já aprenda esses conceitos sobre cada uma das figuras da administração indireta, ainda que depois eles sejam complementados e aprofundados. Vamos lá?

**\* Regime de pessoal:** para você ser funcionário de uma autarquia, regra geral e salvo alguns casos que possibilitam os cargos de confiança (os cargos comissionados, chamados de CCs), você precisa fazer concurso público. Assim, para ser um servidor público efetivo de uma autarquia você precisa passar por concurso de provas ou de provas e títulos (conforme determina a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, inciso II), estando, no âmbito federal, sujeito à Lei 8.112/90, o que significa que o servidor público de uma autarquia é do tipo estatutário, não estando sujeito às regras da CLT, por exemplo. Nos casos possíveis (se previstos em lei), existirão servidores comissionados, ou seja, aqueles que não fizeram concurso, mas preenchem os chamados cargos de confiança. Tais cargos são do tipo precário, inexistindo estabilidade, dos quais a exoneração pode se dar *ad nutum*, ou seja, sem precisar de motivação do ato de demissão, sendo resolvido por vontade exclusiva da autoridade administrativa competente (trata-se de exoneração de funcionário público não estável).

**\* Bens:** os bens de uma autarquia são bens públicos, ou seja, existem para realização do serviço público, que é de interesse público, certo? Assim, os bens autárquicos são, regra geral, inalienáveis (não podem ser vendidos), impenhoráveis (não podem sofrer restrição judicial em eventual execução em seu desfavor) e imprescritíveis (não podem ser usucapidos). Também não podem ser hipotecados ou dados em penhor.

**\* Prerrogativas e privilégios:** os entes autárquicos desfrutam

de algumas prerrogativas/privilégios, tais quais: prazos processuais maiores; reexame necessário; presunção de legitimidade de seus atos; autoexecutoriedade; regime de precatórios e imunidade tributária relativa a impostos.

Devemos citar, ainda, o chamado controle administrativo, que trata da supervisão ministerial da entidade, pois a entidade não está solta no mundo jurídico, lembram? Nesse cenário, devemos lembrar do princípio da especialização, que reza que a entidade foi criada para exercer atividade específica. Assim, apesar de não haver hierarquia entre a administração direta e a administração indireta, toda entidade é vinculada a algum órgão da administração direta: trata-se da chamada **supervisão ministerial, situação em que o Ministério respectivo exerce o controle finalístico, que irá averiguar se a autarquia está cumprindo as competências para as quais foi criada, se está exercendo as atividades conforme previsão da lei que a criou**. Essa é a única tutela admitida.

Já chegando ao fim dessa explicação, mas não menos importante, precisamos lembrar que a autarquia é obrigada a licitar quando precisar adquirir bens, fazer obras ou receber prestação de serviço. O tema licitação será mais adiante estudado, mas você, aluno, não pode esquecer-se dessa importante característica das autarquias, lembrando ainda que a licitação responde aos reclames dos princípios da isonomia, eficiência e moralidade administrativa.

Para arrematarmos nosso tema autarquia, temos de tratar das agências reguladoras, que são tipos especiais de autarquias e que podem ser subdivididas em: **a)** as que exercem, com base na lei, **típico poder de polícia**, com imposição de limitações administrativas, fiscalização e repressão, como é o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e a Agência Nacional de Águas (ANA) **b)** as que **regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos** (telecomunicações, energia elétrica, transporte etc.) **ou de concessão, para exploração de bem público** (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc.), como a Aneel, Anatel, Anac.

As agências reguladoras possuem, ainda, o chamado poder normativo técnico, que é o poder de estabelecer regulamentação sobre matéria de ordem técnica, o que significa a produção de atos administrativos normativos, complementando a disposição

da lei. É o que alguns chamam de regulamentos delegados ou autorizados, sendo que a matéria do ato deve ser de índole técnica. Os atos praticados com fundamento no poder normativo técnico das agências reguladoras estão sujeitos ao controle legislativo constante no art. 49, V da CF/88, bem como ao controle judicial, por exemplo, a Anac estabelece que entre uma poltrona e outra do avião tem de ter no mínimo X centímetros de distância; ou a Anvisa estabelece que determinado medicamento só pode ter 5% da substância Y etc.



### Pesquise mais

Você já pode ter ouvido falar nas agências executivas, mas elas não são uma nova entidade, trata-se apenas de qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da administração direta a que se acha vinculada, para melhoria da eficiência e redução de custos. Assim, para não se esquecer dos exemplos, leia um pouco mais sobre o Inmetro, uma das agências executivas federais em atividade no nosso país. Que tal você se aprofundar nessa entidade visitando o site abaixo?

INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia.  
Disponível em: <<http://inmetro.gov.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

## Fundações públicas

Tratam-se de entidades sem fins lucrativos, constituídas para um fim específico de interesse público (educação, saúde, cultura e pesquisa, por exemplo). As fundações públicas podem assumir personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, sendo que as fundações públicas de direito público são criadas por lei, e as fundações públicas de direito privado são constituídas mediante autorização legal, nos termos da legislação civil. Vale dizer que segundo o Superior Tribunal Federal (STF) – ADI 191/RS,



A distinção entre fundações públicas e privadas decorre da forma como foram criadas, da opção legal pelo regime jurídico a que se submetem, da titularidade de poderes e também da natureza dos serviços por elas prestados.

Nessa dicotomia, precisamos entender que as fundações públicas podem ser conceituadas como entidades de direito público, quando necessário o exercício de poder de autoridade, ou de direito privado, nas demais hipóteses, quando instituídas para o exercício de atividades meramente sociais, sem intuito lucrativo.

**1. Fundação pública de direito público** – é também chamada de fundação autárquica. Aqui a única diferença entre a fundação e a autarquia propriamente dita será o objeto (social x atividade típica de Estado, respectivamente), pois todas as demais características das autarquias serão aplicadas à fundação autárquica.

**2. Fundação pública de direito privado** – será regulamentada pelo direito comum, mas terá parte de suas atividades normatizada pelas regras de direito público: licitação, necessidade de realização de concurso público etc.

Nesse cenário, devemos nos lembrar, ainda de que as fundações públicas, compondo a administração indireta, também possuem autonomia administrativa, patrimonial, financeira e orçamentária, contraindo direitos e obrigações em nome próprio.

Ademais, quanto ao atributo de não possuírem fins lucrativos, bem explica o professor Rafael Oliveira que

[...] a ausência de lucro não afasta a necessidade de eficiência por parte da entidade. Na hipótese de resultados financeiros positivos, quando os créditos superam as despesas, os valores, considerados superávit (e não lucro), deverão ser reinvestidos nas finalidades da entidade, não sendo permitida a sua distribuição ou repartição entre seus administradores [...].

Nesse tocante, lembramos a você, aluno, de que já estudamos o princípio da eficiência, certo? Que tal, então, voltar à Unidade 1 e revisar seu conceito? Olha a teoria sendo vista na prática!



Você acha que não conhece nenhuma fundação pública? Pois apostamos que você, aluno, conhece muito bem as duas fundações de que vamos te lembrar: a Fundação Nacional do Índio (Funai) e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)! Ambos são exemplos de fundação pública de direito público, criados pela Lei 5.371, de 5 de dezembro de 1967, vinculados ao Ministério da Justiça (Funai), e Lei 5.878, de 11 de maio de 1973, vinculada ao Ministério do Planejamento (IBGE).

### **Empresas públicas e sociedades de economia mista**

Aqui o nosso estudo ganha alguns novos contornos, pois essas duas figuras possuem especificidades em relação às demais entidades acima trabalhadas, mas, ao mesmo tempo, possuem muitas características similares entre elas mesmas. Isso porque, e como primeiro traço bastante marcante, ambas são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para executar atividades de seu interesse e com maior flexibilidade, sem os obstáculos do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público. As duas entidades denotam o que quer dizer a expressão “estatais”, que são entidades com grande domínio do governo, mas regidas em sua grandíssima parte pelo direito privado.

Nessa senda, para compreendermos essas duas figuras, devemos ter logo em mente que aqui o Estado age como se fosse um empresário, ou seja, ele intenta aliar uma atividade econômica à prestação de um serviço de interesse coletivo.

Importante observarmos que a CF/88 faz referência às sociedades de economia mista e às empresas públicas ao tratar dos princípios que informam a atividade econômica, assim, no seu art. 173, §1º, o texto faz menção ao fato de que quando exploram atividade econômica, devem sujeitar-se ao regime próprio das empresas privadas, incluindo-se aí as obrigações trabalhistas e tributárias. Já no § 2º, a CF/88 as iguala às empresas privadas quanto aos privilégios fiscais, dispondo que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Dessa forma, tentou a CF/88, de algum modo, possibilitar competitividade entre tais entidades (quando realizam atividade econômica) e o setor privado. Porém, importante ressaltar que as estatais podem ter duas atividades preponderantes:

**a) prestar serviço público** – serão regidas pelo direito privado, mas com proteção, com prerrogativas de direito público, por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (Correios), que realiza serviço público sem intuito de lucro;

**b) realizar atividade econômica** – aqui o Estado cria a entidade com objetivo específico de praticar atividade econômica com intuito de lucro, por exemplo, Caixa Econômica, Banco do Brasil, Petrobras. Aqui é o direito privado quem as regulamenta, mas com algumas derrogações por normas públicas, como a prévia aprovação em concurso público e a obrigação de licitar.

Apesar de muito semelhantes, precisamos trazer alguns conceitos e as poucas diferenças entre tais entidades. Vamos lá?

**a) Empresa pública:** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, **cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos municípios.** Grande exemplo de empresa pública federal no nosso país é a Caixa Econômica Federal, que é uma entidade bancária, ou seja, exerce atividade empresarial. Veja que ao criar a Caixa, a União criou uma entidade com fins lucrativos, um banco. Tanto isso é verdade que a Caixa está autorizada a cobrar juros (bastante altos, normalmente) em casos de empréstimos e inadimplência, por exemplo, podendo aumentar seu capital mediante atividade eminentemente econômica. Porém, a Caixa não é um simples banco privado e, por ter dinheiro público investido nela, tal entidade precisa obedecer a algumas regras oriundas do direito público, tal como a necessidade de licitar e de realizar concurso público para preenchimento de vagas. Porém, nesse caso, os seus funcionários são empregados regidos pela CLT, são os chamados empregados públicos! O foro para dirimir controvérsias sobre a relação de emprego será a Justiça do Trabalho. É oportuno ainda registrar que o STF consolidou jurisprudência no sentido da obrigatoriedade da motivação da despedida de empregado público por se tratar de ato administrativo que exige motivação, devendo haver, regra geral, motivação que se equivale à justa causa.

**b) Sociedade de economia mista:** é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, **sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos municípios ou à entidade da administração indireta.** Dois grandes exemplos de sociedades de economia mista são o Banco

do Brasil e a Petrobras. O mesmo argumento sobre fins lucrativos e busca por aumento de capital podemos citar aqui, certo? Também repetimos algumas obrigações de direito público que se aplicam a essas entidades, como vimos quanto às empresas públicas, já que, tendo dinheiro público em sua composição, alguns cuidados são exigidos, como a realização de concurso público (com empregados públicos regidos pela CLT, como vimos acima) e obrigação de licitar.

Outras importantes distinções são:

\* **forma Jurídica:** a sociedade de economia mista deve ser constituída sob a forma de sociedade anônima (S/A). Já as empresas públicas podem revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito (Ltda., S/A etc.);

\* **composição do capital:** na sociedade de economia mista, o capital é público e privado – por isso chama-se MISTA. Ao poder público deve pertencer pelo menos 50% + 1 das ações (maioria das ações), sempre tendo direito a voto, para que assim o poder público possa escolher sua direção e as políticas públicas a serem seguidas pela entidade. Já na empresa pública, o capital é integralmente público, podendo ser de mais de um ente federado, como as empresas públicas pluripessoais (exemplo é a Terracap, no Distrito Federal, com 51% do Governo do Distrito Federal (GDF) e 49% da União, ou o Banco do Brasil, que é 50,73% do Tesouro Nacional e o resto dividido entre vários outros acionistas).



### Assimile

É quanto aos **bens** das estatais? Segundo o art. 98 do Código Civil, “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” (BRASIL, 2002). Assim, os bens das estatais podem ser penhorados, alienados, usucapidos etc., porque são inicialmente classificados como bens de natureza privada. Porém, nem tudo é tão simples, pois temos de nos lembrar da continuidade do serviço público. Ele se refere também aos bens das estatais, vejamos: se os bens pertencerem a uma empresa estatal que praticar serviço público e esses bens forem afetos diretamente à sua atividade, eles serão gravados como bens públicos, tendo as suas mesmas garantias (inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis etc.) enquanto estiverem naquela condição – prestação do serviço público, por exemplo, o

metrô é uma empresa pública, seu trem não pode ser penhorado para pagar uma dívida porque afetaria o funcionamento do serviço público, o que feriria o princípio da continuidade do serviço público. Contudo, um prédio da Caixa pode ser penhorado, pois ela é estatal que realiza atividade econômica.

Arrematando as estatais, temos ainda a explicação sobre o foro processual, ou seja, onde vai correr uma ação judicial contra ou a favor dessas entidades? Para tanto precisamos ver o artigo 109 da CF, que diz:



Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a **União, entidade autárquica ou empresa pública federal** forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Da Súmula STF nº 517 (2007): “É competente a justiça comum julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”. Observe que a súmula não faz qualquer distinção, podendo ser aplicada a uma sociedade de economia mista federal! E mais: as empresas públicas e as sociedades de economia mista **não** gozam de privilégios processuais (prescrição quinquenal, prazos processuais dilatados e pagamento de suas obrigações mediante precatório), como as autarquias e fundações públicas de direito público.

### **Contratos de gestão e termos de parceria (OS, Oscip e sistema “S”)**

Então, caro aluno, até aqui já vimos sobre a organização administrativa (administração direta e indireta), bem como conhecemos os entes privados, de maneira geral. Será que existe uma terceira via, que não seja exatamente um ente privado e também não seja exatamente público? Será que possuímos um terceiro setor que esteja no meio desses dois caminhos? A resposta é SIM e, para tanto, temos de falar das paraestatais!

As **paraestatais** são espécie de entidades do terceiro setor (gênero) e são **pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que**

**exercem atividades de interesse público, recebendo, para tanto, fomento do poder público (dotação orçamentária e renúncia fiscal, por exemplo).** Interessante entender que por não ter fins lucrativos, todo o fomento que o poder público investe deve retornar para o público, eis que a função das paraestatais é auxiliar o Estado na busca dos seus fins. Elas não pertencem ao Estado, nem à administração direta nem à administração indireta e admitem três subespécies, a seguir analisadas:

**1. Organizações sociais (OS):** são entidades paraestatais de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias são dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à preservação e proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde. OS é uma qualificação, um título que a administração pública outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do poder público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.). O poder público outorga esse título a uma entidade **já existente**, por meio de um contrato de gestão. Elas são disciplinadas, no âmbito federal, pela Lei 9.637/98 e devem cumprir alguns requisitos para serem consideradas OS: a) devem ser de direito privado; b) ausência de fins lucrativos; c) devem ter como atividade o ensino, a cultura, a saúde, a pesquisa científica, o desenvolvimento tecnológico ou a preservação do meio ambiente.

O **contrato de gestão** é o instrumento firmado entre o poder público (ministério ao qual a OS tenha atuação) e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades a serem realizadas (art. 5º da Lei 9.637/98), assim, o poder executivo poderá proceder à desqualificação da entidade como OS quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão. A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da OS individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão. Vale lembrar que todas as vezes que o poder público punir alguém ou retirar um direito antes concedido, ele deve abrir o contraditório e ampla defesa. A lei exige que a OS possua o conselho de administração, do qual **necessariamente** deve participar representante do poder público. Nesse cenário, consta no art. 14 da Lei 9.637/98 que é **facultado** ao poder executivo a cessão especial de servidor para as OS, com ônus para o órgão de origem.

E quanto à licitação e concurso público? O art. 24 da Lei 8.666/93, que disciplina as hipóteses de licitação dispensável, possibilita a

dispensa de licitação na “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. Cabe uma observação que adiante veremos: licitação dispensável é diferente da licitação dispensada, porém, para chegar à essa conclusão, doutrina e jurisprudência passarão um bom tempo em discussão! É que o Decreto 5.504/05 exige que se a contratação de obras, compras, serviços e alienações envolver recursos públicos oriundos de repasses da União, deverá ser realizada licitação – e se a contratação for de bens e serviços comuns, deverá ser utilizado, preferencialmente, o pregão na sua forma eletrônica. Já o art. 11 do Decreto 6.170/07 estabelece que a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos à entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato. Para resolver a celeuma, pacificou-se que, embora a licitação prevista no Decreto 5.504/05 possa ser realizada (e é conveniente que o seja), ela deixou de ser obrigatória para a aquisição de bens e serviços, bastando, nessas hipóteses, a realização de cotação prévia de preços no mercado e a observância dos princípios referidos no art. 11 do Decreto 6.170/07. Por fim, precisamos saber que os empregados da OS não precisam fazer concurso público e estão sujeitos ao regime celetista e à Justiça do Trabalho.

**2. Oscip:** Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, mas de interesse público, com incentivo e fiscalização pelo poder público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de **termo de parceria**. Esse termo é concedido de maneira vinculada, ou seja, se a Oscip cumprir todos os requisitos que a lei exige (Lei 9.970/99 e Decreto 3.100/99), ela terá direito ao termo de parceria. O vínculo aqui sempre será com o Ministério da Justiça. Vamos ver outras peculiaridades dessa importante paraestatal?

\* Quanto ao termo de parceria, são cláusulas essenciais: a) a do objeto, que conterà especificação do programa de trabalho proposto pela Oscip; b) a de estipulação de **metas e de resultados** a serem atingidos e os **respectivos prazos para execução ou cronograma**; c) a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados mediante indicadores de resultados.

\* Quanto às áreas de atuação da Oscip, devemos perceber que o objeto dela é ainda mais amplo do que da OS, pois ele pode contemplar: a promoção da assistência social; a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação e da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos. Podemos perceber, ainda, que as áreas de atuação da Oscip quase sempre começam com a expressão “promoção”, o que pode nos ajudar a não as confundir com as OS!



### Refleta

Sendo recebedora de dinheiro público, será que qualquer entidade poderia ser qualificada como Oscip? A resposta é não! Veja que o art. 2º da Lei 9.970/99 **proíbe** expressamente que certas pessoas sejam qualificadas como Oscip, a saber: a) sociedades comerciais; b) sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; c) instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais; d) organizações partidárias e assemelhadas, inclusive fundações; e) entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; f) entidades que comercializam planos de saúde e assemelhados; g) instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; h) escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito; i) as organizações sociais; j) as cooperativas; k) as fundações públicas; l) as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundação pública; m) as organizações creditícias que tenham qualquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional.

**3. Sistema S:** Serviços Sociais Autônomos (SSA) que desempenham atividades que produzem algum benefício **para grupos sociais ou categorias profissionais**. Estamos falando dos famosos Serviço Social da Indústria (Sesi), Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senai etc. que possuem os seguintes atributos:

\* **Características** – a criação dessas pessoas **depende de lei autorizadora**; adquirem personalidade jurídica após a inscrição dos respectivos atos constitutivos no registro civil das pessoas jurídicas; normalmente têm a forma de associações civis ou fundações;

\* **Recursos** – são oriundos de tributos da espécie contribuições, marcadas pela parafiscalidade e que devem ser compulsoriamente recolhidas pelos contribuintes; os recursos dessas pessoas não são *provenientes* do Estado, porém, são entidades que estão sujeitas à fiscalização do Estado, pois os recursos que recebem são considerados recursos públicos – passam por fiscalização, inclusive, do Tribunal de Contas da União (TCU) (e não há controvérsia quanto a esse ponto); estão sujeitos, ainda, aos princípios LIMPE; que tal você, aluno, rever esses importantes princípios?

\* **Licitação e concurso público** – já decidiu o TCU que os Serviços Sociais Autônomos não estão entre as pessoas que são obrigadas a licitar, porém, devem realizar cotação de prévia de preço no mercado antes da celebração de contrato – devem, assim, criar regulamentos próprios devidamente publicados, que devem se pautar nos princípios gerais do processo licitatório, também não são obrigados a realizar concurso público e possuem regime celetista;

\* **Foro processual** – da justiça estadual e para todo o Sistema S, o que foi reafirmado pela Súmula 516 do STF, que reza: “O Serviço Social da Indústria (Sesi) está sujeito à jurisdição da Justiça estadual”.

## Sem medo de errar

Após todo o nosso estudo sobre as figuras da administração indireta, estamos prontos para resolvermos a situação experimentada por Leila, Aninha e o novo namorado trambiqueiro de Leila! Vamos lá?

Vimos que quando foi questionada sobre o que seu novo namorado fazia para ganhar a vida, Leila respondeu que o rapaz

era servidor de uma autarquia federal, que tinha sido indicado pelo presidente da empresa, que é seu tio, e que apesar de não ter feito concurso público, ele era estável, ou seja, não tinha a chance de perder o emprego nunca! Disse, ainda, que “ele entrou por uma lista especial (...) e que apesar de não ter feito concurso, é um funcionário estável, com todas as garantias de estabilidade da lei.” Foi nesse cenário que vimos Aninha tomar um grande susto e dizer: “Impossível isso ser legal, irmã (...) Lista especial dando estabilidade a um servidor não concursado?”.

Diante de tudo o que aprendemos até aqui, já podemos afirmar com bastante certeza que o que o namorado de Leila contou não é possível de acontecer, ou seja, ou ele estava mentindo para “ganhar a menina no papo” ou ele está inserido num grande esquema de nepotismo e corrupção naquela autarquia federal. Vimos que o preenchimento de cargos estáveis numa autarquia, federal, estadual ou municipal, **só pode ocorrer** mediante a realização de concurso de provas ou de provas e títulos. Somente por meio desse certame é que um cidadão pode ingressar nos quadros do serviço público desse órgão, caso tenha intuito de ser um servidor efetivo. Vimos que em alguns casos é possível o cidadão ser um servidor comissionado, ou seja, preencher um cargo de confiança (chamado cargo em comissão), porém, tal cargo tem caráter precário, inexistindo qualquer estabilidade e sendo de exoneração *ad nutum*, ou seja, sem sequer haver necessidade de motivação pela autoridade competente que decidir exonerar o servidor. A necessidade de concurso público, como também já vimos, responde aos ditames dos princípios da isonomia, da eficiência e da moralidade, bem como da própria legalidade e em potência constitucional eis que a CF/88, em seu art. 37, II, prega:



Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; II - **a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação**

**prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.** (BRASIL, 1988, grifo nosso)

## Avançando na prática

### Quem casa, quer casa!

#### Descrição da situação-problema

Recém-casado, Marcos Júnior estava bastante ansioso para comprar seu apartamento e morar com sua linda esposa, Sarah, pois apesar de todo o carinho de sua sogra, morar com os pais de Sarah estava bastante difícil! A falta de privacidade do casal incomodava bastante os dois, pois simplicidades do dia a dia não podiam ser vividas, como fazer refeições na hora que quisessem, colocar o pé no sofá ou, até, andar de cueca em casa! Assim, naquele dia, Júnior saiu decidido a buscar possibilidades para o financiamento de sua casa própria e logo procurou a Caixa Econômica Federal, depois foi ao Banco do Brasil, pois sabendo que são estatais, tinha certeza de que os juros para um eventual empréstimo seriam menores. Ele achava que tais entidades eram obrigadas a facilitar a vida do cidadão, afinal, pensava ele: “Se são entidades do governo, eles têm obrigação de facilitar a vida do administrado, cobrando juros abaixo do que os bancos privados! Até porque se eles são do governo, eles não devem pagar impostos e isso pode reduzir a conta de sua operação!”. Estaria Júnior correto em seus pensamentos?

#### Resolução da situação-problema

Infelizmente Júnior estava completamente enganado naquela sua esperança sobre as estatais mencionadas! Quem é correntista desses bancos que o diga! É que, conforme vimos em nossas lições, as entidades citadas por Júnior são, respectivamente, uma empresa pública e uma sociedade de economia mista, entidades que foram constituídas pela União com a intenção de realizar atividade econômica, ou seja, com fins lucrativos, exercendo o Estado nessas atividades uma relação de índole empresarial. Sendo assim, não existe qualquer obrigação de essas entidades ofertarem juros mais baixos ou

financiamentos com facilitadores diferentes aos cidadãos, eis que elas estão ali em condição de igualdade, quanto à sua competitividade, com outros bancos, mesmo que do segmento privado. Como vimos, tais estatais são entidades de direito privado, regidas por essa natureza do direito, ainda que com algumas aplicações de ordem pública, mas meramente quanto à proteção do dinheiro público empregado, e aqui estamos falando de licitação e realização de concurso público para preenchimento dos cargos. Ademais, Júnior também estava muito enganado quando achou que tais estatais não pagam tributos, não pagam impostos, pois quanto ao regime tributário temos o seguinte regramento constitucional: "Art. 173. (...) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado" (BRASIL, 1988).

Preste atenção! Essa redação refere-se às empresas públicas e sociedades de economia mista **que exercem atividade econômica em sentido estrito**, ou seja, com fim lucrativo. O mesmo diga-se: "Art. 173, §1º: II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários" (BRASIL, 1988).

## Faça valer a pena

**1.** Quanto às autarquias, sabemos que sua definição está presente no Decreto 200/67, nos seguintes termos: "Art. 5º, I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada".

Com base nas regras que regem as autarquias, podemos dizer que quanto ao seu regime de pessoal, bens e obrigação de licitar:

- a) ingressam mediante concurso público; bens privados; têm obrigação de licitar.
- b) não ingressam mediante concurso público; bens públicos; têm obrigação de licitar.
- c) não ingressam mediante concurso público; bens públicos; não têm obrigação de licitar.
- d) ingressam mediante concurso público; bens públicos; têm obrigação de licitar.
- e) ingressam mediante concurso público; bens privados; não têm obrigação de licitar.

**2.** Agências reguladoras podem ser subdivididas em dois tipos: a) que exercem, com base na lei, típico poder de polícia, com imposição de limitações administrativas, fiscalização e repressão; b) ou que regulam e controlam as atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, ou de concessão para exploração de bem público (petróleo e outras riquezas minerais, rodovias etc).

As agências reguladoras são espécies de:

- a) Empresas públicas.
- b) Autarquias.
- c) Fundações públicas.
- d) Sociedades de economia mista.
- e) Paraestatais.

**3.** Organizações sociais são entidades paraestatais de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à preservação e proteção do meio ambiente, à cultura e à saúde. OS é uma qualificação, um título que a administração pública outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do poder público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.).

O instrumento firmado entre o poder público (ministério ao qual a OS tenha atuação) e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução das atividades a serem realizadas, chama-se:

- a) Termo de parceria.
- b) Oscip.
- c) Contrato de gestão.
- d) Terceiro setor.
- e) Sistema S.

## Seção 2.2

### Atos administrativos

#### Diálogo aberto

Para ilustrar a nossa lição, podemos voltar à rotina da família de Dr. Fernando, pois suas filhas sempre nos presenteiam com situações cotidianas perfeitamente capazes de auxiliar nos nossos estudos sobre direito administrativo, não é mesmo?! Assim, num dia qualquer, Luana saiu da clínica veterinária atrasada, e muito preocupada, pois tinha de render a amiga Lupita no abrigo de cães, já que um dos animais estava muito doente e precisando de vigilância constante. Na agonia, atravessou um semáforo amarelo, mas percebeu que o flash da câmera de segurança disparou... Luana chegou à sua casa de noite, já falando para a irmã mais velha que iria precisar dos serviços advocatícios dela, pois teria de se defender da possível notificação expedida pelo Departamento de Trânsito Detran e arrematou: "Mas nem vou me estressar, quem tem de provar que eu furei o sinal é o Detran, e não eu, pois sou inocente até que se prove o contrário!". E Aninha, já revirando os olhos e pedindo paciência aos céus, respondeu: "Oh, menina... você já ouviu falar em presunção de legalidade e veracidade do ato administrativo?".

#### Não pode faltar

Até chegarmos ao núcleo mais importante, que é o ato administrativo, abordaremos alguns conceitos bastante interessantes e que, apesar de rotineiros em nossas vidas, provavelmente você, aluno, nunca parou para refletir sobre suas diferenças. Quer ver que estamos certos nessa nossa suspeita? Então, caro aluno, você já parou para pensar sobre a diferença entre um fato e um ato? Será que você já se questionou sobre quais são os fatos que importam para o mundo jurídico, bem como quais atos têm relevância na vida em sociedade? Será que alguma vez você já se viu em uma situação em que você não sabia se suas atitudes poderiam importar em alguma responsabilização civil ou criminal?

Pois é! Para compreendermos os atos administrativos precisamos

“gastar” algumas palavrinhas sobre fatos, fatos jurídicos e atos jurídicos. Prontos? Então, vamos lá!

### **Fatos, fatos jurídicos e atos jurídicos**

Conceituando e buscando o significado de cada uma dessas palavras, temos que um fato é um acontecimento, um evento, aquilo que ocorreu. Nesse cenário, temos milhares de fatos que acontecem a todo instante no mundo, sendo que alguns trazem repercussão jurídica, outros não; às vezes, um mesmo fato pode trazer alguma consequência para uma pessoa e não trazer para outra. Querem ver alguns exemplos? O Sol nasceu, a chuva caiu, o trovão trovejou, a maré encheu, o cachorro latiu, a criança nasceu, o homem morreu. Veja que dentre os fatos que acima citei, alguns podem ter repercussão jurídica e outros não e, como já disse: o mesmo fato pode variar sua repercussão de acordo com a pessoa que passa por ele.

Assim, temos de observar que o fato ser “natural” não significa que ele deixa de repercutir no mundo jurídico! Oras, nascer e morrer são fatos absolutamente naturais e que repercutem, e **mu**ito, no mundo jurídico, certo? Quando uma pessoa nasce, ela é automaticamente detentora de direitos, e seus pais devem, por exemplo, suprir todas as suas necessidades para a sua sobrevivência digna. Não cuidar de um recém-nascido é, por exemplo, crime, tipificado como “exposição ou abandono de recém-nascido”, de acordo com o Código Penal, art. 134. Assim, sabemos que nascer cria vínculos jurídicos importantíssimos que vão além da filiação, até mesmo o Estado tem obrigação de proteger os interesses e integridade daquele ser humano que acabou de chegar ao mundo. Então, temos que nascer é, além de um fato natural, um fato jurídico.

O mesmo se diga de morrer! A morte importa na abertura de inventário e discussão de herança, por exemplo. A morte também reflete na assunção, ou não, de direitos e obrigações dos herdeiros, credores e devedores do falecido. Um seguro de vida, por exemplo, em regra, é devido quando o fato *morrer* acontece. Veja que a morte é um fato natural, mas é também um fato jurídico.

Porém, outras situações podem deixar dúvidas, e realmente a resposta vai depender de cada caso concreto. Veja o exemplo da chuva que caiu e do cachorro que latiu. Se a chuva caiu numa cidade sem qualquer infraestrutura, e toda a rua foi alagada por omissão da

prefeitura, que há três anos não constrói canais de escoamento, e considerando ainda que 25 famílias perderam tudo o que possuíam e estão desabrigadas, a chuva que caiu trouxe consequências jurídicas, ou seja, tornou-se um fato jurídico. Entretanto, se a chuva caiu e não houve qualquer dano numa comunidade vizinha, para essas pessoas, ela não passou de um mero fato natural e sem repercussões no mundo jurídico.

Você deve estar pensando: “e o cachorro?”. Vamos imaginar que uma cidadã sai para passear com seu cachorro num parque a céu aberto e seu cachorro latiu para uma coruja que ali fazia um ninho. Nada repercutiu, e não passou de um fato, mas se essa cidadã chega ao seu apartamento e o cachorro late a noite toda, verdadeiramente incomodando toda a vizinhança, e essa vizinhança notifica a dona do cachorro e/ou o condomínio? Será que já temos um fato jurídico? Sim, não é mesmo?

O fato jurídico dá azo a que se crie uma relação jurídica que submete algum objeto ao poder de um determinado sujeito, mas veja, aluno, que nem todo fato jurídico faz nascer ou morrer um direito, já que em algumas vezes o fato atua sobre uma relação jurídica já existente, ou seja, ele pode ser o acontecimento que em razão do qual nascem, modificam-se, subsistem ou se extinguem as relações jurídicas. Quer um exemplo de um fato que altera uma relação jurídica? Imagine que um pai paga uma pensão de 30% do seu salário a um filho. Alguns anos após essa obrigação legal estar instituída, esse mesmo cidadão resolve ter um segundo filho e assim, ele pede judicialmente a diminuição daquela pensão para 15%, pois precisa prover duas crianças e não uma, apenas. Nesse cenário, temos que o nascimento do segundo filho teve o condão de alterar uma obrigação jurídica instituída anteriormente. O segundo filho não faz nascer a relação que o pai tinha com o primeiro, mas é capaz de modificá-la. E quando esse filho fizer 24 anos? Esse fato natural de o tempo passar extinguirá, via de regra, a própria obrigação de pagamento da pensão!

Então devemos ter como conceito firme em nossa mente que o fato em si é qualquer acontecimento, mas que nem todos os acontecimentos são relevantes para o direito, pois não criam, extinguem ou modificam situações jurídicas. Apenas aqueles fatos que produzem efeitos na seara do direito são chamados fatos

jurídicos. Assim, podemos conceituar fato jurídico como sendo todo o acontecimento, natural ou humano, capaz de criar, conservar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas.



## Assimile

Para arrematarmos o ponto, precisamos dizer sobre os dois tipos de fato jurídico acima exemplificados, o que muito bem faz o festejado doutrinador Cáo Mario, que explica:

Os fatos jurídicos (...) podem desenrolar-se em duas ordens: fatos jurídicos voluntários e fatos jurídicos naturais. Os naturais, independentes da vontade humana, não são, porém, a ela estranhos, uma vez que atingem as relações jurídicas, (...). O nascimento ou a morte do indivíduo, o crescimento das plantas, a aluvião da terra acontecem com a fatalidade da fenomenologia natural, mas têm efeito sobre a vida dos direitos subjetivos. Os voluntários resultam da atuação humana, positiva ou negativa, e, de uma ou de outra espécie, isto é, comissivos ou omissivos, influem sobre as relações de direito, variando as consequências em razão da qualidade da conduta e da intensidade da vontade. [...] (PEREIRA, 2017, p. 381, grifo nosso)



Após a compreensão dos fatos, temos de aprender sobre os atos. O que são os atos jurídicos?

Vamos recomençar a explicação de uma forma bastante didática, como fizemos com os fatos, certo?

Um ato é aquilo que se origina do exercício da faculdade de agir ou do seu resultado; é aquilo que se faz ou se pode fazer. Assim, diferentemente de um fato, que muito tem a ver com um acontecimento, um ato tem em si, intrinsecamente, a ideia de agir, de fazer, de praticar alguma coisa, ainda que esse agir possa também se dar na decisão de não se mover, de ficar inerte – e sempre devemos pensá-lo enquanto realizado por humanos, desprezando os praticados por animais, eis que juridicamente eles não agem por

decisão, mas por instinto. Vamos ver alguns exemplos? Dançar, comer um sanduíche, beijar, sorrir, correr num parque, respirar, escrever, falar, bater à porta. Em tese, e num primeiro momento, todos esses atos podem não passar de meros atos sem conteúdo jurídico, certo? Quando será que eles “vestem a roupa” da juridicidade e passam a importar nas relações?

Vamos imaginar que um casal está discutindo dentro de casa e num momento de chateação a esposa bate a porta do quarto para não ouvir o que seu marido lhe diz lá da cozinha. Até aí, inicialmente, mera falta de educação, não é?! E se essa esposa bater a porta do quarto justamente quando seu esposo está com a mão no esquadro de madeira e esse ato decepar-lhe três dedos? Agora vamos imaginar que um rapaz muito revoltado com seus professores da faculdade escreve, num caderno pessoal e sigiloso, diversos xingamentos a tais mestres acadêmicos, são xingamentos agressivos e indignos! Esse caderno fica guardado em sua casa, na gaveta de sua cômoda, em verdadeira confidencialidade. Até aí, trata-se de mero ato sem repercussão jurídica, certo? Mas será que escrever nesse caderno é um ato com a mesma juridicidade do que escrever os mesmos xingamentos numa rede social na rede internacional de computadores, com acesso de milhões de usuários?

Bom, nesse cenário temos que o ato jurídico se dá para toda ação ou conduta humana, para todo ato praticado por um agente e predeterminado pela norma, com manifestação de vontade e que repercute na esfera de direitos e deveres de outras pessoas. **Ato jurídico é uma manifestação da vontade humana que produz efeitos jurídicos, causando a aquisição, modificação ou extinção de relações jurídicas e de seus direitos.**



Refleta

Será que você conseguiu perceber que os atos jurídicos são exatamente os fatos jurídicos voluntários? Veja, caro aluno: os atos jurídicos são o desdobramento dos fatos jurídicos voluntários, ou seja, dos fatos jurídicos humanos!

## Ato administrativo – pressupostos de existência e validade

Agora que você já aprendeu o que é um ato jurídico, precisamos compreender o que é o ato administrativo! Vamos lá?

Primeiro, tente enxergar que o ato administrativo acontece “quando o Estado quer dizer alguma coisa”, quando o Estado se pronuncia manifestando a prática de sua vontade. Essa prática ocorrerá em todos os poderes, sendo mais comum, obviamente, no poder executivo, eis que praticar atos administrativos é sua função típica (administrar/executar, lembra?). Assim, **o ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo poder público.**

Nessa senda, importante que sejam observados os elementos presentes no conceito acima descrito:

- a) *manifestação de vontade – vontade do Estado e do particular investido na função pública;*
- b) *sob o regime de direito público – é inferior às leis, deve obedecer ao princípio da legalidade;*
- c) *produz efeitos jurídicos – invade os direitos e obrigações de outras pessoas;*
- d) *com prerrogativas em relação ao particular – porque o interesse público é superior ao privado;*
- e) *com submissão ao controle judicial – sofre controle do poder judiciário.*

Nesse cenário, vale lembrar que o ato administrativo é uma espécie do ato jurídico que reside, especialmente, na finalidade de realização do interesse público – enquanto o ato do particular normalmente só tende a atender ao interesse dele mesmo.

Assim, temos que **o ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato resguardar, adquirir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio.** Será que é tão difícil imaginar um ato administrativo? Claro que não, caro aluno! Pense que **sempre** que a administração pública executar um ato manifestando sua vontade estaremos diante de um ato administrativo, exemplos: assinatura de um contrato administrativo, lavratura de um auto de infração, aplicação de uma

multa, uma blitz, uma interdição de um mercado, abertura de uma sindicância contra um servidor público, construção de uma escola, licitação para compra de vacinas etc.

Para existir e ser válido, o ato administrativo precisa possuir alguns pressupostos, alguns requisitos, alguns elementos, mas é muito comum que os alunos troquem esses requisitos pelos atributos, que será adiante analisado! Assim, quero que você “decore” que os requisitos são como os pedaços de uma barra de chocolate, afinal, sem os pedaços unidos, uma barra de chocolate deixa de ser uma barra e passa a ser um monte de pedaço de chocolate quebrado! Assim, para que um ato exista, ele precisa ser uma barra chamada CO-FI-FO-M-OB, e assim dividida:

Competência	Finalidade	Forma	Motivo	Objeto
-------------	------------	-------	--------	--------

\* **Competência:** também chamada de **condição primeira** para prática do ato administrativo, é o **poder atribuído ao agente público, pelo Estado, para desempenho de suas funções**. Como assim competência? Como assim quem não tem poder não tem competência?



### Exemplificando

Imaginemos que José, porteiro do estacionamento do Detran da cidade de Florianópolis, encontra um bloco de multas no chão daquele estacionamento e que ele, sem ter nada para fazer naquela tarde chata, começa a multar vários carros do estacionamento. Existe algum risco de essas multas vingarem e de o administrado ter de pagá-las?! Claro que não, pois José não tem **competência** para a prática daquele ato, ele não tem poderes para tanto – **o ato é inexistente!**

A competência é um pressuposto tão importante que é dividida em três características: **a) é inderrogável** – o agente público não pode abrir mão de parte de sua competência para não produzir o ato; **b) é improrrogável** – a competência não poderá ser posteriormente atribuída a quem não a possuía quando da prática do ato, ou seja, se um agente que não é competente praticar um ato administrativo,

esse ato nunca se transformará em válido, mesmo que ele se torne competente posteriormente à prática, pois a competência não é prorrogável; **c) é irrenunciável** – ou seja, exercida pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. **Observação 1:** um órgão administrativo e seu titular poderão, **se não houver impedimento legal**, delegar parte (não pode ser toda) de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente e em razão de circunstância de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial – assim, a competência admite a sua **delegação parcial**. Um exemplo bom e real dessa delegação é o que o Detran do DF fez: sendo sua a competência de fiscalizar o trânsito, delegou parte dela para a Polícia Militar, que o auxilia nesse mister. O Detran não poderia delegar toda sua competência para a PM e mesmo que o tenha feito, ambos poderão realizar o ato administrativo de fiscalizar – já que ao delegar, o órgão que delega não perde sua competência. A delegação tem de ser, ainda, por prazo determinado, exige publicação e pode ocorrer a revogação da delegação a qualquer momento. Também não precisa de hierarquia entre os órgãos, tanto que a PM não é subordinada ao Detran! E a responsabilidade do ato recai ao delegado, ou seja, quem efetivamente praticou o ato administrativo, não ao delegante, se foi o delegado que o praticou. **Observação 2:** art. 15 da Lei 9.784/99: “Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior” (BRASIL, 1999). Isso quer dizer que a avocação trata de chamar para si uma competência de órgão ou agente hierarquicamente inferior – aqui vemos que a hierarquia é fundamental, diferente da delegação. **Também aqui não pode haver avocação de competência exclusiva.**

**Vícios de competência:** *a) usurpação de função* ocorre quando uma pessoa se faz passar por um agente público; o usurpador comete crime definido no art. 328 do CP – a doutrina considera o ato praticado pelo usurpador como **ato inexistente**; *b) função de fato ou funcionário de fato* ocorre quando pessoa que praticou o ato está irregularmente investida no cargo – o agente *é/era* servidor público, mas está erradamente investido no cargo, como o servidor suspenso que está trabalhando ou aquele que se aposentou, mas aparece no dia seguinte trabalhando. Aqui, o 3º de boa-fé será protegido e o ato

praticado será considerado válido, trata-se da teoria da aparência; *c) abuso de poder*, na modalidade *excesso de poder/ excesso de competência*, ocorre quando o agente, embora competente, excede os limites dessa competência, por exemplo, a Lei 8.112/90 estabelece que o chefe imediato pode aplicar penalidade de suspensão no seu subordinado por até 30 dias, se aplicar uma suspensão de 60 dias, excedeu os limites de sua competência.

\* **Finalidade:** é o resultado mediato que a administração quer atingir com a prática do ato, ela deve sempre atender ao interesse público. Com a finalidade do ato administrativo, quer-se alcançar a disciplina, quer-se alcançar a boa ordem, quer-se alcançar a legalidade e, fundamentalmente, quer-se alcançar o interesse público. Assim, se tivermos uma desapropriação porque a administração pública quer o imóvel para construir uma escola, a finalidade do interesse público, grosso modo, parece ser alcançada, mas se se desapropria para irritar o adversário político, a finalidade foi desviada – e o desvio de finalidade ou desvio de poder, que também é um tipo de abuso de poder, ocorrerá quando o agente pratica um ato com fim diverso do interesse público.

\* **Forma:** é o elemento exteriorizador do ato administrativo, é como o ato se apresenta ao mundo e ao seu destinatário – são as formalidades necessárias para a prática do ato administrativo. Segundo o art. 22 da Lei 9.784/99, “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente os exigir” (BRASIL, 1999). Normalmente, a forma do ato administrativo é escrita, mas nem sempre será assim: uma ordem verbal de um policial mandando um suspeito parar, o sinal de trânsito que tem cores diferentes, o guarda de trânsito mandando o carro parar, o apito do agente de trânsito etc. são exemplos de atos administrativos não escritos. A regra é que o ato seja formal, mas dentro do próprio processo administrativo pode haver “uma certa medida” de informalidade.

\* **Motivo:** pressupostos fático e jurídico que determinam ou autorizam a prática do ato administrativo. Representa a ocorrência do mundo real e sua ocorrência/previsão no direito – essa ocorrência determina ou autoriza a prática do ato administrativo. Todo ato administrativo tem de ter um motivo ou não terá razão de existir, ainda que nem sempre tenha que de motivação, por exemplo,

direito à licença paternidade de cinco dias para servidor público = pressuposto fático (nascimento do filho do servidor) + pressuposto jurídico (previsão na Lei 8.112/90). Veja que o motivo do gozo da licença é o nascimento da criança + a previsão legal.

**Mas para você não se atrapalhar: motivação é a exposição de motivos, ou seja, é a justificativa do motivo que levou a administração a praticar o ato.** Em regra, os atos devem ser todos motivados, tanto os vinculados quanto os discricionários (adiante estudados), pois a motivação constitui garantia de legalidade para o administrado e para a administração. O ato só não deverá ser motivado quando a lei assim o disser ou quando a natureza do ato for incompatível com a motivação (por exemplo, o agente de trânsito, numa blitz, deixa um carro passar, mas não deixa o outro, parando-o para averiguar documentos – não há motivação para isso!).



### Exemplificando

**Art. 50 da Lei 9.784/99:** a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, nesse caso, serão parte integrante do ato. Caso venha de outros instrumentos, a doutrina chama de **motivação aliunde**, ou seja, de outro lugar, alienígena.

**Da teoria dos motivos determinantes:** havendo motivação, ela será considerada para análise da validade do ato, mesmo que se trate de ato que não precisava ser motivado. Assim, a teoria dos motivos determinantes impõe que, **uma vez declarado o motivo do ato, este deve ser respeitado, e esta teoria vincula o administrador ao motivo declarado.** Uma motivação com fundamentos ilegais e desviados da finalidade, por exemplo, viciam o ato praticado. Para que haja obediência ao que prescreve a teoria, o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado. Vale dizer, a teoria dos motivos determinantes não condiciona a existência do ato, mas sim sua validade, por exemplo, uma servidora em cargo em comissão é exonerada, sequer precisava de motivação, mas o administrador resolve motivar e diz que a servidora não condiz com os padrões de beleza do órgão, pois está obesa. O ato de exoneração é viciado

porque ilegal e deverá ser anulado.

\* **Objeto:** também chamado de conteúdo, é o efeito jurídico imediato (instantâneo) que o ato produz. De maneira coloquial para fácil entendimento, o objeto é “para que serve o ato administrativo”, ou seja, é a transformação jurídica que o ato provoca, por exemplo, qual é o objeto de uma apreensão de alimentos estragados de um mercado? Resposta: retirar os alimentos estragados de circulação.

No entanto, você pode estar se perguntando: “Quando falta só um pedaço da barra de chocolate, a barra continua existindo... Como funciona quando só falta um ou outro pedaço do COFIFOMOB?”. Muito esperto, você, hein, aluno?! Olha, veremos essa discussão após a compreensão dos atributos do ato administrativo, ok?! Porque precisamos que você compreenda outras nuances sobre esse importante assunto, antes de entrarmos nessa delicada análise!

### Atributos do ato administrativo

Acima vimos as partes, os pressupostos do ato administrativo, certo? Quais são suas características? Quais são suas qualidades? Quais são seus atributos?

O ato administrativo possui os seguintes seis atributos.

- **Presunção de legalidade ou de legitimidade:** significa que quando a administração pratica um ato, presume-se que ele atende aos preceitos legais, que os atos emanados da administração pública são realizados conforme regramento legal. Porém, e por questões que já estudamos (estado de direito vigente no Brasil), tal presunção é classificada como **relativa**, pois cabe prova em contrário, podendo o particular provar para a administração pública (ou para o juiz) que o ato praticado foi ilegal. Importante entender que mesmo o ato ilegal nasce com essa presunção, pois ele vai fazer surtir efeitos até que seja anulado, caso forem vícios insanáveis, o que produz efeitos chamados de *ex tunc* (que retroagem no tempo). Um ponto interessante é que essa presunção de legitimidade faz parte do senso comum da coletividade, por exemplo, se você encontra um colega e ele te diz que era delegado da polícia federal, mas foi demitido, logo você pensa “esse cara fez alguma besteira muito grande pra isso”. A presunção de que a demissão ocorreu de forma legal é a primeira coisa que se pensa. Bom, mas e quando o particular quer alegar sua inocência? Nesse caso, o ônus de conseguir provar que a administração está errada é do particular, ou seja, cabe a ele provar que o ato é ilegal.

Então, em resumo: 1) o ônus da prova de ilegalidade do ato é do particular; 2) o atributo de presunção de legitimidade está em todos os atos administrativos; 3) a presunção de legitimidade é relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário (não é absoluta, não é *juris et de juris*, que trata da presunção que não admite prova em contrário).

- **Autoexecutoriedade:** o ato administrativo não necessita de autorização judicial para ter eficácia, para ser obrigatório perante os administrados. Regra geral, ele tem poder de ser imediatamente executado. Porém, esse atributo não está presente em todos os atos administrativos, somente quando a lei estabelecer ou em casos de emergência em que a administração pública precisa agir. Assim, são atos que NÃO possuem autoexecutoriedade: *multas* – ocorrem quando a administração não consegue satisfazer a sua vontade, tendo assim de aplicar uma multa no administrado e esperar receber o valor. Veja que se o particular resistir ao pagamento, será necessária uma ação judicial para tentar receber esse valor, cabendo ao judiciário obrigar a esse pagamento, ou não, pois a administração pública não pode fazer um bloqueio na conta bancária do administrado, a fim de receber o valor da penalidade, certo? Também a *desapropriação* não possui autoexecutoriedade; caso o particular não aceite o valor da indenização oferecida pela administração pública, caberá a ela ingressar com ação para que o juiz defina o valor indenizatório a ser pago. Assim, devemos aprender que a autoexecutoriedade é o atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria administração, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Graças à executoriedade, a administração pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica, compelindo materialmente o administrado por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a essa compulsão.

- **Exigibilidade:** corresponde à prerrogativa de que dispõe a administração de exigir do administrado determinada conduta sem a necessidade de autorização/determinação judicial. São meios indiretos de coerção, como no caso de exigência de pagamento de multas anteriores como condição para licenciamento do veículo. É graças à exigibilidade que a administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo.



Interessante observar que executoriedade e exigibilidade se complementam: pela executoriedade pode-se induzir à obediência, e pela exigibilidade pode-se compelir, constranger, que o ato seja observado.

- **Imperatividade:** como o próprio nome já diz, vemos que por esse atributo a administração pratica atos de império. Ele significa a possibilidade que tem a administração de impor obrigações ou restrições a terceiros, e decorre do poder extroverso do Estado, que permite ao poder público editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-se unilateralmente em obrigações. No entanto, a imperatividade não existe em todos os atos administrativos, apenas naqueles que impõem obrigações: quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como na licença, autorização e permissão), esse atributo inexistente.
- **Tipicidade:** ato administrativo deve ser uma figura típica, prevista em lei. Esse atributo tem uma relação íntima com o princípio da legalidade – o ato só pode ser praticado se tipificado em lei. Aqui termina por existir a vedação da prática de um ato meramente discricionário ou do ato chamado “ato inominado”, ato sem nome, sem previsão (oriunda apenas da cabeça do administrador). Assim, quer dizer esse atributo que o ato administrativo deve corresponder às figuras previamente definidas na lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a administração pretende alcançar, deve existir um ato prévio e definido em lei.
- **Presunção de veracidade:** significa que os fatos narrados pelo agente ao praticar o ato são verdadeiros, ou seja, realmente aconteceram. A presunção de veracidade está relacionada aos fatos narrados pelo agente público – recai sobre o pressuposto fático da motivação do ato. Essa presunção não é absoluta, é uma presunção relativa (*juris tantum*).

### **Vinculação e discricionariedade do ato administrativo: anulação e revogação**

Já estamos chegando ao fim da nossa unidade, mas não

podemos deixar de falar dessa importante temática: a vinculação e discricionariedade do ato administrativo.

Logo adiantamos que o ato administrativo possui algumas classificações, que se dividem, por exemplo, quanto aos destinatários, quanto à sua formação, entre outras. Porém, na nossa proposta de estudo muito mais importa que você aprenda, e com eficiência, que sua principal classificação é quanto ao seu regramento, podendo o ato administrativo ser **vinculado** ou **discricionário**. Vamos ver suas diferenças?

**Atos vinculados:** quando a lei determina que o ato seja praticado, estamos diante de um ato vinculado. Aqui o administrador não tem opção de adotar ou não a medida, a lei assim determina que ele o faça e determina também todos os elementos do ato, não deixando qualquer valoração subjetiva do ato ao administrador. Funciona mais ou menos assim: a lei prevê “se acontecer x, você tem de adotar o ato y”. Estamos falando de uma única possibilidade de conduta ou única solução possível diante de determinada situação de fato. É exemplo de ato administrativo vinculado a licença-maternidade de uma servidora que ganha bebê.

**Atos discricionários:** aqui o administrador público tem opção de praticar ou não o ato, existem opções sobre a adoção desse ato e há valoração subjetiva do agente público. Dentro de hipóteses previstas na lei, o administrador vai praticar o ato que melhor se enquadre no interesse público – existe liberdade, mas dentro dos limites da lei. Temos, nesse caso, os critérios de conveniência e oportunidade sendo avaliados pelo administrador, que com esses critérios decidirá entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente. Esses critérios formam o chamado mérito administrativo. É exemplo de ato administrativo discricionário a permissão de uso de espaço público.



### Assimile

Ato administrativo vinculado é aquele em que a administração não possui qualquer margem de liberdade de decisão, visto que o legislador predefiniu a única conduta possível do administrador diante da situação, sem deixar-lhe margem de escolha.

Ato administrativo discricionário é aquele em que a administração pratica com certa margem de liberdade de decisão, visto que o legislador, não podendo prever de antemão qual o melhor caminho a ser tomado, confere ao administrador a possibilidade de escolha, dentro da lei.

No ato vinculado, todos os elementos do ato são também vinculados. No ato discricionário, motivo e objeto são elementos discricionários – e é justamente a liberdade nesses dois elementos que dá a discricionariedade do ato – e, conforme dito, essa discricionariedade é chamada de mérito administrativo. Dos elementos do ato administrativo, muito importante saber quais têm natureza vinculada e discricionária.

Quadro 2.1 | Pressupostos e atos

PRESSUPOSTOS	ATO VINCULADO	ATO DISCRICIONÁRIO
COMPETÊNCIA	Vinculada: no ato vinculado a competência é vinculada	Vinculada: mesmo no ato discricionário, a competência é vinculada porque é a lei que determina qual é o agente competente para praticar o ato
FINALIDADE	Vinculada: no ato vinculado a finalidade é vinculada	Vinculada: a finalidade sempre será atender ao interesse público, sendo sempre vinculada
FORMA	Vinculada: no ato vinculado, a forma é vinculada	Vinculada: também aqui a forma será vinculada, pois tem previsão legal; quais formalidades são necessárias para a prática do ato, por exemplo, o ato deve ser assinado, publicado, deve ser portaria, decreto etc.
MOTIVO	Vinculado: no ato vinculado, o motivo é vinculado	Discricionário: sendo o ato discricionário, a lei dará margem de liberdade sobre qual ato poderá ser praticado
OBJETO	Vinculado: no ato vinculado, o objeto é vinculado	Discricionário: se o administrador pode escolher qual ato será praticado, poderá então escolher seu objeto, que é o conteúdo do ato

Fonte: elaborado pela autora.



## Pesquise mais

Diante de tudo o que vimos até aqui, você acha que o ato discricionário precisa ser motivado? Se ele se pauta na conveniência e oportunidade do administrador, deve esse ato ter uma motivação que explique a decisão pela escolha de uma alternativa e não outra? Que tal pesquisar um pouco mais sobre o assunto em sites especializados em direito? Vamos lá?!

RIBEIRO, Andréa Kluger Batista. **A necessidade de motivação dos atos administrativos discricionários**. 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI27218,11049-A+necessidade+de+motivacao+dos+atos+administrativos+discricionarios>>. Acesso em: 31 maio 2017.

## Sem medo de errar

Depois de tudo que aprendemos aqui, precisamos auxiliar Aninha a explicar à Luana alguns detalhes sobre o ato administrativo, não é?! Vimos que Luana atravessou um semáforo amarelo, mas percebeu que o flash da câmera de segurança disparou e que ela, quando chegou a sua casa, à noite, comentou o ocorrido com a irmã mais velha, arrematando: “Nem vou me estressar, quem tem que provar que eu furei o sinal é o Detran, e não eu, pois sou inocente até que se prove o contrário!”.

A primeira explicação sobre o tema é quanto aos atributos do ato administrativo, certo? Vimos que o ato administrativo possui seis atributos, entre eles a **presunção de legalidade/legitimidade**, que, conforme já vimos, significa que quando a administração pratica um ato, presume-se que ele atende aos preceitos legais, presume-se que são realizados conforme regramento legal.

Porém tal presunção é classificada como **relativa**, pois cabe prova em contrário, podendo o particular provar para a administração pública (ou para o juiz) que o ato praticado foi ilegal. Importante entender que mesmo o ato ilegal nasce com essa presunção, pois ele vai fazer surtir efeitos até que seja anulado, caso forem vícios insanáveis, o que produz efeitos chamados de *ex tunc* (que retroagem no tempo). Um ponto interessante é que essa presunção de legitimidade faz parte do

senso comum da coletividade, no caso concreto, se soubermos que uma pessoa perdeu a carteira de habilitação pelo excesso de multas, pensaremos que essa pessoa é um motorista irresponsável, e não que os radares estão todos operando com defeito!

No mesmo sentido e complementando esse primeiro, temos a **presunção de veracidade**, que significa que os fatos narrados pelo agente ao praticar o ato são verdadeiros, ou seja, realmente aconteceram. A presunção de veracidade está relacionada aos fatos narrados pelo agente público – recai sobre o pressuposto fático da motivação do ato. Essa presunção não é absoluta, é uma presunção relativa (*juris tantum*).

E quando o particular quer alegar sua inocência? Nesse caso, o ônus de conseguir provar que a administração está errada é do particular, ou seja, cabe a ele provar que o ato é ilegal. Então, no caso de Luana e Aninha, será necessário entrar com um recurso administrativo da multa que vai chegar, tentando provar que a autuada estava correta e que o flash disparou no sinal amarelo. Ela pode fazer isso arrolando testemunhas, juntando imagens de câmeras de segurança de prédios vizinhos ao semáforo etc., mas veja, quem tem que conseguir provar que o ato é ilegal é o administrado! Caso em sede de recurso administrativo essa multa não seja anulada, poderá Luana e Aninha “baterem às portas do judiciário”, pedindo judicialmente essa anulação!

## Avançando na prática

### Não mete a mão no meu bolso, não, Estado guloso!

#### Descrição da situação-problema

Keila é empresária no ramo de alimentos na cidade de Fortaleza, e um belo dia foi surpreendida com a presença da Vigilância Sanitária (Visa), inspecionando a seção de iogurtes de seu armazém. Porém, apesar de ser muito rigorosa com seu negócio, o auditor da Visa encontrou três caixas de produtos vencidos, tendo então lavrado uma multa de cerca de 3 mil reais.

Keila ficou muito chateada com sua falha de procedimento, porém, ficou ainda mais preocupada com a multa aplicada, especialmente porque em alguns dias iria chegar a data de pagamento do 13º de seus funcionários. E se o Estado confiscasse o dinheiro da conta para pagamento da multa? Ela não conseguiria honrar seus compromissos

trabalhistas. De tudo que estudamos até aqui, Keila precisa se preocupar com esse confisco? Será que o Estado consegue fazer um bloqueio na sua conta, a fim de ver quitado o valor da multa?

### **Resolução da situação-problema**

De tudo que vimos até aqui, sabemos que Keila não precisa ter esse medo, não é?! Isso porque, apesar do atributo da autoexecutoriedade do ato administrativo, ela não se aplica às multas, sendo inclusive uma exceção da regra do atributo. Vimos que a autoexecutoriedade significa que o ato administrativo não necessita de autorização judicial para ter eficácia, para ser obrigatório perante os administrados. Regra geral, ele tem poder de ser imediatamente executado. Porém, e como ressaltamos, esse atributo não está presente em todos os atos administrativos, somente quando a lei estabelecer ou em casos de emergência em que a administração pública precisa agir. Assim, apesar de a multa ser um ato administrativo que visa coagir o administrado a não desobedecer a uma regra legal, ela não é autoexecutável, devendo a Administração aguardar que o cidadão pague o valor da penalidade de forma espontânea; porém, se o administrado resistir a esse pagamento, à Administração Pública restará a via judicial para fazer a cobrança, não podendo confiscar dinheiro do cidadão via, por exemplo, um bloqueio bancário. No caso em análise, a administração exige que os produtos à venda não sejam vencidos, mas em observando esse acontecimento, ele quer punir o administrado, o que o faz com uma multa. Nesse caso, se o particular resistir ao pagamento, será necessária uma ação judicial para tentar receber esse valor, cabendo ao judiciário obrigar esse pagamento ou não – pois, repita-se, a administração pública não pode fazer um bloqueio na conta bancária do administrado, a fim de receber o valor da penalidade.

Por isso, Keila deve procurar um advogado para promover sua defesa, caso queira discutir o valor da penalidade, por exemplo, mas ela pode ficar tranquila porque o Estado não vai confiscar sua conta, e o 13º dos seus empregados está garantido!

## Faça valer a pena

**1.** Nem todos os acontecimentos são relevantes para o direito, pois não criam, extinguem ou modificam situações jurídicas. Assim, podemos conceituá-lo como sendo todo o acontecimento, natural ou humano, capaz de criar, conservar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas.

Após atenta análise às afirmações acima, podemos dizer que o texto trata do:

- a) Fato natural.
- b) Ato jurídico.
- c) Fato jurídico.
- d) Ato não jurídico.
- e) Ato administrativo.

**2.** Nessa hipótese, o administrador não tem opção de adotar ou não a medida, a lei assim determina que ele o faça e determina também todos os elementos do ato, não deixando qualquer valoração subjetiva do ato ao administrador. Funciona mais ou menos assim: a lei prevê “se acontecer x, você tem de adotar o ato y”. Estamos falando de uma única possibilidade de conduta ou única solução possível diante de determinada situação de fato, como a licença-maternidade de uma servidora que ganha bebê.

Após atenta análise às afirmações acima, podemos dizer que o texto trata do:

- a) Ato discricionário.
- b) Fato jurídico.
- c) Ato humano.
- d) Ato vinculado.
- e) Fato natural.

**3.** O ato administrativo acontece “quando o Estado quer dizer alguma coisa”, quando o Estado se pronuncia manifestando a prática de sua vontade. Essa prática ocorrerá em todos os poderes, sendo mais comum, obviamente, no Poder Executivo, eis que praticar atos administrativos é sua função típica. Assim, o ato administrativo é a declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeito ao controle pelo poder público.

Cite um pressuposto e um atributo do ato administrativo, respectivamente:

- a) Autoexecutoriedade e motivo.
- b) Finalidade e objeto.

- c) Competência e forma.
- d) Tipicidade e exigibilidade.
- e) Forma e imperatividade.

## Seção 2.3

### Poderes da administração pública: o poder de polícia e a delegação dos atos administrativos

#### Diálogo aberto

Para compreendermos melhor a sugestão de lição proposta, precisamos voltar à família de Dr. Fernando. Dessa vez, Luana ligou chorando para Aninha! Em real desespero, ela explicou para a irmã que a Vigilância Sanitária (Visa) estava na porta do abrigo de cães querendo interditar o lugar e levar todos os animais para um abrigo público, sob a alegação de falta de higiene do ambiente e proliferação de parasitas – alegações que Luana jurava à irmã serem equivocadas. Em prantos, Luana perguntava à Aninha: “Que tipo de poder é esse que a administração pública possui de invadir a casa dos outros e fazer o que quiser?”. Aninha, muito preocupada com o estado de nervos da irmã, sabidamente apaixonada pelos bichos, explicou que se tratava do poder de polícia, que é um poder justo e razoável que visa ao bem da coletividade, mas que não pode ser usado sem proporcionalidade, não admitindo arbitrariedade na tomada de decisões e que, com certeza, parecia haver excesso na atitude da Visa, que nunca antes tinha sequer notificado o abrigo, já adotando postura drástica na primeira fiscalização – o que pode ser discutido por processo administrativo, e judicial, em última instância.

#### Não pode faltar

Para compreendermos como o Estado pode agir de forma mais incisiva na vida do administrado (além da ordinária via de cobrança de impostos e taxas, por exemplo), precisamos estudar o que é e como se apresentam os poderes da administração pública. Então vamos começar nossa viagem por essa importante lição?

#### Poderes da administração pública

Quando procuramos a origem da palavra *poder*, descobrimos que ela vem do latim *potere*, que é a capacidade de deliberar, decidir, agir, mandar e, também, a depender do contexto, a faculdade de exercer

a autoridade, a soberania, o império. É exatamente essa a semântica que precisamos compreender quando tratamos da administração pública, pois seus poderes constituem o conjunto de prerrogativas que o Estado confere aos seus agentes para que estes possam trabalhar, possam praticar e efetivar suas atividades administrativas – para que assim o Estado alcance seus fins.

Veja que nesse cenário **cada agente terá como sua obrigação a execução de certas funções, e se tais funções foram por lei determinadas a esses agentes, eles devem exercê-las, pois seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade; tanto esse poder é obrigatório que é chamado de poder-dever.** Sendo assim, explica o professor Carvalho Filho (2016) que as prerrogativas públicas, ao mesmo tempo em que constituem poderes para o administrador público, impõem-lhe o seu exercício e lhe vedam a inércia, porque o reflexo desta atinge, em última instância, a coletividade, esta a real destinatária de tais poderes. Esse aspecto dúplice do poder administrativo é que se denomina de poder-dever de agir. Adiante veremos, ainda, que o exercício desse poder precisa ser feito sempre dentro dos limites que a lei traçou.

Os poderes da administração pública são divididos em seis partes: poder vinculado, poder discricionário, poder disciplinar, poder hierárquico, poder regulamentar e poder de polícia. Para compreendermos a importância de cada um deles, precisamos estudá-los separadamente. Vamos lá?!

**1 - Poder vinculado:** trata da prerrogativa que a administração pública tem para praticar o ato vinculado, que, conforme já vimos, se dá quando a lei determina que o ato **deve** ser praticado. Na prática do ato vinculado, o administrador não tem opção de adotar ou não a medida, a lei assim determina que ele o faça e determina também todos os elementos do ato, não deixando qualquer valoração subjetiva do ato ao administrador. Conforme já vimos, ele se dá mais ou menos assim: a lei prevê “se acontecer x, você tem de adotar o ato y”. Estamos falando de uma única possibilidade de conduta ou única solução possível diante de determinada situação de fato. É exemplo de ato administrativo vinculado a licença-maternidade de uma servidora que ganha bebê. Veja que ao mesmo tempo que ele se torna uma obrigação para o administrador, pois não pode agir diferente do que a norma prevê, trata-se de ato de poder, ou seja, é um privilégio, uma

regalia, uma prerrogativa da administração pública.

**2 - Poder discricionário:** para compreender esse poder, precisamos lembrar que a lei não é capaz de prever ou determinar, rigidamente, todas as possibilidades de atos que precisam ser adotados pelo administrador, ou seja, ainda que ela procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta, de acordo com Carvalho Filho (2016). Assim, temos de saber que o poder discricionário é aquele conferido por lei ao administrador público para que, nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, o administrador adote, no caso concreto, a solução **mais adequada** a satisfazer o interesse público. Nesses casos, deverá o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É nessa valoração que se situa o poder discricionário, ou seja, a possibilidade de eleição, pelo administrador, entre várias condutas possíveis, devendo ele optar pela que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Vamos ver um exemplo disso? Na Lei 8.112/92 temos a seguinte determinação:



Art. 91. **A critério da Administração**, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração.

Veja, caro aluno, que a norma coloca elementos subjetivos que precisarão ser analisados pela administração, e essa decisão será tomada a partir dos critérios de conveniência e oportunidade da administração pública. Imagine que um servidor, que é delegado de polícia em um Estado que vive uma grande crise na polícia civil, com milhares de inquéritos parados, pede para gozar dessa licença. Vocês acham que nesse caso é conveniente e oportuno que a administração pública estadual permita que ele saia por três anos para resolver problemas pessoais? Será que essa autorização não feriria de morte o interesse público daquela comunidade? Sim, feriria! Nesse cenário podemos compreender que além desses casos previstos

em lei como “a critério da administração” e “poderá/poderão”, também os conceitos jurídicos indeterminados são interpretados com fundamento no poder discricionário, pois, por exemplo: o que é desídia? O que é *notável saber jurídico*?

Você, aluno, pode estar se perguntando se não existem limites nessa tal possibilidade de escolha. A resposta é **sim**, existem limites, e esses limites estão pautados justamente nos princípios do direito administrativo! Querem ver um exemplo? É a administração pública quem define o valor da multa por estacionarmos em local proibido, certo? No entanto, parece razoável que ela institua uma multa de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por isso? Ou estaríamos ferindo a razoabilidade? Temos de dizer que a doutrina mais moderna tem consagrado a existência de limitação ao poder discricionário, possibilitando, assim, maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem. Ensina Carvalho Filho (2016) que um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa, ou seja, se a conduta escolhida por ele destoar da finalidade da norma, essa conduta é ilegítima e deve merecer o devido controle judicial. Nesse cenário, outro fator que deve ser analisado é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta, pois essa inspiração não pode ser leviana ou ilegal. Essa análise constitui meio de evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa e ainda possibilita a revisão da conduta no âmbito da própria administração ou na via judicial.



### Refleta

Será que parece justo, especialmente após estudarmos a divisão tripartite dos poderes do Estado, que um juiz possa decidir sobre a administração do país, por exemplo? Se a lei permite que um administrador utilize a discricionariedade para avaliar oportunidade e conveniência, como pode um juiz dizer que a conveniência do administrador estaria errada? Assim, fica realmente vedado ao Judiciário a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados, mas desde que eles estejam em conformidade com os parâmetros legais – e isso porque o juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Caso contrário, haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos poderes, de acordo com o art. 2º da CF.

**3 - Poder hierárquico:** trata dos graus de subordinação dentro do serviço público e é fundamental para a realização do serviço na administração pública, pois é necessário ter comando. Conforme nos ensina o festejado professor Hely Lopes (2005), o poder hierárquico tem por objetivo ordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas no âmbito interno da administração pública; ordena as atividades da administração, repartindo e escalonando as funções entre os agentes do poder, de modo que cada um possa exercer eficientemente seu encargo; coordena, entrosando as funções no sentido de obter o funcionamento harmônico de todos os serviços a cargo do mesmo órgão; controla, velando pelo cumprimento da lei e das instruções e acompanhando a conduta e o rendimento de cada servidor; corrige os erros administrativos pela ação revisora dos superiores pelos atos dos inferiores. Desse modo, a hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.



#### Exemplificando

Um exemplo prático do poder hierárquico está no o art. 116, IV, da Lei 8.112/90, que fala do dever de cumprir ordens dos superiores, desde que não sejam ordens ilegais, veja: "Art. 116. São deveres do servidor: [...] IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais".

Ressalte-se que sendo ordens ilegais, o servidor deve representar o chefe que determinou essa ordem ilegal aos superiores deste. Importante entender que a hierarquia é uma característica encontrada exclusivamente no exercício da função administrativa e que ela inexistente nas funções legislativa e jurisdicional típicas.

**4 - Poder disciplinar:** trata-se da faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores, sendo exercido no âmbito dos órgãos e serviços da administração. É considerado como supremacia especial do Estado e, ainda que correlato com o poder hierárquico, o poder disciplinar não se confunde com o mesmo. No uso do primeiro, a administração pública distribui e escalona as suas funções executivas. Já no uso do poder disciplinar, a administração simplesmente controla o desempenho dessas funções e a conduta de seus servidores, responsabilizando-os pelas faltas porventura

cometidas, conforme aponta Mafra (2017). Vamos ver um exemplo? Quando o procurador-chefe de uma Procuradoria do MPF edita a regra, para o bom desempenho das atividades do órgão, de que apenas 15% dos servidores podem tirar férias ao mesmo tempo, ele exerce o poder hierárquico, mas se um servidor não concordar com a regra e deixar de trabalhar sob o pretexto de que avisou que tiraria férias naquele período “e ponto final”, ele será punido pelo poder disciplinar conferido ao seu superior imediato. Assim, o poder disciplinar trata da prerrogativa da administração de punir seus agentes públicos, bem como qualquer pessoa que mantiver uma relação direta com a administração pública (normalmente por meio de contrato administrativo). Quando se trata do agente público, podemos dizer que o poder disciplinar é consequência do poder hierárquico; mas o poder disciplinar pode também ser autônomo quando estamos tratando dos contratos administrativos. No exercício desse poder, cabe à administração pública apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. O poder disciplinar é, ainda, tipicamente discricionário, conforme art. 128 da Lei 8.112/90:

Art. 128. Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

Ou seja, temos conceitos abertos, cabendo, assim, a valoração do administrador. Todavia, a administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois tendo conhecimento de falta praticada pelo servidor, tem necessariamente de instaurar o procedimento adequado para a sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível – não o fazendo, incide no crime de condescendência criminosa; **mas essa gradação é discricionária, ainda que hajam atos vinculados dentro desse poder.**

**5 - Poder regulamentar:** é a prerrogativa conferida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação. Seu alcance é apenas de norma complementar à lei, não podendo a administração, por meio desse poder, alterar a lei sob o pretexto de estar regulamentando-a, um exemplo disso

são as Normas Regulamentadoras (NRs), que tanto conhecemos no âmbito do direito do trabalho, como a NR 16, que trata das situações de periculosidade no ambiente de trabalho. Na prática, o poder regulamentar representa a competência dos chefes do Poder Executivo (presidente da república, prefeitos e governadores) de editar regulamentos e decretos. Os decretos são de duas espécies: regulamentar e autônomo. O decreto de regulamentação (ou de execução) trata da possibilidade de se criar um ato secundário à lei, que é um instrumento que explica, detalha a lei para sua fiel execução. O Poder Legislativo poderá, todavia, sustar os atos normativos do Poder Executivo caso esse exorbite o bom uso do decreto regulamentar – esse decreto não pode criar uma nova situação jurídica, mas apenas regulamentar o que a lei já decidiu. É importante você entender, caro aluno, que o regulamento é o conteúdo do decreto, e que o decreto é a forma do ato. Já o decreto autônomo é diferente do regulamentar, pois permite a inovação, mas inovação apenas a) na organização e funcionamento da administração federal quando **não** implicar em aumento de despesa **nem** criação ou extinção de órgãos públicos e b) na extinção de cargos públicos quando vagos. Os decretos autônomos podem ser delegados aos ministros de Estado, ao Procurador Geral da República (PGR) e ao Advogado Geral da União (AGU) que deverão observar os limites traçados na delegação.

**6 - Poder de polícia:** representa a prerrogativa do Estado em condicionar e restringir a utilização de bens, direitos e atividades do particular em benefício da coletividade. Que conceito difícil, hein?! Mas aposto que você vai entender tudo direitinho. Precisamos fazer assim: sendo esse poder **tão** importante para o nosso estudo, que tal abrimos um tópico só para ele? Vamos lá então!

### **Poder de polícia**

Vimos no tópico anterior que o Estado precisa ter mecanismos próprios que lhe permitam atingir os fins que deseja alcançar, mecanismos esses que precisam estar inseridos no direito escrito (eis que somos um Estado de Direito) e que precisam ser qualificados como verdadeiros poderes ou prerrogativas especiais de direito público.

Conforme iniciamos nossa explicação, temos que o poder de polícia representa a prerrogativa do Estado em condicionar e restringir a utilização de bens, direitos e atividades do particular em benefício da coletividade. Esse poder resulta exatamente do inafastável confronto entre os interesses público e privado, havendo a necessidade de se impor, algumas vezes, restrições aos direitos dos indivíduos. Contudo,

tais benefícios não existem sem propósito – na verdade eles são imprescindíveis, eis que é necessário assegurar a fiel e conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um competente, desembaraçado e eficiente desempenho de sua missão.

Nesse cenário, temos que quando o poder público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, ele atua no exercício do poder de polícia. Entretanto, não apenas a doutrina se importa em conceituar o poder de polícia, também o Código Tributário Nacional (CTN) determina, em seu art. 78 que:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, 1966)

Quais são os exemplos de atuação desse poder? Precisamos dizer que são diversos, por exemplo: a Secretaria da Receita Federal, no exercício do poder de polícia, fiscaliza as importações realizadas no país. Verificado que a importação se dá sem o pagamento dos tributos devidos, o que configura contrabando, a Receita tem o dever de apreender todos os produtos irregularmente importados. A Vigilância Sanitária pode interditar um açougue que não cumpra as regras de higiene e segurança alimentar, os órgãos de fiscalização do uso do solo e organização urbanística podem interditar um posto de combustíveis que esteja operando sem a licença de operação; um auditor fiscal do trabalho pode tirar cópias de documentos de uma empresa durante uma inspeção ou apreender livros contábeis, apenas sendo necessário que avise ao empregador sobre o ato e,

na construção civil, pode o auditor do trabalho, ainda, preenchendo alguns requisitos específicos da Portaria Ministério do Trabalho nº 40, de janeiro de 2011, embargar a obra, ou seja, determinar a suspensão das atividades em um canteiro de obras de uma empresa de construção civil. Vale a leitura do art. 2º da citada portaria: "O embargo e a interdição são medidas de urgência, adotadas quando constatada situação de trabalho que caracterize risco grave e iminente ao trabalhador".

### **Delegação dos atos administrativos e polícia administrativa**

Será que os atos de poder de polícia podem ser delegados? Quem pode realizá-los?

O poder de polícia é uma atividade exclusiva do Estado, ou seja, só pode ser realizado pela administração pública, podendo ser delegado **desde que o destinatário seja pessoa de direito público, pois o particular não pode praticar atos de poder de polícia**. Assim, uma autarquia e uma fundação pública podem ser destinatárias dessa delegação, mas as empresas públicas e sociedades de economia mista não podem, assim como os concessionários e permissionários, que também não podem – porque são pessoas de direito privado!

Assim o poder de polícia, que, ressalte-se, não pode ser delegado a particulares, pode ser outorgado às entidades de direito público da administração indireta, como as agências reguladoras (ANA, Aneel, Anatel, etc.), as autarquias corporativas (CFM, CFO, Confea etc.) e o Banco Central.

No entanto, precisamos entender: **operacionalizar equipamentos e registrar situações podem ser realizados pelo particular**, por exemplo: o Detran licita e contrata uma empresa dona de radares para realizar a fiscalização de velocidade nas vias. Não é o particular que fiscaliza e cobra do cidadão a multa, mas para o ato de polícia, utilizam-se equipamentos dos particulares. Outro exemplo: uma obra irregular vai ser derrubada pelo Estado, mas o Estado não tem as máquinas para derrubar a obra, ele pode contratar com o particular (empresa) o aluguel dessas máquinas; porém, é óbvio que a ordem de derrubada partiu do poder público.

Ressalta-se, ainda, que o poder de polícia é uma atividade, na maior parte das vezes, negativa, pois quase sempre está limitando a atividade do particular; todavia, em algumas situações, teremos o poder de polícia como uma atividade positiva, pois o Estado pode determinar uma atividade positiva do particular, como a construção da calçada na frente de sua casa ou a determinação de colocação de equipamentos contra incêndio em um prédio. Depende da ótica e do

caso concreto.

São atributos (características) do poder de polícia:

**I - discricionariedade** = na maioria das vezes os atos com fundamento nesse poder são discricionários; assim, um agente de fiscalização escolherá, naquele dia específico, quais açougues irá fiscalizar, ainda que exista uma imensa quantidade de lojas naquele bairro. Todavia, nem sempre será discricionário, pois se o agente encontrar um produto estragado ou vencido, não terá opção de não atuar o estabelecimento – pois a sanção de polícia é vinculada;

**II - autoexecutoriedade** = a administração pública pode praticar seus atos sem intervenção do poder judiciário, **mas não em todos os casos**: quando a multa é resistida pelo particular, a administração tem de entrar com uma ação judicial de execução para cobrá-la;

**III - coercibilidade** = o poder de polícia é impositivo, é enérgico, podendo a administração usar a força física para seu fiel cumprimento.



### Pesquise mais

Será que o poder de polícia é tão poderoso que nem a prescrição o alcança? Não, também não é assim! A prescrição da sanção do poder de polícia está na Lei 9.873/99, vejamos:

Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.



Pesquise mais sobre a prescrição do poder de polícia na Lei 9.873/1999 e veja como ela funciona quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime - será que a prescrição será regida pelo prazo previsto na lei penal?

BRASIL. **Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999**. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm)>. Acesso em: 13 jul. 2017.

Importante, ainda, não confundir o poder de polícia com a polícia judiciária, esta última é executada por órgãos de segurança (polícia militar e civil) e têm como missão, respectivamente, a prevenção ostensiva de crimes e, quando não foi possível prevenir e o crime ocorrer, a investigação para responsabilização dos agentes agressores da ordem. Já a polícia administrativa é executada por órgãos administrativos de caráter mais fiscalizador, e em razão do seu exercício (do poder de polícia), taxas podem ser cobradas, como a taxa para expedição de alvará, para visita do bombeiro, para liberação do habite-se, taxa para transferência de veículo (vistoria) etc.



### Assimile

Quanto à distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária: quando agentes administrativos estão executando serviços de fiscalização em atividades de comércio ou em locais proibidos para menores, ou sobre condições de alimentos para consumo, ou, ainda, em parques florestais, essas atividades retratam o exercício da polícia administrativa. Se, ao contrário, os agentes estão investigando a prática de crimes e com esse objetivo desenvolvem várias atividades necessárias à sua apuração, como oitiva de testemunhas, inspeções e perícias em determinados locais e documentos, convocação de indiciado etc., essas atividades são caracterizadas como polícia judiciária – terminada essa apuração, os elementos são enviados ao Ministério Público para, se for o caso, providenciar a propositura da ação penal.

Precisamos ressaltar uma coisa, caro aluno! É possível que irregularidades detectadas pela polícia administrativa também tenham natureza criminal, certo?! Assim, nada impede que a polícia ou o Ministério Público, ao terem conhecimento do fato, ingressem com uma investigação de natureza criminal! Quer ver um exemplo?! O Código de Defesa do Consumidor possui artigos que tratam de crimes e que ensejarão a investigação da polícia judiciária caso a polícia administrativa informe sobre o percebido numa fiscalização de rotina, veja:



**Art. 68.** Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

O que tentamos diferenciar aqui é a praxe, a rotina das polícias, que é realmente diferenciada!

### **Sanções administrativas – classificação das sanções: multas**

Podemos dizer que a sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado da prática de uma infração administrativa e que pode ser aplicada por órgãos da administração. Nesse cenário, o primeiro aspecto a ser considerado no tocante às sanções de polícia, e para que elas não sejam nulas, consiste na observância do princípio da legalidade. Isso significa que somente a lei pode indicar quais condutas podem ser caracterizadas como infração administrativa, bem como somente a lei pode instituir as sanções aplicáveis a cada desobediência.

Conforme nos explica Carvalho Filho (2016), as sanções espelham a atividade repressiva decorrente do poder de polícia e estão difundidas nas diversas leis que disciplinam atividades sujeitas a esse poder. Continua o festejado professor explicando que as sanções administrativas mais comuns são a multa, a inutilização de bens privados, a interdição de atividade, o embargo de obra, a cassação de patentes, a proibição de fabricar produtos, a proibição de vender produtos etc. São sanções, na verdade, todos os atos que representam a punição aplicada pela administração pela transgressão de normas de polícia. Vale notar que a depender da área de atuação da polícia administrativa, e a depender do órgão a que ela serve, as sanções administrativas podem variar. Vejamos o exemplo do art. 3º do Decreto 6.514/2008, que trata das sanções a serem aplicadas e em decorrência do cometimento de ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente: as sanções administrativas, constantes do aludido art. 3º são: a) advertência; b) multa simples; c) multa diária; d) apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objetos da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; e) destruição ou inutilização do produto; f) suspensão de venda e fabricação do produto; g) embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas; h) demolição de obra; i) suspensão parcial ou total de atividades, e j) restritiva de direitos. Já na Lei de Licitações,

teremos outras sanções administrativas aplicáveis (e que veremos em unidade própria), pois, conforme dito, a sanção dependerá da área que a atividade administrativa estiver sendo prestada, porém, de forma geral, podemos dizer que será penalizado com a sanção administrativa aquele que praticar a infração administrativa (comportamento típico, antijurídico e reprovável a ensejar a aplicação de sanção administrativa).

Dentre as sanções administrativas mais conhecidas temos a famigerada multa! A multa nada mais é do que uma sanção administrativa que importa no pagamento de dinheiro ao Estado, tendo ela tanto o caráter pedagógico, de evitar que o infrator volte a cometê-la, quanto uma forma de o Estado arrecadar dinheiro para poder prestar seu serviço. Todavia, conforme já vimos anteriormente, diferentemente de outras sanções administrativas, a multa não possui a autoexecutoriedade, ou seja, a administração pública não pode fazer um bloqueio na conta bancária do cidadão ou tomar o dinheiro de sua carteira, caso ele resista ao pagamento da multa. A administração poderá usar coerção indireta (um exemplo disso é que não conseguimos transferir um veículo que possua multas em aberto, multas não pagas), bem como ingressar no Judiciário para executar o valor, ou seja, terá de convencer o Poder Judiciário de que o valor da multa é devido pelo administrado.

Para arrematarmos nosso tópico, não podemos nos esquecer de que as sanções administrativas devem ser aplicadas sempre com observância ao devido processo legal, eis que é primordial, sob pena de nulidade, que seja observado o princípio da garantia de defesa aos acusados, garantia essa de envergadura constitucional, conforme estampado no art. 5º, LIV e LV, da CF/88. Assim, se o ato sancionatório de polícia não tiver possibilitado ao infrator a oportunidade de se defender, de rechaçar a acusação produzindo as provas necessárias para confirmar suas alegações, estará esse ato administrativo contaminado de vício de ilegalidade, devendo ser corrigido na via administrativa ou judicial.

## **Sem medo de errar**

Vimos que Luana estava muito chateada pela fiscalização da Vigilância Sanitária (Visa) no abrigo em que ela é colaboradora, já

que a Visa, sem nunca ter feito qualquer outra fiscalização, chegou já querendo interditar o local, sob a alegação de falta de higiene do ambiente e proliferação de parasitas – alegações que Luana jurava à irmã, Aninha, serem equivocadas. Nesse desespero, Luana perguntou à Aninha que poder era esse que a administração pública possuía para “invadir a casa dos outros e fazer o que quisesse”. Aninha, muito preocupada com o estado de nervos da irmã, sabidamente apaixonada pelos bichos, explicou que se tratava do poder de polícia, que é um poder justo e razoável, que visa ao bem da coletividade, mas que não pode ser usado sem proporcionalidade, não admitindo arbitrariedade na tomada de decisões, e que com certeza parecia haver excesso na atitude da Visa, que nunca antes tinha sequer notificado o abrigo, já adotando postura drástica na primeira fiscalização – o que pode ser discutido por processo administrativo, e judicial, em última instância.

De tudo que vimos até aqui, sabemos que o poder de polícia pode, sim, limitar o direito do particular com intuito de proteger o interesse público e, no caso em tela, a falta de higiene e proliferação de parasitas é um risco que atinge a população ao redor do abrigo.

Nesse cenário, corretamente ponderou Aninha que a fiscalização parecia ser muito drástica, eis que sendo a primeira visita da Visa, ela deveria ter inicialmente, e se fosse o caso, autuado o estabelecimento, dando-lhe prazo para melhorias do ambiente, como melhor limpeza e organização dos bichos, além do controle de parasitas. Assim, temos de lembrar que a administração pública precisa seguir o princípio da razoabilidade, sendo vedada adoção de medidas drásticas e que não cumpram o próprio interesse público: ter uma administração que respeite seus princípios e o Estado de Direito. Ademais, temos de lembrar que a interdição é das sanções administrativas mais severas, não sendo razoável, repita-se, sua utilização em fiscalização inicial e em que o risco à coletividade, ainda que exista, não demanda tamanha urgência. Como se não bastassem essas ponderações, é primordial que o poder de polícia permita o contraditório e a ampla defesa, ou seja, o abrigo tem o direito de se defender, de mostrar que os animais estão em boas condições de saúde, juntar relatórios veterinários e fotografias que comprovem a organização e regularidade do lugar.

## Avançando na prática

### Blitz de Lei Seca – por que logo eu fui escolhida?

#### Descrição da situação-problema

Aparecida e Eduarda formam aquela dupla de amigas inseparáveis. Além de colegas de faculdade (são alunas de uma Faculdade de Medicina), adoram curtir uma baladinha juntas, momento em que conseguem abstrair do puxado curso que escolheram!

Foi assim que numa bela madrugada de sábado Aparecida e Eduarda saíam de uma balada sertaneja e, por coincidência, com elas também saía um carro com quatro rapazes bastante embriagados, o que incluía o motorista! Eduarda era a motorista da rodada, e não tinha consumido nem um único gole de álcool, estando, assim, tranquila com a segurança de seu automóvel, dos demais motoristas e de eventual blitz.

Nesse cenário, saíram da balada, e os rapazes seguiam no carro da frente, quando, de repente, avistaram cones e luzes que sinalizavam uma blitz, e era uma blitz de Lei Seca! Imediatamente comentaram que os rapazes iriam “se ferrar”, pois seriam pegos no bafômetro; porém, para surpresa das duas, o policial deixou aquele carro passar e mandou que elas parassem para averiguações!

Eduarda ficou muito chateada e chegou a achar que era uma “perseguição” machista daquele policial, pois ela, que estava sóbria, foi parada – e os meninos superbêbados, não! Nesse momento, Duda exclamou: “Mas por que logo eu fui parada e eles não? Amanhã meu pai, Luciano, vai me explicar isso direitinho, sendo ele juiz, vai logo me dizer como processar esses policiais, que não pararam outros carros, mas pararam o meu!”.

Será que Eduarda está certa em suas ponderações? E o que seu pai, juiz, poderá lhe esclarecer sobre o ocorrido?

#### Resolução da situação-problema

Já vimos que entre os atributos do poder de polícia temos a **discricionariedade**, ou seja, na maioria das vezes os atos com fundamento nesse poder não são vinculados, admitindo certa margem de decisão do agente. Assim, voltando ao caso em análise, o que o juiz Luciano terá de explicar à sua filha é que um agente de blitz de trânsito pode simplesmente escolher o carro que vai parar naquela imensa fila de carros, sendo inimaginável que ele acerte todos

os motoristas que estiverem sob alguma irregularidade. Todavia, já vimos que nem sempre o ato de polícia será discricionário, pois se o condutor do carro parado para averiguações estiver com o IPVA vencido ou tiver consumido álcool (conforme nosso exemplo), a sanção de polícia é vinculada, ou seja, não pode o agente “desculpar” ou “deixar passar” a irregularidade detectada.

## Faça valer a pena

**1.** Quando procuramos a origem da palavra poder, descobrimos que ela vem do latim *potere*, que é a capacidade de deliberar, decidir, agir, mandar e, também, a depender do contexto, a faculdade de exercer a autoridade, a soberania, o império. É exatamente essa a semântica que é necessário compreender quando tratamos da administração pública, pois seus poderes constituem o conjunto de prerrogativas que o Estado confere aos seus agentes para que estes possam trabalhar, possam praticar e efetivar suas atividades administrativas, para que, assim, o Estado alcance seus fins. Quanto ao poder disciplinar, podemos dizer que:

- a) Trata da prerrogativa que a administração pública tem para praticar o ato vinculado, que, conforme já vimos, se dá quando a lei determina que o ato deve ser praticado.
- b) É aquele conferido por lei ao administrador público para que, nos limites nela previstos e com certa parcela de liberdade, ele adote a solução mais adequada a satisfazer o interesse público.
- c) Trata da prerrogativa da administração de punir seus agentes públicos, bem como qualquer pessoa que mantiver uma relação direta com a administração pública.
- d) É a prerrogativa conferida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar sua efetiva aplicação.
- e) Prerrogativa do Estado em condicionar e restringir a utilização de bens, direitos e atividades do particular em benefício da coletividade.

**2.** O poder de polícia é uma atividade exclusiva do Estado, ou seja, só pode ser realizado pela administração pública, podendo ser delegado desde que o destinatário seja pessoa de direito público, pois o particular **NÃO** pode praticar atos de poder de polícia.

De acordo com nossos conhecimentos sobre administração direta e indireta, qual alternativa abaixo contém as pessoas que podem exercer o poder de polícia?

- a) Vigilância Sanitária e Banco do Brasil.
- b) Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil.

- c) Detran e Caixa Econômica Federal.
- d) Anvisa e Petrobrás.
- e) Vigilância Sanitária e Agência Nacional de Telefonia.

**3.** A sanção administrativa é o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado da prática de uma infração administrativa e que pode ser aplicada por órgãos da administração. Nesse cenário, o primeiro aspecto a ser considerado no tocante às sanções de polícia, e para que elas não sejam nulas, consiste na observância do princípio da legalidade.

De acordo com nossos conhecimentos adquiridos, identifique quais das sanções administrativas abaixo possuem o atributo da autoexecutoriedade e depois escolha a alternativa correta:

I – Embargo de obra.

II – Interdição de estabelecimento.

III – Apreensão de animais.

IV – Multas.

V – Suspensão de vendas.

a) Apenas I, III e V.

b) Apenas III, IV, e V.

c) Apenas I, II e IV.

d) Apenas I, II, III e V.

e) Apenas II e V.

# Referências

\_\_\_\_\_. **Código Civil de 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Penal de 1940**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Tributário Nacional de 1966**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.504 de 2005**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5504.htm). Acesso em: 17 de julho de 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.170 de 2007**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6170.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.100 de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3100.htm). Acesso em 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 6.514 de 2008**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20072010/2008/decreto/d6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/decreto/d6514.htm). Acesso em: 29 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm). Acesso em: 8 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.666 de 1993**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.637, de 1998**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9637.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm). Acesso em: 8 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.873, de 26 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9873.htm). Acesso em: 29 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.790 de 1999**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9790.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm). Acesso em: 17 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. **Portaria nº 40, de 14 de janeiro de 2011**. Disciplina os procedimentos relativos aos embargos e interdições. Disponível em: [www.sinaet.org.br/docs/PortariaMTEN40de14dejaneirode2011.pdf](http://www.sinaet.org.br/docs/PortariaMTEN40de14dejaneirode2011.pdf). Acesso em: 26 maio 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

INMETRO - **Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia**. Disponível em: <<http://inmetro.gov.br/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

MAFRA, Francisco. **Poderes da administração**: hierárquico, disciplinar, regulamentar, e de polícia. Poder de polícia: conceito. Polícia judiciária e polícia administrativa. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=803](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=803)>. Acesso em: 25 maio 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 141.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 30 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 381. v. 1.

RIBEIRO, Andréa Kluger Batista. **A necessidade de motivação dos atos administrativos discricionários**. 11 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI27218,11049-A+necessidade+de+motivacao+dos+atos+administrativos+discricionarios>>. Acesso em: 31 maio 2017.

SÚMULA Nº 517 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2054>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

# Licitação e contratos administrativos

### Convite ao estudo

Esta unidade será iniciada com os primeiros conceitos sobre a licitação pública, o motivo de sua existência, a que ela se presta e quais são suas normas gerais.

Passaremos, assim, pelo estudo sobre as modalidades de licitação, as suas comissões, etapas, edital e como se dá a habilitação e demais subfases e esperamos que você, aluno, caminhe conosco no estudo sobre julgamentos das propostas, eventual recurso administrativo e sobre quais são os crimes que podem ocorrer dentro do procedimento licitatório.

Estudaremos também os contratos administrativos e o equilíbrio econômico-financeiro desse tipo de contrato com a administração pública.

Para fixarmos nosso entendimento, afinal, a teoria precisa sempre ser projetada na prática, vamos ver uma situação fática que retrata nossas lições?

Nonato e Nicolas são os mais novos empregados de uma determinada empresa pública federal e foram lotados no departamento de licitações. Ambos foram para ali designados pois são experts em processo licitatório, tendo mestrado na área e grande conhecimento acadêmico sobre o procedimento, mas será que Nonato e Nicolas conseguirão realmente realizar as licitações da empresa pública sem maiores transtornos? Será que eles vão se deparar com erros em procedimentos em andamento, crimes licitatórios ou outros obstáculos similares?

Nesse cenário, e diante do estudo da licitação pública e dos contratos administrativos, descobriremos como funciona esse

fabuloso mundo dos negócios administrativos, bem como analisaremos a supremacia do interesse público nos mais diversos cenários.

Vamos desvendar a licitação pública e os contratos administrativos?

# Seção 3.1

## Licitação: primeiros conceitos

### Diálogo aberto

Como primeiro grande exemplo do nosso estudo sobre licitação pública, temos o seguinte cenário: logo na primeira semana no novo emprego, Nonato e Nicolas se depararam com um edital de licitação já em andamento da empresa pública em que estão empregados e cujo objeto era a compra de 5.000 (cinco mil) resmas de papel A4, cuja unidade costuma variar de R\$ 15,00 a R\$ 25,00. O tipo de licitação escolhido pela equipe foi a de menor preço, porém, a modalidade escolhida foi a concorrência, o que causou um pouco de estranheza em Nonato e Nicolas. Será que houve algum engano na equipe de licitação daquela empresa pública ao escolher essa modalidade de licitação? Alguma outra poderia ter sido adotada?

### Não pode faltar

Temos certeza de que você está caprichando nos estudos, certo?! Sabemos que você, aluno querido, já está com diversos conceitos maduros sobre essa matéria e já compreendeu a importância do interesse público no nosso ordenamento e como ele deve ser respeitado e tratado com rigor. Sabemos que você viu, também, as diversas lições sobre os poderes da administração e sobre os atos administrativos, conceitos que sempre se conectam para mostrar que o interesse público é o pilar do direito administrativo.

Complementando ainda mais nossas lições sobre direito administrativo, iniciaremos, a partir desta Unidade 3, a nossa viagem pelo fabuloso mundo da licitação pública e sabemos que a partir deste momento você alcançará ainda maior maturidade sobre a relevância da coisa pública no nosso país. Tão importante é esse instituto que ele está previsto na nossa Constituição Federal, em seu art. 37, inciso XXI, que determina:



Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988, [s. p.]).

Nesse sentido, não bastasse sua envergadura constitucional, podemos abrir nossos estudos dizendo que a licitação é um dos institutos jurídicos mais relevantes para todos aqueles que se preocupam com a coisa pública, porque ela instrumentaliza a melhor forma de contratação, pela administração pública, identificando interessados em contratar, assim como propostas que lhe sejam mais vantajosas, de acordo com Pestana (2013). Vamos então começar nossa mais nova aventura?

### **Conceitos e finalidade; normas gerais do procedimento licitatório**

A licitação consubstancia-se na condição preliminar à contratação, pela administração pública, de serviços, obras, concessões etc., e a sua viga mestra, como não podia ser diferente, é a supremacia do interesse público.

Assim, o processo licitatório no nosso país ocorre por meio de um conjunto de regras e normas previamente estabelecido, ou seja, temos regras jurídicas que disciplinam a licitação pública, e estamos falando justamente da Lei 8.666/93, que trata das normas gerais de licitação vigentes no país, bem como dos nossos princípios administrativos e outras inspirações jurídicas que sejam pertinentes à matéria. Já a hierarquia existe porque sabemos que em um ordenamento jurídico as normas têm escalonamentos, ou vocês não lembram que nada pode ferir a Constituição e que os princípios precisam ser a fonte inspiradora da criação da lei? Temos de saber, também, que o direito

tem como sua grande essência inspiradora o chamado "dever ser", e isso fica muito refletido na nossa Constituição, que busca o contínuo melhoramento da sociedade, pela obediência a regras de conduta que disciplinam a convivência pacífica de todos.

Na prática, e grosso modo, precisamos lhe dizer que a licitação pública existe para que os administradores não gastem o dinheiro público da forma errada, pagando altos e injustos preços por obras e serviços, bem como que sirva de vedação (ao menos ela tenta...) para que o administrador não aja por meio de interesses pessoais, favorecendo amigos e demais conchavos, em detrimento do interesse e dos cofres públicos. Assim, regra geral, desde a compra de caneta, borracha, clipe, remédio, computador e papel higiênico até a construção de pontes, hospitais e viadutos, ou seja, praticamente tudo que a administração pública precisa, deve ser adquirido por procedimento licitatório.

A licitação pública no Brasil visa que, com o respeito às suas regras específicas e os princípios administrativos que a inspira, tenhamos o alcance do interesse público e especialmente o respeito ao princípio da isonomia, sendo o procedimento licitatório a melhor forma de encontrarmos essa proteção, seja com a economia do dinheiro público na busca do menor preço e menor dispêndio dos recursos do erário, seja com a melhor eficiência e qualidade na execução de um serviço ou obra de grande relevância e complexidade.

Conforme acima mencionado, a licitação pública no Brasil tem na Lei 8.666/1993 a sua grande reguladora, sendo essa lei a que determina as normas gerais do procedimento licitatório, o que implica que os Estados, municípios, Distrito Federal e União devem obediência às suas convenções, bem como às autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e todas as outras entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública.



### Assimile

Conforme preceitua a Lei 8.666/1993:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras,



serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993, [s. p.] )

Desde já aproveitamos para dizer a você, aluno, que a Lei de Licitações Públicas (Lei 8.666/1993) é instrumento fundamental para a compreensão da matéria, sendo que a gente desde já faz um pacto de que você vai estudá-la com afinco, ok?!

### **Modalidades e tipos de licitação**

Se a licitação pública existe para que a administração pública adquira bens e serviços (a serem então vendidos ou prestados pelos particulares), faz sentido que ela tenha algumas modalidades e

tipos (são coisas diferentes, hein?! Modalidade é diferente de tipo!) já que abarcará um **enorme** leque de bens e serviços dos quais ela necessitará!

Assim, são **modalidade de licitação** a concorrência tomada de preços, convite concurso e leilão. A Lei 8.666/1993 ensina-nos a distinção entre cada uma dessas modalidades, vamos ver? Diz o Art. 22. que:

**Concorrência** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto; **Tomada de preços** é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação; **Convite** é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas; **Concurso** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. **Leilão** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis (...) a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Ressalta o citado artigo, ainda, que é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo (BRASIL, 1993, [s. p.], grifos nossos).



Já vimos, então, que para cada modalidade de licitação teremos alguns requisitos para participação dos interessados, certo? Mas o que define, inicialmente, a modalidade que deve ser adotada? Será que valores mais baixos podem ter a licitação dispensada? Temos essa resposta na própria Lei 8.666/1993, que deixa tudo muito claro, compare o art. 23 da lei com a tabela que criamos aqui pra você visualizar esses valores com mais facilidade.

Tabela 3.1 | Modalidade de licitação e limites de preço

MODALIDADE	COMPRAS E OUTROS SERVIÇOS	OBRAS OU SERVIÇO DE ENGENHARIA
DISPENSA DE LICITAÇÃO (art. 24, incisos I e II)	Até R\$ 8.000,00	Até R\$ 15.000,00
CONVITE TOMADA DE PREÇO	Acima de R\$ 8.000,00 e até R\$ 80.000,00	Acima de R\$ 15.000,00 e até R\$ 150.000,00
TOMADA DE PREÇO	Acima de R\$ 80.000,00 e até R\$ 650.000,00	Acima de R\$ 150.000,00 e até R\$ 1.500.000,00
CONCORRÊNCIA	Acima de R\$ 650.000,00	Acima de R\$ 1.500.000,00

Fonte: elaborada pela autora.



**Refleta**

Mas, eu não estou vendo o leilão na sua tabela! Ora, aluno querido, veja que o leilão não entrou nessa tabela porque, conforme vimos acima, trata-se de modalidade de licitação para a VENDA de bens móveis e inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou, ainda, para alienação de bens imóveis a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. É por isso que ele não está na tabela, porque sua destinação é diversa daquela usada para as outras modalidades, ok?!

Não bastassem todas essas informações sobre as modalidades de licitação, temos de ver, ainda, outros apontamentos do art. 23 da Lei 8.666/1993, que nos dizem, em resumo:

- a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis.

- nos casos em que couber convite, a administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.
- é vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço ou, ainda, para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Para arrematarmos esse tópico, precisamos ver que, conforme já citado acima, existem casos em que a licitação é dispensável, ou seja, ela não precisa ser feita. Nesse sentido, precisamos que você, aluno querido, leia com atenção o art. 24 da Lei 8.666/1993, sendo que aqui vamos ressaltar apenas os aspectos mais usuais dessa exceção.

- para compras em baixos valores, conforme vimos na nossa tabela da página anterior.
- nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem.
- nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;
- quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas.
- quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos

oficiais competentes, casos em que, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços ou dos serviços.

- para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a administração pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.
- quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do presidente da república, ouvido o Conselho de Defesa Nacional.
- na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.
- nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia.
- para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.
- na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da administração pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.
- para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

- para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão.

Já o art. 25 nos diz que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: **1)** para aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita por meio de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço (...); **2)** para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei 8.666/1993 (por exemplo, estudos técnicos, pareceres, perícias e avaliações em geral, assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias, fiscalização, patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, restauração de obras de arte e bens de valor histórico), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; **3)** para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Ressalta ainda a lei em análise que considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato e arremata afirmando que em qualquer um dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

### **Um detalhe importante: o pregão!**

Até aqui tratamos das modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/1993, certo?! Mas será que existe outra modalidade que tenha sido criada e seja regulada por outra lei?! Sim, temos o pregão!

Sabemos que ele surgiu especialmente porque estava mais do que constatado que as modalidades licitatórias previstas na Lei nº 8.666/1993, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação, como aponta Carvalho Filho (2016).

Assim, com a finalidade de atender a tais necessidades e dar fim às queixas, nasceu a Lei 10.520, de 2002, na qual foi instituída uma nova modalidade licitatória: o pregão, que possui procedimento próprio e que visa acelerar o processo de escolha de futuros contratados da administração, mas em hipóteses determinadas e específicas. Vemos que, segundo a própria lei, o objeto do pregão não possui um leque tão amplo ou variado como o das outras modalidades clássicas e previstas na Lei 8.666/1993: ele se destina apenas à aquisição de bens e à contratação de serviços comuns, como dispõe o art. 1º da Lei 10.520/2002. Estão fora do alcance dessa modalidade, assim, as hipóteses de contratação de obras públicas e de bens e serviços não qualificados como *comuns* (é bem verdade que a expressão “comum” é lacunosa e pode sofrer interpretação diversa, porém, deve o administrador ter o bom senso de analisar que o objeto não deve apresentar grande complexidade ou especificação, para que seja enquadrado na determinação legal).

A particularidade especial do pregão trata da adoção parcial do princípio da oralidade, já que aqui os participantes podem oferecer suas propostas de forma verbal, justamente na sessão pública destinada à escolha. Aqui a lei também admite a atuação dos interessados por meio de lances, que se dão como ofertas sucessivas e progressivas, sendo apresentadas uma após a outra e sendo tais valores progressivamente decrescentes, a fim de se alcançar o menor preço a ser proposto para a compra ou para o serviço.

Entretanto, atenção, aluno querido! Em que pese ser a oralidade um princípio diferencial do pregão em relação às modalidades tradicionais de licitação, não significa que o novo procedimento seja absolutamente informal, nem poderia ser, eis que se trata de atividade administrativa. O que ocorreu, porém, foi a introdução de alguns métodos compatíveis

com os modernos meios de comunicação, sobretudo, por meio da informática – sim, o pregão pode ser presencial ou virtual, ou seja, ambientado num sítio eletrônico, na internet!

Outra novidade do pregão diz respeito ao valor do futuro contrato. Não há qualquer restrição quanto ao valor a ser pago, vale dizer, não importa o vulto dos recursos necessários ao pagamento do fornecedor, critério diametralmente oposto aos adotados para as modalidades gerais do Estatuto, cujo postulado básico, como vimos, é a adequação de cada tipo à respectiva faixa de valor. Significa dizer que, ressalvada hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, a contratação de bens e serviços comuns pode ser precedida do pregão, independentemente de seu custo, de acordo com Carvalho Filho (2016).

Importante arrematarmos explicando, ainda, que o pregão não é modalidade de uso obrigatório pelo administrador, sendo sua escolha feita de forma discricionária, com uso do bom senso, da razoabilidade e do interesse público.



### Pesquise mais

Aprofunde seu conhecimento na modalidade do pregão estudando um interessante artigo jurídico do Ministério Público Federal que trata dessa importante temática!

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Item resumo do pregão**. Disponível em: <[http://www.prse.mpf.mp.br/acessibilidade/licitacoes/resumo\\_do\\_pregao/](http://www.prse.mpf.mp.br/acessibilidade/licitacoes/resumo_do_pregao/)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

Já os **tipos de licitação** compreendem **i)** a de menor preço; **ii)** a de melhor técnica; **iii)** a de técnica e preço; **iv)** a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Assim, precisamos que você, aluno querido, dê uma olhada cuidadosa no art. 45 da Lei de Licitações e analise seus incisos e parágrafos com acuidade! Nele, destacamos ainda as seguintes observações:



**a)** No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º daquela lei (como ser produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras; produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação), a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo; **b)** No caso da licitação do tipo "menor preço", entre os licitantes considerados qualificados a classificação se dará pela ordem crescente dos preços propostos, prevalecendo, no caso de empate, exclusivamente o critério previsto no parágrafo anterior; **c)** Para contratação de bens e serviços de informática, será adotado obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço", permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo; **d)** É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo; **e)** Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos. (BRASIL, 1993, [s.p.]

## Comissões de licitação

Quem organiza uma licitação? Quem elabora seu edital demonstrando o que a administração pública precisa? Quem a fiscaliza? Tudo isso, aluno querido, é função da comissão de licitação, que segundo a própria Lei de Licitações, trata-se de uma comissão (grupo de pessoas), permanente ou especial, criada pela administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. Ela é, ainda, a responsável pela condução da etapa externa da licitação, tendo entre suas atribuições: analisar e

responder as impugnações interpostas ao instrumento convocatório, conduzir a sessão da licitação propriamente dita, com todos os atos a ela inerentes, tais como: abertura da sessão, credenciamento dos licitantes, recebimento dos envelopes de habilitação e propostas, análise e julgamento das fases de habilitação e classificação de propostas; apreciar e decidir os recursos administrativos interpostos, realizar diligências etc.

Quanto à sua composição, voltamos à Lei de Licitações, que em seu art. 51 diz que as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da administração responsáveis pela licitação. Ela ainda aduz que no caso de convite, a comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exiguidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente e que a comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos. Também a lei determina que os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão. A investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.



### Pesquise mais

E no caso de concurso? Sabendo que na licitação, o concurso é a modalidade usada para premiar trabalhos artísticos, culturais e arquitetônicos ou, ainda, técnicos e científicos, mediante prêmio ou remuneração aos vencedores, como seria formada essa comissão? Nesse caso, o julgamento não pode ser feito por servidores que não têm conhecimento ou competência no objeto da competição – motivo pelo qual, aqui, a comissão será formada e integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame,

servidores públicos ou não. Que tal você pesquisar mais sobre isso? Acesse o site abaixo e aprofunde seus estudos!

LICITAÇÃO.com.br. **Concurso**. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/apoio-juridico/artigos/81-concurso.html>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

## Etapas interna e externa da licitação

Agora já estamos chegando à fase final do nosso primeiro passo no estudo das licitações! Esperamos que o assunto tenha despertado em você muita curiosidade e paixão por esse fabuloso instrumento que é o procedimento licitatório.

Quanto às fases da licitação temos o seguinte cenário: a licitação é dividida em 2 (duas) fases, uma interna, que acontece antes da publicação do edital, e uma fase externa, que se dá depois da publicação do edital.

Assim, a **fase interna** é composta por procedimentos iniciais e formais, tais como elaboração do edital, definição do tipo e modalidade de licitação (tudo a ser executado por uma comissão de licitação). Importante dizer que o edital é o ato pelo qual a administração pública oferta a possibilidade de realização de um contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas – o edital é, então, instrumento convocatório para quem queira participar do procedimento licitatório. O art. 40 da Lei 8.666/93 trata do edital, preceituando os requisitos que devem conter o procedimento e o contrato administrativo, ou seja, fixa os limites da licitação e do contrato. Não obstante, temos de falar do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que prega que o edital deve ser obrigatoriamente observado, revelando-se como “lei” do procedimento. Além disso, a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, estando a ele estritamente vinculada, mas o convite também é um instrumento convocatório! Só que ele se destina a exteriorizar o desejo da administração pública em contratar por meio da modalidade convite. Vemos, assim, que a fase interna é parecida para todas as modalidades, certo?

Já a **fase externa** inicia-se com a divulgação ao público da licitação, sucedida pelas subfases: habilitação, apresentação de

propostas e documentos, classificação e julgamento, homologação e adjudicação. Aqui, todavia, temos de dizer que a depender da modalidade da licitação, podem ocorrer algumas pequenas variações!



### Exemplificando

Um exemplo das diferenças na fase externa é que não existe habilitação no convite e na tomada de preços, posto que nessas modalidades a habilitação é feita antes da abertura da licitação. Isso acontece porque nessas modalidades participam os já cadastrados ou os que se cadastraram incidentalmente.

Porém, veremos cada uma dessas subfases da fase externa na nossa próxima seção, ok?!

## Sem medo de errar

Vimos que Nonato e Nicolas se depararam com um edital de licitação cujo objeto era a compra de 5.000 (cinco mil) resmas de papel A4, que costuma variar de R\$ 15,00 a R\$ 25,00 por unidade. O tipo de licitação escolhido pela equipe foi o de menor preço, porém, a modalidade escolhida foi a concorrência, o que causou um pouco de estranheza em Nonato e Nicolas. Assim, perguntamos se pode ter havido algum engano na equipe de licitação daquela empresa pública ao escolher essa modalidade de licitação. Alguma outra poderia ter sido adotada?

De tudo o que aprendemos até aqui, vimos que o tipo menor preço parece ser bastante adequado para a compra de resmas de papel, eis que papel não precisa ter nenhuma grande tecnologia para seu uso ordinário, certo? E quanto à modalidade da licitação escolhida?

Bom, vimos que as modalidades da licitação são as CO-TO-CO-CO-LE: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Vimos, ainda, que os preços dessas modalidades devem seguir limites e fizemos um quadro comparativo e educativo:

Tabela 3.1 | Modalidade de licitação e limites de preço

MODALIDADE	COMPRAS E OUTROS SERVIÇOS	OBRAS OU SERVIÇO DE ENGENHARIA
DISPENSA DE LICITAÇÃO (art. 24, incisos I e II)	Até R\$ 8.000,00	Até R\$ 15.000,00
CONVITE	Acima de R\$ 8.000,00 e até R\$ 80.000,00	Acima de R\$ 15.000,00 e até R\$ 150.000,00
TOMADA DE PREÇO	Acima de R\$ 80.000,00 e até R\$ 650.000,00	Acima de R\$ 150.000,00 e até R\$ 1.500.000,00
CONCORRÊNCIA	Acima de R\$ 650.000,00	Acima de R\$ 1.500.000,00

Fonte: elaborada pela autora.

Nesse cenário, imaginando que a resma de papel a ser comprada estivesse com o maior preço de mercado alcançado, qual seja R\$ 25,00, teríamos um valor máximo de R\$ 125.000,00. Ora, então, de acordo com nossos estudos, a modalidade de tomada de preço poderia ter sido muito bem aplicada, em que pese a comissão de licitação ter escolhido a concorrência, certo? Mas será que essa decisão pela concorrência pode ser considerada um erro? Pode ser considerada uma atecnia da comissão?

A resposta é não, aluno querido! Isso porque nós vimos também durante nossos estudos que a Lei 8.666/1993 fez alguns apontamentos sobre a escolha da modalidade de licitação e uma delas é que a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis. Veja que o que precisamos entender é que a Lei estabeleceu escalonamento de complexidade para que o gasto de grandes vultos de dinheiro ocorra de forma bastante segura, com grande rigor em seu procedimento licitatório, mas isso não quer dizer que os procedimentos mais formais sejam proibidos para valores menores – e tanto isso é verdade que vimos outra observação da lei que diz: nos casos em que couber convite, a administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência, ou seja, quem pode o mais, pode o menos! Assim, quanto à nossa questão, realmente a comissão poderia ter usado uma modalidade mais simples, e isso até importa em mais economicidade na elaboração do procedimento, mas não podemos dizer que houve um erro, pois a previsão legal **autoriza** a utilização da concorrência para qualquer valor de licitação.

### Restaurar sem licitar. Pode?

#### Descrição da situação-problema

Renata Bernadini é diretora do Instituto do Patrimônio Histórico da Bahia e ela começou a segunda-feira muitíssimo animada com o novo projeto a ser cuidado, eis que no fim de semana recebeu a notícia que num sítio arqueológico no sertão do seu estado foi encontrada uma relíquia de autenticidade garantida e de valor até então inestimado: uma imagem cristã que provavelmente remonta à chegada da Igreja Católica ao Brasil!

Assim, Renata logo começou a entrar em contato com sua comissão de licitação, a fim de que fosse contatado o Sr. Walmir Alexandrino, especialista de renome internacional em restauração de objetos históricos e que possui diversos certificados de sua elevada competência – além de ter uma pequena, mas importante, oficina de restauração.

Porém, a nova assessora jurídica de Renata ressaltou-lhe que era necessário fazer uma licitação de melhor técnica para que o serviço fosse prestado, sob pena de estar Renata violando a Lei 8.666/1993. Será que a assessora de Renata acertou em seu arrazoado?

#### Resolução da situação-problema

Durante nossos estudos, vimos que a licitação pública é instrumento muito importante para preservação do interesse público e especialmente para proteção do dinheiro público. Todavia, vimos também que existem hipóteses em que a licitação pública pode ser dispensável, certo? Vimos que existe um extenso artigo sobre essas hipóteses, qual seja, o art. 24 da Lei 8.666/1993, e que nele o legislador apontou situações em que o administrador pode não realizar a licitação, e por motivos diversos.

Nesse cenário temos que para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade, a licitação pode ser dispensável – e o motivo é justo: uma relíquia de valor inestimável para a cultura e história de um povo precisa, sim, ser tratada por quem melhor possa realizar o serviço, eis que o valor do objeto ultrapassa em muito a discussão de preço entre concorrentes

e que pode desaguar num serviço mal feito e incorrigível.

Tanto o legislador assim entendeu que a possibilidade de não realizar licitação para o citado serviço de restauração é tão importante que ele também foi explicado no art. 13 da mesma lei, que diz: "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) **VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico**" (BRASIL, 1993, [s. p.], grifo nosso).

Assim, sendo o Instituto do Patrimônio Histórico da Bahia entidade criada justamente para proteger a história e cultura do estado da Bahia, tendo um objeto de autenticidade confirmada, existindo restaurador habilitado e com técnica especializada no serviço de restauração, a assessora de Renata errou ao dizer-lhe que era necessário fazer a licitação para o serviço de restauração, pois se trata, sim, de hipótese de serviço técnico profissional especializado, com autorização legal para ser a licitação dispensável.

Porém, não podemos achar que pelo fato de ser a licitação dispensável, poderá a entidade pagar preço exorbitante ou fora da razoabilidade. Devemos lembrar que mesmo na ausência de obrigação de fazer licitação, TODOS os outros princípios do direito administrativo continuam valendo para a realização do ato, do contrato administrativo: interesse público, razoabilidade, moralidade etc. Assim, nada de cobrar preço exorbitante, Sr. Walmir, ou, conforme prevê a própria Lei de Licitações: em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

## Faça valer a pena

**1.** A licitação consubstancia-se na condição preliminar à contratação, pela administração pública, de serviços, obras, concessões etc., e a sua viga mestra, como não podia ser diferente, é a supremacia do interesse público. De acordo com nossos estudos sobre licitação pública, podemos afirmar que:

a) A licitação pública tem tamanha importância no ordenamento jurídico nacional que a Lei 8.666/1993 revogou a Constituição Federal de 1988 no seu art. 37, XXI.

- b) A licitação pública é regrada pela Lei 8.666/1993, que é quem dita as normas gerais sobre o procedimento licitatório.
- c) A licitação pública não se constitui em regramento nacional, sendo uma lei federal e somente aplicado nas empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista federais.
- d) A licitação pública não possui regramento específico, sendo regida pelo Código Civil nacional, que é quem regula todas as atividades de compra e venda no país.
- e) A Constituição Federal de 1988 trata apenas dos temas mais relevantes para o país, não se imiscuindo em nenhum momento, em assuntos periféricos como licitação pública.

**2.** Se a licitação pública existe para que a administração pública adquira bens e serviços (a serem então vendidos ou prestados pelos particulares), faz sentido que ela tenha algumas modalidades e tipos, já que abarcará um **enorme** leque de bens e serviços dos quais ela necessitará.

De acordo com nossos estudos sobre licitação pública, podemos dizer que são exemplos de modalidades de licitações:

- a) Melhor técnica e menor preço.
- b) Competência e concorrência.
- c) Concurso e forma.
- d) Convite e leilão.
- e) Concorrência e melhor técnica.

**3.** O procedimento licitatório é regido por uma comissão que atuará nas duas fases da licitação: tanto na fase interna quanto na fase externa do procedimento.

De acordo com nossos estudos sobre as fases da licitação pública, podemos dizer que fazem parte da fase externa:

- a) Convite e habilitação.
- b) Classificação e convite.
- c) Edital e julgamento.
- d) Homologação e edital.
- e) Julgamento e adjudicação.

## Seção 3.2

### Fases da licitação

#### Diálogo aberto

Como forma de visualizarmos, na prática, os aprendizados dessa fase dos nossos estudos, imagine que Nonato e Nicolas voltaram a se animar com uma nova licitação de canetas, que deveria ser encabeçada por sua equipe, agora sim, com eles participando desde o comecinho do procedimento, desde a elaboração do edital! Todavia, durante os preparativos para o certame, Nonato e Nicolas foram procurados por um representante de uma empresa de canetas do mercado, o Sr. Scott, que lhes disse estar muito apreensivo, pois havia sido procurado pelo presidente de uma empresa concorrente, que lhe ofertou um “pacto” para que ambas tivessem vantagem no ramo das licitações. Disse Scott: “O negócio funcionaria assim: dessa vez eu colocaria um preço mais alto do que eu posso e o camarada ganharia o certame. Na próxima, a gente inverteria e eu ganharia a licitação...”.Sabendo que algo estava errado nessa oferta, o denunciante perguntou a Nicolas e Nonato se aquela prática era criminosa ou se uma licitação podia funcionar assim. O que vocês acham que Nicolas e Nonato responderam ao Sr. Scott?

Para compreendermos a situação exposta, precisaremos aprender sobre as fases da licitação pública e sobre os crimes licitatórios.

Vamos então continuar nessa espetacular viagem pelo direito administrativo?

#### Não pode faltar

Terminamos nossa última seção aprendendo os primeiros conceitos de uma licitação pública, não foi?! Onde ela se aplica, quais são seus objetivos e quais são os princípios administrativos que giram ao redor desse importante instrumento de concretização da justiça! Agora precisamos avançar numa parte mais prática, em que aprenderemos sobre as fases da licitação pública e quais regramentos são ali aplicados. Ressaltamos, porém, que a grande legislação que trata da licitação pública é a Lei 8.666/1993. Portanto, pedimos que

você estude nosso livro com essa importante legislação aberta ao seu lado, para consultas constantes. Vamos lá?!

### **Edital e habilitação**

Conforme vimos de forma “pincelada” na seção anterior, é na fase interna do procedimento licitatório que temos a elaboração do edital, que, também conforme salientamos, é o ato pelo qual a administração pública oferta a possibilidade de realização de um contrato administrativo a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas. Vimos, assim, que o edital é o instrumento convocatório para quem queira participar do procedimento licitatório e que ele está disciplinado no art. 40 da Lei 8.666/93, que preceitua os requisitos que devem conter o procedimento e o contrato administrativo, ou seja, fixa os limites da licitação e do contrato. Não obstante, também falamos do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que prega que o edital deve ser obrigatoriamente observado, revelando-se como “lei” do procedimento, bem como que também a administração não pode descumprir as normas e condições do edital, estando a ele estritamente vinculada. Arrematamos o tópico salientando que o convite (a *carta-convite*, rigorosamente falando) também é um instrumento convocatório, mas que se destina a exteriorizar o desejo da administração pública em contratar por meio da modalidade convite. Ainda durante aquela seção do nosso livro, vimos que já a fase externa inicia-se com a divulgação ao público da licitação, sucedida por sua primeira subfase, qual seja, a habilitação. Vamos agora destrinchar essas fases e aprofundar nosso conhecimento?

**\* Do edital licitatório:** traduz-se em verdadeira lei entre as partes envolvidas numa licitação, eis que subordina os administrados e administradores às regras que nele ficam estabelecidas, mantendo-os vinculados às suas condições. Sendo assim, conforme sabiamente nos ensina o professor Carvalho Filho:

[...] Vários dados devem figurar no edital, como o objeto da licitação, o preço e as condições de reajuste, o prazo, o critério de julgamento etc., todos constantes do art. 40 do Estatuto. Como se trata de peça detalhada e longa, o edital deve ser divulgado através de aviso resumido, publicado no Diário Oficial, sendo indicado o local onde pode ser conseguido o inteiro teor do ato. O edital

”

deve obrigatoriamente ter alguns anexos: a minuta do contrato a ser firmado futuramente; o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; o projeto básico e, se for o caso, o projeto executivo; e as especificações complementares e as normas de execução. Observa-se que todas essas imposições têm o escopo de permitir inteira aplicação do princípio da publicidade, dando oportunidade aos interessados de conhecerem os detalhes que cercam a licitação e o futuro contrato. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 293)

Nesse cenário, caso qualquer cidadão entenda que o edital contém vícios ou irregularidades, deve impugnar os termos do edital, o que deve ser feito até cinco dias antes da abertura dos envelopes de habilitação (na concorrência) ou dos envelopes com as propostas (nos casos do convite, tomada de preços ou concurso), sob pena de decair seu direito à impugnação do instrumento convocatório.



### Refleta

Será que você, aluno querido, está pensando: “Mas, se algum concorrente impugnar a licitação, será que isso não o prejudica?” A resposta é **não!** Para evitar qualquer tipo de vingança privada ou retaliação contra o licitante que fez a impugnação, fica garantida sua participação na licitação até a decisão final sobre o que foi impugnado, porém, isso não impede que a administração pública reveja, a qualquer tempo, a eventual ilegalidade praticada, ou seja: a administração pode (e deve) reconhecer que errou: ou vocês não se lembram do exercício da autotutela?

Quanto às impugnações judiciais, o que inclui os mandados de segurança (recurso mais à frente analisado), o prosseguimento da licitação e até mesmo a adjudicação final do objeto do contrato não têm o poder de convalidar a ilegalidade (ou seja, não têm o poder de sanar, de tratar a ilegalidade); assim, decretada a ilegalidade do edital, a decisão retroage e elimina os efeitos produzidos na licitação desde a ocorrência da dita irregularidade. Devemos arrematar o tema dizendo que o Tribunal de Contas, apesar de ter o poder de sustar contratos

administrativos que tenham sido celebrados via licitações irregulares, não tem poder de exercer controle preventivo, ou seja, não pode exercer controle prévio sobre editais de licitação.

**\* Da habilitação:** é a fase do procedimento em que a administração verifica a aptidão do candidato para a futura contratação. A inabilitação acarreta a exclusão do licitante da fase do julgamento das propostas e, embora seja uma preliminar deste, vale como um elemento de aferição para o próprio contrato futuro, que é, de regra, aliás, o alvo final da licitação, de acordo com Carvalho Filho (2016). Importante explicar que a administração não pode fazer exigências absurdas ou impertinentes para a habilitação do licitante, eis que, conforme apregoa a própria CF/88, art. 37, XXI, quanto ao procedimento licitatório

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988, [s. p.], grifo nosso).

Ou seja, as exigências na licitação devem se compatibilizar com seu objetivo.

Na habilitação serão analisadas, então, as seguintes qualidades do licitante: **a)** se ele tem **habilitação jurídica**, ou seja, a regularidade de sua carteira de identidade, de seu CPF, do contrato social de sua empresa; **b)** **qualificação técnica**, o que significa analisar se o candidato tem possibilidade e capacidade de operacionalizar o contrato administrativo caso ele vença a licitação, por exemplo, ser inscrito no órgão de classe (CREA para um engenheiro), se já prestou serviço idêntico ou similar a outros contratantes e para ver se a estrutura da empresa é capaz de honrar o vulto e a complexidade do objeto do contrato administrativo a ser pactuado. Imagine, por exemplo, que uma empresa de engenharia composta por um engenheiro

e um arquiteto resolve participar da licitação para construção de uma gigantesca ponte, de 30km de comprimento, e que precisará atravessar o mar, ligando duas ilhas. Será que essa empresa, que antes só fazia reforma de casas residenciais conseguiria cumprir esse objeto? Veja que nesse exemplo questionamos a capacidade técnica operacional, e não a técnica profissional; **c)** também é necessário analisar a **qualificação econômico-financeira**, que serve para saber se o licitante terá condições de suportar os encargos econômicos financeiros que irão decorrer do contrato, e aqui estão incluídas as apresentações do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, certidões negativas e a garantia de no máximo 1% do valor estimado para o contrato. Ademais, a depender do objeto da contratação, a administração pode exigir, também, que o licitante tenha patrimônio/capital mínimo de 10% (no máximo) do valor estimado para o contrato; **d)** comprovação **de regularidade fiscal e trabalhista** (neste último seria a prova de que está, por exemplo, adimplente com o INSS e com o FGTS); **e)** por fim, temos a obrigação de análise se o licitante **cumpre o inciso XXXIII do art. 7º da CF/88**, qual seja, “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 1988, [s. p.]).

Nesse cenário, vale a pena asseverar que esses fatores acima mencionados devem ser analisados dentro de critérios de legalidade e de razoabilidade, a fim de que não seja desconsiderado o importante requisito da competitividade, conforme expresso no art. 3º, parágrafo único, da Lei 8.666/1993, a saber:



Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (BRASIL, 1993, [s. p.])

Assim, deve o administrador, ao confeccionar o edital, levar em conta o real objetivo e a maior segurança para a administração, já que esta é a verdadeira *mens legis* (espírito da lei). Sendo assim, não lhe é lícito descartar, pela inabilitação, competidores que porventura apresentem falhas mínimas, irrelevantes ou impertinentes em relação ao objeto do futuro contrato, como indevidamente tem ocorrido em alguns casos. Quando sucede esse fato, o Judiciário tem vindo em socorro dos participantes prejudicados por tais inaceitáveis exigências, que estampam, indiscutivelmente, conduta abusiva por excesso de poder. Assim, nenhuma restrição pode ser imposta se em desconformidade com o Estatuto, conforme aponta Carvalho Filho (2016).

Por fim, não podemos nos esquecer de que na hipótese do convite não existe a etapa da habilitação propriamente dita, pois os licitantes, que normalmente já estão pré-cadastrados nos bancos de dados da administração (e assim já deixam latentes seus documentos e qualificações), são convidados a participar, iniciativa que parte da administração. Contudo, caso algum interessado não tenha sido convocado, ele poderá, assim, “habilitar-se” no certame, desde que manifeste seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º). Também com relação à tomada de preços, ocorre algo similar, pois os possíveis licitantes também já devem estar previamente cadastrados, conforme determina a Lei 8.666/1993, em seu art. 22:

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (BRASIL, 1993, [s. p.]).

E quanto ao concurso? Conforme preceitua a Lei 8.666/1993, em seu art. 22:



§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (BRASIL, 1993, [s. p.]).

Disso podemos inferir que não existe habilitação, pois o licitante não precisa se pré-cadastrar, ele já entrega seu trabalho pronto, esperando receber a premiação correspondente.

Ultrapassados então o edital e a habilitação, vamos às próximas fases do nosso estudo?

Por derradeiro, temos o leilão. Será que existe habilitação nessa modalidade de licitação? Não, não existe! Isso porque os leilões devem ser abertos para qualquer interessado, conforme diz a própria Lei 8.666/1993, art. 22:



§ 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (BRASIL, 1993, [s. p.]).

E quanto ao pregão? Conforme vimos anteriormente, uma das grandes inovações do pregão se dá pela inversão das fases de habilitação e análise das propostas, eis que a documentação para a habilitação só será analisada quanto àquele participante que tiver apresentado a melhor proposta!



Não podemos nos esquecer de que a fase de habilitação se dá de forma diferenciada e mais branda no convite, na tomada de preços, no concurso e no leilão, ok?! E com relação ao pregão, ela ocorrerá com certo rigor também, como na concorrência – porém, diferentemente dessa modalidade, no pregão ela se dará apenas após a escolha da melhor proposta!

### **Julgamento, homologação e adjudicação**

Antes do julgamento das propostas, que é o julgamento propriamente dito, a comissão deve julgar as habilitações. Assim, os licitantes entregam dois envelopes: um com os documentos da habilitação e outro com os documentos das propostas – essa entrega é concomitante. Examinando-se o primeiro envelope, separam-se os candidatos que atenderam aos requisitos de habilitação. Esses são os habilitados. Formam outro grupo os que não conseguiram apresentar a documentação necessária à habilitação: são os inabilitados, de acordo com Carvalho Filho (2016). A estes últimos, a comissão devolve os envelopes das propostas fechados, eis que eles ficam desde já aliçados da competição. Devemos ressaltar, ainda, que para que a sessão prossiga com vistas a julgar as propostas, é preciso que os inabilitados desistam expressamente de interpor recurso e, não havendo essa desistência, a sessão só deverá continuar após o julgamento dos recursos ou após transcorrido em branco o prazo recursal – conforme reza o art. 43, III, do Estatuto.

Entremos, então, na fase de **julgamento das propostas**! Nessa fase a administração seleciona a proposta que se afigura mais vantajosa para a celebração do futuro contrato. Essa é a fase mais importante da licitação, pois indica quem venceu a competição. Nessa fase do certame teremos novamente dois grupos: os classificados e os desclassificados. Os classificados serão aqueles que apresentarem propostas que cumpram os termos do edital ou da carta-convite, sendo feita espécie de lista dos que atenderam tais condições – nessa lista, em primeiro lugar deve ficar a melhor proposta (a vitoriosa) e, após ela, as demais, sempre na ordem das melhores para as piores. Já os desclassificados são aqueles que apresentaram propostas que não

observaram as regras do edital (ou carta-convite) ou que apresentaram preços excessivos (muito além do preço comum de mercado) ou manifestamente inexequíveis (tão abaixo do preço de mercado que é sabido que será inviável a execução do contrato até o fim).

Você pode estar aí matutando: “E se nenhuma proposta se classificar?”. Bom, aluno querido, se todas as propostas forem desclassificadas a administração tem a faculdade de conceder aos competidores o prazo de oito dias úteis para a apresentação de outras propostas sem vícios, podendo esse prazo ser reduzido para três dias no caso de convite. “E em caso de empate?” Você não dorme no ponto, hein, aluno querido? Vamos lá então: em caso de empate entre duas ou mais propostas, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, que necessariamente precisa ocorrer em sessão pública, com o chamamento de todos os licitantes.

E a fase chamada de **homologação**, o que é?! Ela se dá via ato administrativo da autoridade competente superior, que entende que o resultado final apurado pela comissão foi feito de forma legal. A homologação tem a natureza de confirmação da validade de licitação bem como de que quer a administração ver a obra ou serviço executado, ou o bem comprado, conforme previu o edital.

Após o ato de homologação, temos a adjudicação, que se trata da atribuição, ao vencedor da competição, do objeto da licitação, ou seja, da obra, do serviço ou da compra – o que será feito por contrato (contrato administrativo). Temos de lembrar que se a licitação for homologada, o licitante tem direito à adjudicação, ou seja, adjudicar não é ato discricionário da administração pública após a homologação. Repita-se: homologado o resultado, confirma-se o interesse do Estado na obra, serviço ou compra previstos como objeto do contrato. A despeito de algumas opiniões contrárias, entendemos que essa hipótese converte a mera expectativa de direito do vencedor em direito efetivo à realização do contrato, eis que aplicáveis aqui os princípios da boa-fé e da presunção de legalidade dos atos administrativos. Nesse ponto, pouco importa que tenha havido apenas a homologação, sem ainda a adjudicação, ou que tenham sido praticados ambos os atos. Se o contrato não for celebrado, o participante vencedor faz jus à indenização pelos prejuízos que a não contratação lhe ocasionar.

## Recurso administrativo

Apesar de toda nossa explanação, fica bastante evidente que podem e devem existir discussões dentro do procedimento licitatório, eis que, se é feito por humanos, o procedimento pode conter vícios e irregularidades, mas como pode surgir uma discussão sobre eventuais ilicitudes dentro da licitação? A resposta é: via recursos administrativos! É a própria Lei 8.666/1993 que trata desses recursos, conforme preceitua seu art. 109, a saber:

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;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei;

f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

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. (BRASIL, 1993, [s. p.])

Conforme nos ensina Carvalho Filho, algumas observações precisam ser feitas com relação a tal regramento, vamos ver quais são?

- O pedido de reconsideração é dirigido ao Ministro de Estado ou Secretário Estadual ou Municipal, no prazo de

dez dias úteis, quando o administrado houver sido punido com a penalidade de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração;

- Apenas os recursos contra a habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas têm efeito suspensivo; assim, só depois de decidido pode prosseguir o certame. O fato tem aplicação prática na rotina das licitações. É comum designar-se um mesmo dia para o exame da habilitação e para o julgamento das propostas. Se na sessão única algum interessado oferecer recurso contra sua inabilitação, por exemplo, não se pode julgar as propostas, e, nesse caso, nova sessão deverá ser designada para esse fim.

- Há, ainda, outra advertência pertinente: para que na sessão única se possa resolver, ao mesmo tempo, a habilitação e o julgamento das propostas, sem que se possa depois alegar nulidade no processo, é necessário que a Comissão obtenha de todos os licitantes sua renúncia a eventuais recursos. A razão é simples: cada licitante tem o prazo de cinco dias úteis a partir da sessão para interpor o recurso. Com a renúncia, todavia, fica encerrada a fase da habilitação, podendo-se, então, julgar as propostas.

- Os demais recursos poderão ter efeito suspensivo, mas a indicação desse efeito é faculdade discricionária da Administração. Daí se conclui que, como regra, os demais recursos só têm efeito devolutivo, não suspendendo, por isso, o curso do procedimento.

- A interposição do recurso precisa ser comunicada aos demais licitantes, porque estes têm o direito de impugná-lo no prazo de cinco dias úteis. A regra se justifica pelo fato de que têm eles interesse sobre o que vai ser decidido pela Administração.

- No caso de convite, reduz-se para dois dias úteis o prazo para recurso contra habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas (art. 109, § 6º). Esclareça-se, por último, que, transcorrido in albis o prazo recursal, a decisão administrativa se torna imutável no âmbito da Administração, operando-se o fenômeno da preclusão administrativa (CARVALHO FILHO, 2016, p. 315).

## Crimes no procedimento licitatório. Licitação e mandado de segurança

Diante de tantas regras que estamos estudando sobre o procedimento licitatório, fica bastante evidente que várias ilegalidades podem ser cometidas em desfavor dele, certo? E dentro dessa gama de ilicitudes, precisamos dividi-las em infrações administrativas e crimes, estes últimos de maior gravidade. Vamos ver essas diferenças e suas consequências?

\* **Das infrações administrativas:** a Lei 8.666/1993 não deixou de maneira expressa quais seriam as infrações administrativas em relação ao procedimento licitatório, tendo se limitado a citar infrações administrativas quanto à celebração do contrato administrativo a seguir analisado – conforme arts. de 81 a 88 da Lei 8.666/1993 –, como a recusa em assinar o contrato ou o atraso injustificado na execução do contrato ou sua inexecução total ou parcial. Porém, quanto ao procedimento licitatório em si, temos de lembrar que eventuais infrações ao certame não ficam impunes, eis que temos o regramento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), que pode ser aplicada em desfavor daquele que praticar a ilicitude, ou seja, a ilicitude que atinge os atos praticados por pessoas jurídicas estende-se às condutas individuais dos respectivos autores. Em consequência, tratando-se de servidor público, serão aplicáveis, a título de sanções administrativas, as punições funcionais previstas em seu estatuto, mediante o necessário processo disciplinar, como aponta Carvalho Filho (2016).

\* **Dos crimes:** para falarmos dos crimes praticados no procedimento licitatório, antes temos de lembrar que, de uma maneira bem superficial, crime é toda conduta humana que viola os mais importantes bens jurídicos de uma sociedade (bens jurídicos fundamentais), quais sejam: a vida, a honra, a liberdade, a integridade física e emocional, o patrimônio, a administração pública, entre outros, e que estão previamente previstos numa lei que determine que tal conduta não é aceita naquele determinado ordenamento jurídico. Assim, com relação aos crimes que podem ser praticados em desfavor do procedimento licitatório, temos de consultar a Lei 8.666/1993, que do art. 89 ao art. 98 nos informa quais são as dez condutas proibidas e criminosas que podem ocorrer dentro de um certame; vamos ver alguns exemplos?

- Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade.
- Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.
- Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário.
- Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.
- Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.
- Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.
- Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente elevando arbitrariamente os preços, vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada, entregando uma mercadoria por outra, alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida, ou tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Para cada uma dessas infrações, a própria lei prevê as penas, vamos dar uma olhadinha na Lei 8.666/1993, nos artigos acima citados?

Ademais, é importante sabermos que todos os tipos de crime no procedimento licitatório somente são puníveis a título de dolo, ou seja, não haverá conduta punível se o fato decorrer de culpa do agente. Será que você, aluno, sabe a diferença entre dolo e culpa?



## Exemplificando

Precisamos explicar que uma conduta dolosa ocorre quando o agente que a pratica o faz com intenção, ou seja, o agente quer aquele resultado imaginado. Assim, um homicídio doloso ocorre quando um agente, tendo intenção de matar outra pessoa, desfere-lhe 30 facadas ou descarrega uma pistola no peito de outra pessoa. Já a conduta culposa se dá quando o agente age por negligência, imprudência ou imperícia, situações em que ele não tem intenção de alcançar o resultado. Exemplo de homicídio culposo é o motorista que termina atropelando uma pessoa que estava atravessando na faixa de pedestre porque justamente naquele momento ele estava mexendo no som do carro, ou seja, ele foi imprudente.

Assim, juntando nossos estudos, a Lei 8.666/1993 e o nosso exemplo acima, temos de saber que só existirá crime licitatório se as pessoas envolvidas **quiseram** realizar a fraude – pois se ela ocorrer por culpa, não há que se falar de crime.



## Pesquise mais

Dois importantes pontos do estudo sobre as licitações são a inexigibilidade de licitação e a licitação dispensada (sendo que a dispensável nós já vimos, é tratada no art. 24 da Lei 8.666/1993, que elenca valores para as modalidades de licitação, lembra?!). Assim, precisamos que você, aluno, entenda que a **inexigibilidade de licitação** ocorre quando há inviabilidade da competição, e ela se dará quando tratar-se de empresa ou representante comercial exclusivo, quando se tratar de contratação de serviços técnicos profissionais especializados ou quando se tratar de contratação de profissional de qualquer setor artístico (art. 25 da Lei 8.666/1993). Já a **licitação dispensada** ocorre quando a lei decide pela não realização da licitação, não cabendo ao administrador fazê-la. Tratam das hipóteses do art. 17, que versa sobre a alienação de bens da administração pública, e que a própria lei dispensa o certame em alguns casos, como o de doação em pagamento, doação para outro órgão ou entidade da administração pública, permuta por outro imóvel, venda a outro órgão ou entidade da administração pública, entre outros. Assim, aluno querido, complemente e aprofunde seus estudos nesses dois importantes institutos, o que pode e deve ser feito consultando a Lei

8.666/1993, artigos 17 e 25. Não deixe de lembrar, também, o art. 24, que trata da licitação dispensável. Visite essa importante legislação no site abaixo.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2017.

\* Do mandado de segurança: trata-se de um “remédio constitucional”, assim chamado, pois sua previsão está estampada na própria Constituição Federal de 1988, conforme Art. 5º, inciso LXIX:



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: (...) LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. (BRASIL, 1988, [s. p.] )

Em breve resumo, temos que o mandado de segurança é um instrumento jurídico que deve ser manejado frente a uma ação ou omissão de uma autoridade que o faça de forma ilegal ou por abuso de poder; em outras palavras, é o instrumento que protege o cidadão dos atos abusivos e ilegais do próprio Estado.

Assim, o ajuizamento de mandado de segurança contra atos ilegais praticados pelo ente licitante é prática comum que visa garantir o direito do particular de participar de um processo licitatório incólume de defeitos, com respeito aos princípios da legalidade e da isonomia. O interesse do licitante que ingressa com a ação é ainda mais evidente nos casos em que ele defende a nulidade do ato que resultou na sua desclassificação ou, ainda, do ato sem o qual ele teria

sido declarado vencedor, como aponta Nester (2010).

Assim, temos que o mandado de segurança é um dos principais meios que o particular possui para discutir eventuais irregularidades dentro do processo licitatório, depois de esgotadas as discussões administrativas, ou seja, se o particular tiver convicção da irregularidade e a administração não sanar o vício a contento.



## Pesquise mais

Para arrematarmos nosso estudo sobre o procedimento licitatório, precisamos que você, aluno querido, aprofunde seus estudos sobre o que são as licitações chamadas de desertas ou fracassada. Será que são iguais? A resposta é **não!** Se houve licitação fracassada, deve-se entender que todas as propostas apresentadas foram desclassificadas, ou todos os proponentes foram inabilitados. Já a **licitação deserta** se dá quando não aparecem interessados ao certame, hipótese que, inclusive, enseja a contratação direta (por licitação dispensável) a teor do disposto no artigo 24, V, da Lei 8.666/1993. Vamos dar uma lida no artigo jurídico disponibilizado no site abaixo.

JUSBRASIL.Qualadiferençaentrelicitaçãodesertaefracassada?Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/310109400/qual-a-diferenca-entre-licitacao-deserta-e-fracassada>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

## Sem medo de errar

Vimos que Nicolas e Nonato foram surpreendidos por um dos licitantes, que lhes contou sobre um possível esquema dentro de uma licitação em que ambos eram da comissão, nesse cenário, disse o Sr. Scott: "O negócio funcionaria assim: dessa vez eu colocaria um preço mais alto do que eu posso e o camarada ganharia o certame. Na próxima, a gente inverteria e eu ganharia a licitação..."Sabendo que algo estava errado nessa oferta, o denunciante perguntou a Nicolas e Nonato se aquela prática era criminosa ou se uma licitação podia funcionar assim. E agora, aluno querido? Após nossos estudos sobre crimes licitatórios, o que você acha dessa história?

Fica bastante evidente que o que o licitante trouxe para a comissão é flagrantemente uma tentativa de crime contra o procedimento, pois trata-se de uma forma de frustrar, mediante ajuste, o caráter competitivo do certame. Veja que ao combinarem preço, os licitantes

ferem o interesse público de que a administração adquira o bem com o melhor preço possível, no que haveria gasto criminoso do dinheiro público. Temos de lembrar o que apregoa a Lei 8.666/1993 sobre esse tipo de conduta, sempre salientando que para haver crime, é necessário que a lei o preveja de forma antecipada. Será que a Lei 8.666/1993 prevê essa conduta? Vamos procurar?

Temos que a conduta narrada trata-se, sim, de crime no procedimento licitatório, crime este tipificado na Lei 8.666/1993, em seu art. 90:



Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa (BRASIL, 1993, [s. p.]

## Avançando na prática

### Desclassificar antes de inabilitar?

#### Descrição da situação-problema

Talita Coffee resolveu participar de uma licitação pública de uma autarquia federal cujo objeto era a compra de 1.000 pacotes de café, sob a modalidade concorrência, e cujo tipo era menor preço. Bastante animada com o negócio, ela se organizou para o certame, procurando toda a sua documentação para fiel habilitação, bem como dialogando bastante com sua equipe da área de produção para conseguirem preço justo para a competição.

Assim, no dia correto, Talita foi ao local combinado e entregou dois envelopes, perfeitamente identificados, sendo que um deles continha os documentos de sua habilitação e o outro, os documentos com sua proposta. Porém, apesar de ser a primeira vez que participava desse tipo de negócio, Talita estranhou o fato de a comissão iniciar a sessão abrindo os envelopes com as propostas, e ela foi de imediato “desclassificada”, pois colocou preço acima de outros licitantes. Após a declaração de sua desclassificação, Talita Coffee recebeu o

envelope com os documentos de sua habilitação, sendo que esse envelope estava lacrado!

Ainda assim, ela permaneceu na sala analisando o procedimento, então viu que o único envelope com os documentos para habilitação que foi aberto foi o do licitante vencedor, que foi considerado habilitado. Será que a comissão acertou na ordem dos atos dentro do procedimento da licitação?

### **Resolução da situação-problema**

Já sabemos que a comissão errou na ordem dos atos, certo? Isso porque vimos que antes do julgamento das propostas, que é o julgamento propriamente dito, a comissão deve julgar as habilitações. Assim, os licitantes entregaram dois envelopes: um com os documentos da habilitação e outro com os documentos das propostas – essa entrega é concomitante. Examinando-se o primeiro envelope, separam-se os candidatos que atenderam aos requisitos de habilitação. Estes são os habilitados. Formam outro grupo os que não conseguiram apresentar a documentação necessária à habilitação: são os inabilitados, de acordo com Carvalho Filho (2016). A estes últimos, a comissão devolve os envelopes das propostas fechados, eis que eles ficam desde já alijados da competição. Devemos ressaltar, ainda, que para que a sessão prossiga com vistas a julgar as propostas, é preciso que os inabilitados desistam expressamente de interpor recurso e, não havendo essa desistência, a sessão só deverá continuar após o julgamento dos recursos ou após transcorrido em branco o prazo recursal, conforme reza o art. 43, III, do Estatuto.

## **Faça valer a pena**

**1.** É na fase interna do procedimento licitatório que temos a sua elaboração, que, também conforme salientamos, é o ato pelo qual a administração pública oferta a possibilidade de realização de um contrato administrativo a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas – trata do instrumento convocatório para quem queira participar do procedimento licitatório e que ele está disciplinado no art. 40 da Lei 8.666/93, que preceitua os requisitos que devem conter o procedimento e o contrato administrativo, ou seja, fixa os limites da licitação e do contrato. Conforme nossos estudos, podemos afirmar que o texto trata do(a):

- a) Convocação.
- b) Edital.

- c) Adjudicação.
- d) Homologação.
- e) Julgamento.

**2.** Ocorre quando houver inviabilidade da competição e ela se dará quando tratar-se de empresa ou representante comercial exclusivo, quando se tratar de contratação de serviços técnicos profissionais especializados ou quando se tratar de contratação de profissional de qualquer setor artístico, conforme aponta o art. 25 da Lei 8.666/1993.

Conforme nossos estudos sobre licitação, o texto trata do(a):

- a) Licitação dispensável.
- b) Licitação dispensada.
- c) Licitação fracassada.
- d) Inexigibilidade de licitação.
- e) Licitação deserta.

**3.** Ela se dá via ato administrativo da autoridade competente superior, que entende que o resultado final apurado pela comissão foi feito de forma legal, tem a natureza de confirmação da validade de licitação bem como de que quer a administração ver a obra ou serviço executado, ou o bem comprado, conforme previu o edital.

Conforme nossos estudos, o texto trata do(a):

- a) Adjudicação.
- b) Edital.
- c) Carta-convite.
- d) Habilitação.
- e) Homologação.

## Seção 3.3

### Contratos administrativos

#### Diálogo aberto

Para vemos, na prática, uma importante parte do conteúdo que aqui vamos tratar, que tal voltarmos às vivências dos nossos amigos Nonato e Nicolas, enquanto servidores que atuam em comissões de licitação? Vamos lá?!

Nonato e Nicolas finalmente conseguiram realizar um procedimento licitatório do início ao fim. Tratou-se de um certame cujo contrato administrativo previa a entrega de 500 resmas de papel mensalmente, mediante pagamento também parcelado dos valores respectivos. Todavia, e para frustração de Nicolas e Nonato, por dois meses consecutivos, a empresa pública não pagou à vencedora do certame pelo material já entregue, o que fez com o que o Sr. Maximus, o diretor-presidente da empresa vencedora, mandasse suspender imediatamente o fornecimento das resmas mensais à empresa pública, até que ela quitasse o saldo devedor. Sabendo do episódio, Nonato e Nicolas pediram uma reunião com o Sr. Maximus, para explicarem sobre a *exceção de contrato não cumprido* e sua dificuldade de aplicação frente à administração pública. O que Nonato e Nicolas precisam explicar para convencer o Sr. Maximus a cancelar a suspensão de remessas de resmas? Poderia a empresa simplesmente se negar a entregar o material?

Para que você compreenda a situação exposta, será preciso compreender os principais conceitos e características do contrato administrativo, a alteração e extinção unilateral do contrato bem como a exceção de contrato não cumprido, o pagamento nos contratos administrativos e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

#### Não pode faltar

##### Introdução, conceitos e características

Em franca busca pelo sentido do que seria um contrato, temos, em termos gerais, a seguinte definição: um contrato é um pacto,

um acerto, um combinado entre duas ou mais pessoas que, por livre vontade, obrigam-se a cumprir o que foi entre elas combinado e sob determinadas condições. Assim, quando compramos um carro, quando fazemos mercado, quando pegamos dinheiro emprestado no banco etc., celebramos contratos, que nem sempre precisam ser escritos – podem, sim, ser pactuados verbalmente.

Nesse cenário entraremos no conceito de contrato administrativo, o nosso foco de estudo nesse momento, lembram? Bom, inicialmente precisamos explicar que concordamos com a diferenciação entre as expressões *contratos administrativos* e *contratos da administração*. Tratam-se, em verdade, de figuras que se complementam, estando uma contida na outra. Assim, contratos da administração formam um gênero amplo que abarca/contém tanto os *contratos privados da administração* quanto os contratos administrativos, que são suas espécies; tendo, estes últimos, regramento diferenciado dos primeiros. Vamos ver a diferença com mais clareza?

**1) Contratos privados da administração** são os contratos da administração que são perfeitamente regulados pelo direito privado (o direito civil ou o empresarial). Nesses casos, a administração pública situa-se em plano jurídico igual ao da outra parte, não existindo para ela, como regra geral, qualquer vantagem especial que fuja às linhas e regras de um contrato celebrado entre duas pessoas comuns. Querem um exemplo? Quando a administração pública precisa abrir uma conta num banco ou quando quer comprar um bem de um particular.

**2) Contratos administrativos**, por sua vez, são os tipos de contratos da administração que tratam de espécie diferenciada, pois possuem regras diferentes daquelas que permeiam um contrato meramente privado – em verdade, os contratos administrativos sofrem GRANDE incidência do direito público, sendo o regime jurídico aqui aplicado o regime jurídico de direito público – conforme já vimos em nossas primeiras lições sobre o direito administrativo, lembram? Aqui, as regras de direito privado só são aplicadas subsidiariamente, ou seja, se o direito público deixar alguma lacuna.

Nesse cenário, precisamos ficar com o seguinte conceito sobre esse tipo de contrato: o contrato administrativo é o ajuste firmado entre a administração pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público, como aponta Carvalho Filho (2016).

Importante destacar que também quanto aos contratos administrativos temos na Lei 8.666/1993 as suas principais regras.

Nesse diploma legal podemos ver, a partir do seu art. 54, as normas gerais que regem a celebração dessa modalidade contratual diferenciada, a saber:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. (BRASIL, 1993, [s. p.]

Vamos dar uma analisada nas principais características dos contratos administrativos?

A relação jurídica do contrato administrativo possui algumas peculiaridades próprias de sua natureza. Assim é que esse tipo de contrato se reveste das seguintes características: 1. formalismo, porque não basta o consenso das partes, mas é necessário que sejam observados certos requisitos externos e internos; 2. comutatividade, já que existe equivalência entre as obrigações, previamente ajustadas e conhecidas; 3. confiança recíproca (*intuitu personae*), porque o contratado é, em tese, o que melhor comprovou condições de contratar com a administração, fato que, inclusive, levou o legislador a só admitir a subcontratação de obra, serviço ou fornecimento até o limite consentido, em cada caso, pela administração, isso sem prejuízo de sua responsabilidade legal e contratual (art. 72 do Estatuto); 4. bilateralidade, indicativa de que o contrato administrativo sempre há de traduzir obrigações para ambas as partes, de acordo com Carvalho Filho (2016).

Nesse cenário, lembrando que os contratos administrativos devem obedecer ao interesse público, temos de entender que a administração exerce um tipo de supremacia frente ao particular. Nos dizeres do professor Carvalho Filho, temos:

É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último. Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia

em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos (*lex inter partes e pacta sunt servanda*), que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos [...]. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 186)

Vale a pena observarmos que essa situação de preponderância em favor da administração está dispersa em vários dispositivos do Estatuto, conforme já vimos no próprio art. 54 acima transcrito, que inicia a regulamentação sobre os contratos administrativos na Lei 8.666/1993 e que se traduz em princípio norteador de outras regras da mesma natureza.

### **Alteração e extinção unilateral do contrato. Exceção de contrato não cumprido**

Dentre as vantagens que a administração pública possui sobre o particular dentro do contrato administrativo, precisamos citar as chamadas *cláusulas de privilégio ou cláusulas exorbitantes*. No que essas prerrogativas consistem? Vamos analisar uma por uma?

**\* Alteração unilateral do contrato:** fato inexistente nos contratos de direito privado, a alteração unilateral do contrato pela administração bem demonstra sua superioridade em face da outra parte (art. 58, I, Estatuto). É que aqui a formação bilateral da vontade criadora cede lugar à força da vontade unilateral alteradora, como aponta Carvalho Filho (2016). Porém, temos de ressaltar que tal prerrogativa não pode ser usada por mero arbítrio ou para satisfação de interesses camuflados ou ilícitos, nem poderia ela retratar desvio de finalidade para causar prejuízo ao particular contratado. Temos de entender que o objetivo da norma foi o de admitir que ocorrendo novos fatos administrativos após a celebração do contrato original, seja possível a realização de algumas flexibilizações na relação contratual anteriormente pactuada. Porém, tais alterações sempre hão de sujeitar-se a alguns limites, especialmente o limite de atender ao interesse público indicado pela administração para proceder à alteração unilateral – o que sempre pode ser questionado pela via administrativa e judicial.

**\* Rescisão unilateral:** por essa prerrogativa a administração também pode dar fim à relação contratual entabulada, e isso pode se dar por alguns motivos, conforme art. 78 da Lei 8.666/1993. Dentre eles, destacamos como os mais *importantes o cumprimento irregular*

das cláusulas contratuais (art. 78, II), a *morosidade indevida* (inciso III), o *atraso imotivado* (inciso IV), e o perigoso inciso que trata da rescisão por “razões de interesse público” (conforme inciso XVIII) – neste último caso, porém, é necessária a alta relevância e amplo conhecimento, devendo a providência ser justificada e determinada pela máxima autoridade da esfera administrativa. Nessa hipótese não se fala em inadimplemento do contratado, sendo a razão da rescisão exclusivamente administrativa. Bom, diversos são os efeitos para essas duas razões de rescisão: no caso de inadimplemento pelo contratado, a administração nada tem a pagar-lhe, sendo, ao contrário, credora de indenização, provados que fiquem os prejuízos causados pelo descumprimento. Afinal, indeniza quem, por culpa, deu causa à rescisão.

O fato enseja, ainda, para a administração o direito de reter créditos, executar garantia contratual para ressarcimento dos prejuízos, assumir imediatamente o objeto do contrato e ocupar os locais necessários à execução (art. 80, I a IV, Estatuto). Diferentemente se passa com a hipótese de rescisão por razões de interesse público. Como no caso não há culpa do contratado, tem este direito à reparação dos prejuízos que a rescisão ocasionou. Se não fosse assim, haveria verdadeiro enriquecimento sem causa por parte da administração, o que não é tolerável pelo direito, como menciona Carvalho Filho (2016).



## Refleta

Será que parece justo que quando uma das partes não cumpre sua obrigação contratual, a outra tenha de cumprir? Em se tratando de direito público, a **exceção de contrato não cumprido** precisa ser refletida de forma um pouco diferente. Conforme nos ensina Carvalho Filho,

A exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), prevista no art. 476 do Código Civil (art. 1.092, do Código anterior), significa que uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua. ‘Exceção’ no caso tem o sentido de ‘defesa’, oposta justamente pela parte que é instada pela outra, sendo esta inadimplente em relação a sua obrigação. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 204)



Assim, arremata o doutrinador explicando que



[...] a doutrina clássica vinha entendendo que essa defesa não podia beneficiar o particular contratado pela Administração quando esta, exigindo o cumprimento do contrato, não cumpria a sua própria obrigação. O sustento teórico era o princípio da continuidade do serviço público, mais importante do que o interesse particular. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 204)

Porém, precisamos dizer que essa prerrogativa vem sofrendo questionamentos pelos operadores do direito e pela própria sociedade, eis que ela proporcionava severas injustiças ao particular contratado, que tinha de suportar o não pagamento do que a administração lhe devia, ainda tendo de continuar a prestar o serviço ou bem ou obra! Ademais, temos de lembrar que o princípio da continuidade do serviço público nem sempre está presente nos contratos administrativos, como é o caso das obras públicas – se a obra não está pronta, não há “descontinuidade” do serviço público, certo? Assim, os supostos atrasos nos pagamentos devidos pela administração não podem ser suportados pelo construtor, sobretudo quando, sem os atrasos, o contratado vinha cumprindo corretamente as suas obrigações contratuais. Foi assim que a Lei 8.666/1993 vigente mitigou o referido privilégio e dispôs (art. 78, XV) que é causa de rescisão contratual culposa



[...] atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. (BRASIL, 1993, [s. p.] )

estabelecendo que nesses casos o particular tem direito a optar pela suspensão do cumprimento da obrigação ou pela indenização por prejuízos causados pela rescisão. O dispositivo, como se vê, parece considerar que antes desses 90 dias, não pode o contratado reclamar do atraso nos pagamentos.

E você, aluno querido? O que acha dessa temática? A prerrogativa lhe parece justa?

**\* Fiscalização da execução do contrato:** quanto à fiscalização do contrato administrativo, temos diversos artigos na Lei 8.666/1993 (a partir do art. 66) que regem a temática, sendo necessário que ressaltemos os seguintes regramentos: **1)** o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial; **2)** as empresas enquadradas no inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º do art. 3º daquela Lei deverão cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da previdência social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação; **3)** a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, sendo que o representante da administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados, as decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes; **4)** o contratado deverá manter preposto, aceito pela administração, no local da obra ou serviço, para representá-lo na execução do contrato; **5)** o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados; **6)** o contratado é responsável pelos danos causados diretamente à administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, o que não exclui ou reduz essa responsabilidade da fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado; **7)** o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato; **8)** o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela administração.

**\* Aplicação de sanções e ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais:** para entendermos esse tópico, precisamos entender que, como regra geral, a parte que der causa (que der o motivo) para a rescisão contratual é aquela que fica sujeita a sofrer as penalidades previstas no contrato, ou seja,

as sanções que tiverem sido pactuadas pelos contratantes. Porém, nos contratos administrativos temos o art. 58, IV, do Estatuto, que prevê a prerrogativa da administração de aplicar sanções ao particular inadimplente, tratando-se, nesse caso, da possibilidade de serem aplicadas sanções não previstas no instrumento contratual, mas sim na própria lei. No sistema do Estatuto, podem ser encontrados dois grupos de sanções extracontratuais. O primeiro deles gera um fato administrativo e o segundo redundando na prática de um ato administrativo. Nesse cenário, são sanções do primeiro grupo: a ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregado na execução do contrato; a tomada de direção, pelos órgãos administrativos, do objeto do contrato; a execução da garantia contratual, com vistas a indenizar a administração pelas multas e prejuízos causados; e a retenção dos créditos do particular inadimplente até o limite dos prejuízos causados ao poder público. Todos esses fatos sancionatórios estão no art. 80 do Estatuto, conforme aponta Carvalho Filho (2016). Já no segundo grupo, em que a sanção se coaduna num fato administrativo, a inexecução do contrato pelo particular provoca sanções tais quais previstas nos arts. de 86 a 88, tais quais:

**a) advertência.**

**b) multa**, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

**c) declaração de inidoneidade** para licitar ou contratar com a administração pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

### **Pagamento nos contratos administrativos**

De forma geral, temos por “pagamento” o ato de entregar uma quantia de dinheiro (seja em numerário, cheque ou transferência bancária) ou, ainda, por meio da entrega de uma recompensa, em virtude algum outro bem ou serviço prestado por quem recebe esse pagamento. Assim, podemos dizer que o pagamento é um modo de extinguir obrigações por meio do cumprimento efetivo de uma prestação pactuada e, assim, devida. O sujeito ativo é quem realiza o pagamento, e o sujeito passivo, por sua vez, é quem recebe o pagamento – e ele deve sempre coincidir com o conteúdo da

obrigação. Esse é o enfoque comumente usado no direito privado, ou seja, no nosso dia a dia, certo?

Bom, mas e sob o ponto de vista do direito administrativo? Será que temos exatamente a mesma forma? A resposta é não, aluno querido! O recebimento do objeto nos contratos administrativos é feito por aceitação (ou admissão), que se traduz num ato negocial e encerra uma declaração de vontade da administração – essa, sim, capaz de produzir efeitos para o particular interessado. A aceitação é, assim, o ato administrativo vinculado pelo qual o poder público, após verificar o cumprimento dos requisitos legais pelo particular, defere-lhe a situação jurídica de seu interesse.

Ademais, o ato negocial não pode ser alterado ou extinto unilateralmente, sendo sempre necessária a conjunta manifestação de vontade dos interessados. Não havendo consenso, deve-se impugnar o ato por meio do devido processo legal, no âmbito administrativo ou na via judicial competente, com a intervenção das partes, de acordo com Amorim (2011). Mais do que um ato de admissão, o recebimento do objeto nos contratos administrativos é um ato complexo, eis que depende da manifestação de vontade de mais de um servidor ou órgão, já que existem etapas para o ato em questão: o recebimento provisório e o definitivo, conforme determina a Lei 8.666/1993 em seu art. 73.

Assim, diferentemente dos contratos privados, onde a tradição é o bastante para configurar o recebimento do objeto, nos contratos administrativos o recebimento é um ato solene, dividido em duas etapas, o recebimento provisório e o recebimento definitivo, a saber: **1)** a primeira é denominada **recebimento provisório**. Nesse momento, ocorre a transferência da posse dos bens ou a entrega do resultado dos serviços. Não tem o condão de liberar o particular das obrigações contratuais, mas somente de legitimar a posse da administração para que examine o objeto e verifique sua conformidade com o que foi exigido; **2)**

[...] efetuados os exames, testes e demais averiguações que se fizerem necessárias, sendo verificada a perfeita adequação do objeto às exigências contratuais, será realizado o **recebimento definitivo**, que importará quitação para a contratada das obrigações assumidas. (ZENITE, 2004 apud AMORIM, 2011, [s. p.]





As etapas do recebimento do objeto do contrato administrativo estão reguladas na Lei 8.666/1993, que determina que:



Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

**I - em se tratando de obras e serviços:**

**a) provisoriamente**, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

**b) definitivamente**, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei;

**II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:**

**a) provisoriamente**, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;

**b) definitivamente**, após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação.

§ 1º Nos casos de aquisição de equipamentos de grande vulto, o recebimento far-se-á mediante termo circunstanciado e, nos demais, mediante recibo.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º O prazo a que se refere a alínea "b" do inciso I deste artigo não poderá ser superior a 90 (noventa) dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital.

§ 4º Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação a que se refere este artigo não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à Administração nos 15 (quinze) dias anteriores à exaustão dos mesmos. (BRASIL, 1993, [s. p.], grifo nosso)

## Equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente no momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste (WALINE apud CARVALHO FILHO, 2016).

Nesse cenário, não é incomum que durante a execução de um contrato, alguns fatos, posteriores à data que o pacto foi firmado, modifiquem as condições de realização do contrato, o que muitas vezes termina por onerar, sobremaneira, uma das partes.



### Exemplificando

"Mas, eu não entendi como uma condição posterior pode alterar ou influenciar um contrato administrativo firmado antes..."Então vamos te dar um exemplo, aluno querido! Vamos imaginar que uma construtora é vencedora de uma licitação pública para construção de um edifício que seria utilizado para o serviço de um órgão público. No edital de convocação, as especificações da obra citavam que se tratava de um terreno plano e regular – e com tais especificações a empresa licitante fez sua proposta de preço. Durante a execução do contrato, porém, e já com seus homens e equipamentos no canteiro de obras, a empresa foi surpreendida com graves problemas no terreno, que não foram especificados no edital, o que fazia com que a fundação da construção fosse **muito mais complexa e muito mais dispendiosa**, sendo necessária a contratação de mais empregados e equipamentos mais caros. Assim, parece razoável que o contrato não sofra nenhuma alteração e o particular tenha tamanho impacto negativo em suas contas?

Para essas situações, ou seja, para a correção da discrepância contratual, são previstas algumas formas de minoração dos danos possivelmente sofridos por uma das partes, são elas o reajuste e a **revisão**. Qual é a diferença desses institutos? O **reajuste** caracteriza-

se por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já ao momento do contrato, com vistas a preservar os contratados dos efeitos de regime inflacionário. Como esta reduz, pelo transcurso do tempo, o poder aquisitivo da moeda, as partes estabelecem no instrumento contratual um índice de atualização idôneo a tal objetivo. Assim, diminui, sem dúvida, a álea contratual que permitiria o desequilíbrio contratual, como aponta Carvalho Filho (2016). Já a **revisão** deve se dar quando se recompõe a diferença sofrida por uma das partes com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço, conforme exemplo que vimos acima – a revisão deriva da ocorrência de um fato superveniente não conhecido pelos contratantes quando firmaram o ajuste.



### Pesquise mais

Será que o reajuste e a revisão estão previstos na Lei 8.666/1993? Queremos que você, aluno, pesquise na lei citada, se tais institutos foram imaginados pelo legislador! Para facilitar sua busca, recomendamos que você acesse o site abaixo.

BRASIL. **lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 9 ago. 2017.

### Sem medo de errar

A situação oferecida para analisarmos, na prática, a exceção de contrato não cumprido foi a seguinte: um contrato administrativo previa a entrega de 500 resmas de papel mensalmente, mediante pagamento também parcelado dos valores respectivos, todavia, por dois meses consecutivos a empresa pública não pagou à vencedora do certame pelo material já entregue, o que fez com o que o Sr. Maximus, o diretor-presidente da empresa vencedora, mandasse suspender imediatamente o fornecimento das resmas mensais à empresa pública até que ela quitasse o saldo devedor. Sabendo do episódio, Nonato e Nicolas pediram uma reunião com o Sr. Maximus, para explicarem sobre a *exceção de contrato não cumprido* e sua

dificuldade de aplicação frente à administração pública. O que Nonato e Nicolas precisam explicar para convencer o Sr. Maximus a cancelar a suspensão de remessas de resmas? Poderia a empresa simplesmente se negar a entregar o material?

De tudo o que estudamos, já sabemos que a *exceção de contrato não cumprido* significa que uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma tenha cumprido a sua. Porém, vimos também que quanto aos contratos administrativos, a doutrina clássica vinha entendendo que essa defesa não podia beneficiar o particular contratado pela administração quando esta, exigindo o cumprimento do contrato, não cumpria a sua própria obrigação – ou seja, era bastante comum que os juizes mandassem o particular cumprir sua obrigação independentemente de a administração estar cumprindo a sua!

Vimos, ainda, que o sustento dessa teoria era o princípio da continuidade do serviço público, mais importante do que o interesse particular, ou seja, o administrado, sendo uma pessoa, poderia ser prejudicado em nome de uma coletividade, que é a beneficiada com o serviço público.

No entanto, explicamos, também, que essa prerrogativa vem sofrendo questionamentos pelos operadores do direito e pela própria sociedade, eis que ela proporcionava severas injustiças ao particular contratado, que tinha de suportar o não pagamento do que a administração lhe devia, ainda tendo de continuar a prestar o serviço ou bem ou obra! Foi assim que a Lei 8.666/1993 vigente mitigou o referido privilégio e dispôs (art. 78, XV) que é causa de rescisão contratual culposa

[...] o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. (BRASIL, 1993, [s. p.])



estabelecendo que nesses casos o particular tem direito a optar pela suspensão do cumprimento da obrigação ou pela indenização por prejuízos causados pela rescisão. O dispositivo, como se vê, parece considerar que antes desses 90 dias não pode o contratado reclamar do atraso nos pagamentos.

Assim, Nonato e Nicolas foram conversar com o Sr. Maximus, tentando acalmá-lo e explicando-lhe que a administração vai, sim, pagar o que deve à sua empresa e que a determinação de suspensão precisa ser cancelada, eis que segundo definição legal, isso só pode se dar com 90 dias de atraso – requisito que não tinha ocorrido, pois o atraso ainda era de dois meses, ou seja, 60 dias!

## Avançando na prática

### Leite, para que te quero?

#### Descrição da situação-problema

Morgana Rue Azulões é empresária no setor de laticínios da cidade de Florianópolis e, com o intuito de alavancar os negócios, decidiu participar de uma licitação pública cujo objeto era o fornecimento de iogurte, que deveria compor a merenda escolar das crianças estudantes das escolas e creches públicas da cidade.

Assim, preparou sua proposta com base nos custos de sua produção, o que contemplava, por óbvio, seus gastos com insumos e empregados. Ofereceu proposta bastante interessante e justa, dentro também dos rigores formais do certame, e foi a vencedora.

Porém, durante a execução do contrato, todo o rebanho de vacas leiteiras do estado de Santa Catarina foi acometido de grave doença, o que fez o preço do leite subir 500% – lei da oferta e da procura: pouco leite no estado, preço nas alturas!

Desesperada porque sabia que seria impossível manter o fornecimento do produto com o preço ajustado, Morgana Rue Azulões procurou sua advogada Stella Meimei para saber o que poderia ser feito quanto ao contrato administrativo firmado. Será que Morgana conseguirá uma solução boa para esse imbróglio?

#### Resolução da situação-problema

Conforme estudamos, não é incomum que durante a execução de um contrato, alguns fatos, posteriores à data que o pacto foi

firmado, modifiquem as condições de realização do contrato, o que muitas vezes termina por onerar, sobremaneira, uma das partes. No caso em análise Morgana ofertou um preço quando o preço de um dos seus insumos era "x", de repente esse insumo passou a custar "6x"! Por óbvio, essa circunstância ocorrida depois do pacto firmado onerou demais o particular, sendo inviável que ele continue com o contrato tal qual combinado.

Para essas situações, ou seja, para a correção da discrepância contratual, sabemos que são previstas duas formas de minoração dos danos possivelmente sofridos por uma das partes, e são elas o reajuste e a revisão. No caso de Morgana, o que ela precisa suscitar frente à administração pública é a **revisão** do contrato, que deve se dar quando se recompõe a diferença sofrida por uma das partes com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço. Vimos que a revisão deriva da ocorrência de um fato superveniente não conhecido pelos contratantes quando firmaram o ajuste, exatamente o que aconteceu com Morgana. Ademais, a revisão está prevista na própria Lei 8.666/1993, a saber:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, **na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado**, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual [...]. (BRASIL, 1993, [s. p.]



## Faça valer a pena

**1.** Quanto aos contratos administrativos temos na Lei 8.666/1993 as suas principais regras. Nesse diploma legal podemos ver, a partir do seu art. 54, as normas gerais que regem a celebração dessa modalidade contratual diferenciada, a saber: "Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado" (BRASIL, 1993, [s. p.]).

De acordo com nossos estudos sobre contratos administrativos, assinale a alternativa correta:

- a) Contratos da administração é gênero que contempla os contratos privados da administração e os contratos administrativos.
- b) Contratos administrativos é gênero que contempla os contratos privados da administração e os contratos públicos da administração.
- c) Contratos privados da administração é gênero que contempla os contratos administrativos e os contratos da administração.
- d) Contratos administrativos, contratos da administração e contratos privados da administração são institutos semelhantes, com mera alteração de nomenclaturas.
- e) Contratos administrativos, contratos da administração e contratos privados da administração não possuem correspondência entre si, não existindo um gênero que abarque duas espécies.

**2.** Contratos administrativos são os tipos de contratos da administração que tratam de espécie diferenciada de contratos, pois possuem regras diferentes daquelas que permeiam um contrato meramente privado – em verdade, os contratos administrativos sofrem GRANDE incidência do direito público, sendo o regime jurídico aqui aplicado o regime jurídico de direito público.

Com base nos nossos estudos sobre contratos administrativos, complete a frase seguinte para que ela tenha seu sentido correto.

O contrato administrativo é o ajuste firmado entre \_\_\_\_\_ e um particular, regulado basicamente pelo \_\_\_\_\_ e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza\_\_\_\_\_.

- a) uma empresa privada; direito público; interesse público.
- b) a administração pública; direito privado; interesse público.
- c) uma empresa privada; direito privado; interesse do particular.
- d) a administração pública; direito público; interesse público.
- e) a administração pública; direito público; interesse do particular.

**3.** A administração exerce um tipo de supremacia frente ao particular. Nos dizeres do professor Carvalho Filho, temos:

É lógico, então, que no conflito entre os interesses do particular contratado e do Estado contratante tenham que prevalecer os pertencentes a este último. Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos (*lex inter partes e pacta sunt servanda*), que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos [...]. (CARVALHO FILHO, 2016, p. 186)

De acordo com nossos estudos sobre os contratos administrativos, o texto de referência acima trata:

- a) do equilíbrio econômico-financeiro.
- b) das cláusulas exorbitantes.
- c) do recebimento definitivo.
- d) da exceção de contrato não cumprido.
- e) do reajuste contratual.

# Referências

AMORIM, James Roosevelt Santos. O pagamento nos contratos administrativos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 91, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10076](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10076)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 4 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 4 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm)>. Acesso em 15 agosto. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

JUSBASIL. **Qual a diferença entre licitação deserta e fracassada?** Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/310109400/qual-a-diferenca-entre-licitacao-deserta-e-fracassada>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

LICITAÇÃO.com.br. **Concurso**. Disponível em: <<http://licitacao.uol.com.br/apoio-juridico/artigos/81-concurso.html>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Item resumo do pregão**. Disponível em: <[http://www.prse.mpf.mp.br/acessibilidade/licitacoes/resumo\\_do\\_pregao/](http://www.prse.mpf.mp.br/acessibilidade/licitacoes/resumo_do_pregao/)>. Acesso em: 7 ago. 2017.

NESTER, Alexandre Wagner. Mandado de segurança em licitação pública: os efeitos da adjudicação e da homologação. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, In: PEREIRA, Informativo Justen Curitiba, n. 41, jul. 2010. Disponível em:<<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=41&artigo=979>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil: exame integrado das Leis 8.666/1993 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

# Bens públicos e serviços públicos

### Convite ao estudo

Na nossa última unidade, arremataremos os principais tópicos do direito administrativo, tratando dos bens públicos e da intervenção do Estado na propriedade privada, oportunidade em que teremos de aprender o conceito, destinação e regime jurídico desses tipos de bens, além de entendermos os institutos da afetação e desafetação. Percorreremos ainda as lições sobre formas de aquisição e alienação de bens públicos e sobre o procedimento de desapropriação. Aprenderemos sobre os serviços públicos, seu conceito e obrigações gerais, como se dá sua concessão, forma e condições de outorga do serviço de concessão e trataremos, também, da licitação das concessões de serviço público. Por fim, veremos os prazos nas concessões, hipóteses de prorrogação, tarifa e equilíbrio econômico-financeiro, poderes do concedente e direitos do concessionário, além das formas de extinção da concessão e seus efeitos.

Para nos aprofundarmos nesses tópicos, teremos um grande auxílio de mais um personagem, que tanto nos ajudam no estudo de casos práticos dos temas que até hoje lidamos: dessa vez vamos falar de Dr. Igor!

Igor Valaporto é um importante e requisitado advogado especializado em direito público. Dentre suas atuações está a realização de diversas defesas e pareceres, que quase sempre possuem êxito, o que corrobora com sua boa fama perante seus pares. Entretanto, Igor admite que, algumas vezes, é colocado frente a situações jurídicas muito peculiares e que estudar é um exercício constante na área em que atua, pois além de novas interpretações dadas à lei, cada um de seus clientes demanda assuntos diferentes e entraves jurídicos distintos! Nesse cenário,

Igor precisa sempre rever os conceitos sobre bens públicos, sobre o instituto da desapropriação, sobre a prestação de serviços públicos e especialmente sobre as formas de concessão do serviço público. Como será a atuação desse advogado na defesa de seus clientes?

Preparados para fecharmos nossos estudos com chave de outro? Então vamos lá!

# Seção 4.1

## Bens públicos e intervenção do Estado na propriedade privada

### Diálogo aberto

Para visualizarmos a importância de nossos estudos sobre bens públicos e intervenção do Estado na propriedade privada, nada melhor do que um cenário real para colocarmos nossa doutrina em prática, certo?! Então vamos lá: diante do enorme volume de trabalho, Igor costuma fazer exercícios físicos durante seu horário de almoço, já que à noite está sempre em reuniões e jantares, e pela manhã, em audiências! Porém, naquela terça-feira, enquanto fazia alguns minutos de natação, percebeu que seu telefone celular não parava de tocar. Acabou saindo da piscina e, ao atender o celular, ouviu logo a voz de Catarina, agoniada, como sempre, e esbravejando: “Olhe, doutor Igor! Ninguém vai construir um aeroporto em minha fazenda, você ouviu? De jeito nenhum!”. Imaginando que se tratava de um decreto de desapropriação, Igor pediu que Catarina respirasse e viesse ao seu escritório para que ele lhe explicasse sobre o referido instituto.

O que você acha que Igor precisa explicar para Catarina sobre desapropriação e qual é o fundamento quando tratamos da construção de um aeroporto?

### Não pode faltar

Caro aluno, estamos começando a nossa última unidade nessa obra tão prazerosa de se fazer e ler, certo? Já estamos ficando com saudades, viu?! Esperamos que nossos encontros tenham sido tão bons para você como foram para nós.

Caro aluno, estamos porque a sede de conhecimento nos tópicos de direito administrativo ainda não foi saciada!

**Conceito, destinação e regime jurídico dos bens públicos; afetação e desafetação**

Em outras oportunidades na nossa obra nós analisamos os bens públicos, lembra? Falamos deles quando tratamos das entidades da administração indireta, por exemplo. Agora é o momento de nos aprofundarmos um pouco nesse universo. Vamos lá?

Bens públicos são aqueles bens que pertencem ao Estado, ou seja, que pertencem a qualquer das pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, municípios e Distrito Federal. Eles são previstos no Código Civil Brasileiro, do art. 98 ao 103, a saber:



**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.

**Art. 99.** São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

**Art. 100.** Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

**Art. 101.** Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

**Art. 102.** Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

**Art. 103.** O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem. (BRASIL, 2002, [s. p.])

Destrinchando os artigos acima transcritos, temos que perceber que os bens públicos possuem algumas classificações que facilitam nossos estudos.

## 1) Quanto à destinação

**a) Bens de uso comum do povo** – podem ser utilizados por todos, a qualquer momento, independentemente de consentimento do poder público, por exemplo, as ruas, as praças, as estradas, os mares, as praias, os rios navegáveis.

**b) Bens de uso especial** – são utilizados para a execução dos serviços administrativos e serviços públicos, por exemplo, os prédios públicos, os quartéis, os veículos oficiais, o material de consumo da administração, os hospitais públicos, as escolas públicas.

**c) Bens dominicais** – constituem patrimônio das pessoas de direito público, contudo, ainda não possuem uma destinação pública específica, por exemplo, os prédios públicos desativados, os móveis inservíveis, os terrenos inutilizados. Vale perceber que tais bens pertencem à administração, mas ainda não estão afetados, ou seja, não possuem uma destinação pública determinada.

**2) Quanto à disponibilidade dos bens:** por regra, a administração pública não pode alienar os seus bens, mas teremos algumas nuances sobre essa regra geral, a saber:

**a) Bens indisponíveis por natureza** – não podem ser alienados pelo poder público, por exemplo, as ruas, os rios, os mares, as praças (os bens de uso comum do povo).

**b) Bens patrimoniais indivisíveis** – possuem valor patrimonial, mas que não podem ser alienados porque são utilizados efetivamente pelo Estado, como os prédios públicos, os hospitais, as escolas.

**c) Bens patrimoniais disponíveis** – possuem natureza patrimonial e por não estarem afetados a certa finalidade pública, podem ser alienados, na forma que a lei estabelecer.



### Assimile

Pelo regramento que vimos acima, temos de lembrar que os bens das empresas públicas e sociedades de economia mista não são públicos, contudo, estão sujeitos a regras especiais de direito público quando estiverem sendo utilizados na prestação de um serviço público.

Um dos aspectos mais importantes quando tratamos dos bens públicos reside justamente nas principais características desses bens,

que, por existirem, em tese, para bom uso e funcionamento do interesse público, precisam ser protegidos. Assim, são:

\* **IMPENHORÁVEIS:** os bens públicos são impenhoráveis, ou seja, não podem sofrer restrição judicial para eventual pagamento de dívida do Estado. Tal regra possui envergadura constitucional, conforme nos mostra o art. 100 da CF/88:



Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim (BRASIL, 1988, [s. p.]).

Importante percebermos que tal regramento visa proteger, de forma bastante contundente, que os bens do Estado sejam penhorados e utilizados em pagamentos judiciais, eis que se isso ocorresse, o serviço público poderia ficar bastante comprometido, afinal, os bens necessários para a fiel prestação do serviço público poderiam sofrer constrição judicial. Vamos ver alguns exemplos? Uma ambulância pública sendo penhorada prejudicaria o atendimento da população, assim como os móveis de uma escola ou os computadores de uma delegacia de polícia!

\* **INALIENABILIDADE:** é considerada característica, sim, mas é uma inalienabilidade **relativa**! Já vimos isso anteriormente em nossas lições, assim como explicita os artigos 100 e 101 do Código Civil, acima transcritos, mas vamos destrinchar essas informações? Bom, elas querem dizer que estando os bens públicos em utilização para a prestação do serviço público, eles são inalienáveis. Porém, os bens públicos dominicais podem ser alienados, ou seja, podem ser vendidos. Vale dizer que os bens públicos utilizados para o serviço público poderão ser alienados no caso de serem desafetados (perderem a finalidade pública), e os bens dominicais não poderão ser alienados se forem afetados. Conforme regramento do Código Civil e da Lei 8.666/1993, sendo bem público **imóvel**, a modalidade preferencial é a concorrência; todavia, poderá ser leilão quando o bem for conseguido pela administração pública por dação em pagamento ou por via judicial (após litígio judicial). Sendo bem **móvel**,

a administração deverá alienar por leilão (regra), quando for inservível para a administração ou quando tiver sido legalmente apreendido ou penhorado.

\* **IMPRESCRITIBILIDADE:** todos os bens públicos são imprescritíveis, ou seja, não são passíveis de aquisição por usucapião. “Mas o que é essa tal usucapião?” Usucapião é um instrumento jurídico por meio do qual ocorre a prescrição aquisitiva, caro aluno. Sobre a usucapião (sempre de bens privados) temos a seguinte regra, inicialmente prevista na própria CF/88, a saber:



**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. § 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** (BRASIL, 1988, [s. p.]).

Também o Código Civil traz regramento para a matéria, com diversos detalhes sobre o tamanho das propriedades envolvidas na aquisição e como a posse foi instituída, regramentos conforme artigos de 1.238 a 1.244.

\* **NÃO ONERABILIDADE:** onerar um bem significa gravá-lo como garantia para satisfação do credor no caso de inadimplemento da obrigação; são espécies de direitos reais de garantia sobre coisa alheia, como o penhor, a anticrese e a hipoteca. Assim, se um município quer pegar um empréstimo com um banco, não se pode dar um bem público como garantia.



### Pesquise mais

O instituto do penhor é mais difundido em nossa sociedade, sendo comum conhecermos pessoas que, precisando de dinheiro emprestado, colocam suas joias em penhor – como acontece com empréstimos concedidos pela Caixa Econômica Federal. Mas o que são a anticrese e a hipoteca? Que tal você aprofundar seus estudos nessas garantias reais,

que não podem ser aplicadas sobre os bens públicos, tudo com o fim de refinar seu conhecimento sobre o tema?

SANTIAGO, Emerson. Penhor, hipoteca e anticrese. **InfoEscola**: navegando e aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/penhor-hipoteca-e-anticrese/>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

## AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

Outro importante conceito a ser estudado e que muito tem a ver com nossas lições é o de afetação e desafetação de bem público. O que significam essas palavrinhas?

Bem afetado é aquele que está sendo realmente utilizado para uma finalidade pública, por exemplo, uma praça, um prédio com várias repartições, uma escola, viaturas da polícia em funcionamento. Já o bem desafetado é aquele bem público que não está sendo utilizado para uma finalidade pública, estando ele, ainda, no estado de inutilidade.

A afetação e a desafetação servem para demonstrar que os bens públicos não se perenizam, em regra, com a natureza que adquiriram em decorrência de sua destinação. Um prédio onde haja uma Secretaria de Estado em funcionamento pode ser desativado para que o órgão seja instalado em local diverso. Esse prédio, como é lógico, sairá de sua categoria de bem de uso especial e ingressará na de bem dominical. A desativação do prédio implica sua desafetação. Se, posteriormente, no mesmo prédio for instalada uma creche organizada pelo Estado, haverá afetação, e o bem, que estava na categoria dos dominicais, retornará à sua condição de bem de uso especial, de acordo com Carvalho Filho (2017).

Temos de perceber que, apesar de relativamente simples de serem entendidas, a afetação e a desafetação do bem público têm relevância para se examinar a possibilidade ou não de alienação desse bem.

## FORMAS DE AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO DE BENS PÚBLICOS

Apesar de termos um tópico específico para isso, devemos dizer que nós já falamos um pouco sobre esse tema anteriormente, hein?

Nada de esquecimento sobre isso agora, caro aluno. Mas vamos rever esses importantes conceitos sobre aquisição e alienação de bens públicos, nas suas **mais importantes formas**.

**AQUISIÇÃO** – pode se dar por diversas formas, incluindo os instrumentos comuns do direito privado, o que inclui, por exemplo, os **contratos** (de compra e venda, de doação, de permuta e de doação em pagamento). Todos esses contratos são de natureza privada, sendo, por conseguinte, regulados pelo direito privado. Os princípios que sobre eles incidem não recebem o influxo de cláusulas de privilégio ou exorbitantes do direito comum, como ocorre nos contratos administrativos. Ao contrário, o Estado adquirente e terceiro alienante se encontram no mesmo plano jurídico, de modo que o poder público nesse caso atua muito mais em função de seu *ius gestionis* do que de seu *ius imperii*, como aponta Carvalho Filho (2016). A **usucapião** também é uma forma de aquisição de bem pelo poder público, ainda que inicialmente possa se achar inviável! Isso porque o código civil, ao estabelecer os requisitos para a aquisição da propriedade por usucapião, em nenhum momento excluiu o Estado como possível titular desse tipo de aquisição, desde que observados os requisitos legais. A **desapropriação** também é um dos modos de aquisição de propriedade pelo poder público, porém, ela é tão importante que terá um tópico inteirinho dedicado a ela, ok?! Temos ainda a **accessão**, que pode se dar (a) pela formação de ilhas; (b) por aluvião; (c) por avulsão; (d) pelo abandono de álveo; (e) pela construção de obras ou plantações. Outra interessante maneira de aquisição de bens pelo poder público é pela aquisição **causa mortis**; bem ensina Carvalho Filho (2016) que ela se dá tal como ocorre com os bens privados. No sistema adotado pelo Código Civil revogado (art. 1.603, V), os municípios, o Distrito Federal e a União figuravam na relação dos sucessores hereditários legítimos. O Código vigente, no entanto, não mais inclui aquelas pessoas federativas no elenco da vocação hereditária, como se pode observar na relação do art. 1.829. Não obstante, consigna que, não sobrevivendo cônjuge, companheiro ou algum outro parente sucessível ou, ainda, tendo havido renúncia por parte dos herdeiros, a herança é devolvida ao município ou ao Distrito Federal, se localizada em seus respectivos territórios, ou à União, caso esteja situada em território federal (art. 1.844), conforme aponta Carvalho Filho (2016). Temos ainda a **arrematação**, que se dá por meio da alienação de bem penhorado,

seja em processo de execução, seja em praça ou leilão judicial. Já a **adjudicação** se dá quando o credor de um crédito judicial adquire os bens penhorados e pracedados, desde que ofereça preço não inferior ao fixado na avaliação daquele bem – assim, é bastante evidente que as pessoas de direito público podem estar na posição de credoras num processo judicial, dessa forma, elas podem requerer que lhes sejam adjudicados os bens do devedor, adquirindo, assim, a sua propriedade.

Temos também a **requisição de coisas móveis consumíveis**, que se assemelha à desapropriação, mas com ela não se confunde, primeiro porque a sua indenização é sempre posterior; segundo porque é executada diretamente pela administração, independentemente de ordem judicial para imissão na posse – mais adiante veremos que a requisição só gera indenização se houver dano, todavia, sendo os bens consumíveis, fungíveis, sempre haverá dano ou perecimento da coisa. Um exemplo: uma requisição de uma colheita de feijão para alimentar um povo que perdeu TUDO e passa fome, diante de um alagamento severo na sua comunidade. Já o **confisco** (do latim *confiscato*, que significa “juntar-se ao tesouro”) se dá pela tomada da propriedade de uma dada pessoa, realizada por uma autoridade pública, sem que haja qualquer contraprestação quanto à perda da coisa em favor do antigo proprietário. Não há, portanto, indenização para aquele que tenha algum bem confiscado pelo poder público. Vale dizer, porém, que o direito brasileiro contempla o instituto do confisco nos campos constitucional e penal (este último, recaindo sobre bens oriundos de produtos de crimes) e ele trata especificamente dos casos de imóveis que se destinaram à cultura de plantas psicotrópicas (como a maconha, por exemplo) ou ao trabalho escravo. Tal previsão está expressa conforme dicção do artigo 243 da Constituição Federal de 1988, a saber:



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. 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. (BRASIL, 1988, [s. p.] )

Já a **caducidade do aforamento** se dá quando a União (proprietária de um terreno – terreno de Marinha) resolve tomar de volta a posse, até então transferida a um particular do seu imóvel. Nessa hipótese o domínio do terreno de marinha é da União, e que esta concede o aforamento, mediante condições específicas ao foreiro, o qual fica obrigado a pagar o foro anual e o laudêmio em caso de venda do domínio útil. Assim, o Decreto-Lei nº 9760/46 dispõe em seu art. 101 e parágrafo único que o não pagamento do foro durante três anos consecutivos, ou quatro anos intercalados, importará a caducidade do aforamento (redação dada pela Lei nº 9.636, de 1998).

**ALIENAÇÃO** – a alienação de bens públicos também foi acima pincelada por nós, mas precisamos destrinchar essa atividade administrativa de uma forma ainda mais específica, vamos lá?! A alienação de bens públicos é a transferência de sua propriedade a terceiros quando há interesse público na transferência e desde que observadas as normas legais pertinentes. A regra é que a administração mantenha os bens em sua propriedade e os conserve adequadamente para evitar sua deterioração. Tais bens, como temos visto, integram o domínio público, mas haverá situações em que a alienação dos bens públicos não somente pode ser conveniente para a administração como ainda pode trazer-lhe outras vantagens. É com esse aspecto que se deve analisar a alienação dos bens públicos, como aponta Carvalho Filho (2016). São instrumentos comuns para a alienação de um bem público a **venda**, que reclama quatro requisitos: a) autorização legislativa; b) interesse público devidamente justificado; c) avaliação prévia; e d) licitação, ressalvadas situações especiais contempladas na respectiva lei. Como já vimos quando estudamos licitação pública, a licitação é dispensada em determinados casos e as hipóteses tradicionais de dispensa ocorrem quando o bem se originou de uma dação em pagamento, de uma doação, permuta, investidura ou quando ele se destina à venda a outro órgão da

administração. O bem público também pode ser transferido por **doação**, ainda que o Estado deva evitar esse tipo de alienação, sendo preferível que ele substitua a doação pela concessão de direito real de uso, por exemplo. De qualquer forma, não sendo proibida, temos de dizer que são requisitos para a doação de bens imóveis públicos: (a) autorização legal; (b) avaliação prévia sobre o valor do bem e seu estado; e (c) interesse público justificado. Já a doação de bens móveis públicos depende de avaliação prévia, mas independe de autorização legal, todavia, só deve ser admitida exclusivamente para fins de comprovado interesse social, devendo a administração observar os fatores de conveniência e oportunidade pelos quais se conclua que seja absolutamente certo que a doação deve ocorrer. As últimas formas de alienação que precisamos tratar são a **permuta**, que trata de um tipo de contrato em que um dos contratantes transfere ao outro algum bem de seu patrimônio e recebe dele outro bem equivalente; na permuta ocorre uma troca de bens entre os interessados, entre os chamados permutantes. Nesse cenário temos de dizer que a administração também pode celebrar esse tipo de contrato, sendo que o resultado dessa operação é que os bens dados em permuta que eram públicos passam a ser bens privados, e aqueles recebidos que antes eram privados passam a ser bens públicos. Para a permuta de bens públicos temos de ter a) autorização legal; b) avaliação prévia de ambos os bens a serem permutados; e c) interesse público justificado. Por derradeiro, temos de falar da **doação em pagamento**, que se trata de um instituto que encerra uma alteração da forma original de pagamento de uma dívida, para uma nova forma de acerto. Assim, é possível que a administração deva dinheiro para um cidadão e ele aceite receber um bem público como pagamento no lugar do dinheiro em espécie/pecúnia. São também requisitos essenciais para a realização de alienação de bem público por doação em pagamento: a) autorização legal; b) avaliação prévia do bem público a ser transferido; e c) demonstração de interesse público na celebração desse tipo de acordo. Já a **retrocessão** ocorre quando o Estado transfere de volta ao antigo proprietário, mediante a restituição do valor por ele recebido, seus bens (normalmente imóveis), pelo fato de não haverem sido utilizados para o fim a que se destinavam, ou seja, é a devolução do domínio ao expropriado, para que regresse ao patrimônio daquele de quem foi tirado, pelo mesmo preço da desapropriação. Também pode ser chamada de *reversão*

ou *reaquisição*.

A **investidura**, por sua vez, se dá pela incorporação aos imóveis adjacentes de parcela de terreno público que não tem como ter utilização autônoma ou independente em decorrência de impossibilidades que podem se dar por suas dimensões, formato ou localização.

## **INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE E DESAPROPRIAÇÃO – PROCEDIMENTO**

Uma das mais importantes formas de aquisição de bem público pelo Estado é a desapropriação, por isso ela recebeu um tópico mais específico e aprofundado. No que a desapropriação consiste? Bom, para entendermos a desapropriação, temos que partir de uma premissa anterior, que trata da possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada, ou seja, trata do poder que o Estado tem de interferir, “meter a mão” naquilo que o cidadão possui, podendo, até, tirar-lhe o status de dono, tomando a propriedade de um bem para si. Será que o Estado pode intervir na propriedade privada ao seu bel-prazer? Aposto que você, aluno querido, sabe que, conforme já estudamos, TODA atividade administrativa precisa estar amparada pelo INTERESSE PÚBLICO, isso significa que a intervenção, apesar de possível, precisa cumprir com esse importante requisito: satisfazer o interesse da coletividade. Nesse cenário, como bem nos explica nosso principal doutrinador citado nesta nossa obra, o professor Carvalho Filho (2016), de forma sintética, podemos considerar intervenção do Estado na propriedade toda e qualquer atividade estatal que, amparada em lei, tenha por fim ajustá-la aos inúmeros fatores exigidos pela função social a que está condicionada. Extrai-se dessa noção que qualquer ataque à propriedade que não tenha esse objetivo estará contaminado de irretorquível ilegalidade. Trata-se, pois, de pressuposto constitucional do qual não pode afastar-se a administração.

“O que é função social da propriedade?” De forma simplificada, significa que a propriedade precisa atender a um objetivo social, ou seja, ela precisa ser útil à comunidade na qual ela está inserida, não sendo razoável que uma pessoa seja dona de coisas que não tenham uma finalidade útil, pois assim ela estaria extrapolando sua liberdade individual em prejuízo do interesse coletivo.



Pense numa casa abandonada, em que o mato do quintal cresce ano após ano sem que o proprietário tome qualquer providência, tornando-se ambiente propício à proliferação de pragas e animais peçonhentos, o que gera um risco concreto à saúde de toda a vizinhança. Essa é uma situação corriqueira em que o imóvel (uma casa) não atende à função social, posto que não serve à sua finalidade precípua de moradia. De outro bordo, se pensarmos numa casa em que uma família vive e que à conserva, fazendo dela seu lar, fica fácil visualizar que o imóvel atende à função social. Desse modo, você já pode visualizar que tudo, não só no direito, atende à função social na medida em que serve à sociedade ao dar cumprimento às suas finalidades, assim como nós cumprimos uma função social na medida em que desenvolvemos nossas potencialidades no nosso meio, segundo Farizel (2016).

Temos de dizer que a Constituição Federal de 1988 dá suporte à intervenção do Estado na propriedade, sendo interessante notar que por um lado ela garante o direito de propriedade, mas logo em seguida condiciona esse direito ao atendimento da sua própria regra, veja: "



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. (BRASIL, 1988, [s. p.]

Porém, é importante registrarmos que a desapropriação consiste na mais dramática forma de intervenção do Estado na propriedade. Isso porque a partir dela o particular perde, em definitivo, o domínio que tinha sobre a coisa desapropriada. Etimologicamente, a palavra "desapropriar" indica o ato de retirar a propriedade de alguém. Trata-se da retirada de um bem da esfera patrimonial de uma pessoa, que se dá de maneira unilateral, à revelia de sua vontade, com o intuito

de atender apenas ao interesse do Estado, que, em última análise, materializa o interesse público, conforme aponta Florentino (2013).

No rol de modalidades de intervenção do Estado na propriedade temos como principais:

1) Tombamento – é restrição parcial do direito de propriedade e se dá por ato administrativo realizado pelo poder público com o objetivo de preservar, por meio de um procedimento específico, bens que possuam reconhecido valor histórico, afetivo, arquitetônico, cultural e ambiental para a população, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados. Importante explicar que o bem, objeto de tombamento, não precisará ser desapropriado nem terá sua propriedade alterada (o dono continua dono), porém, deverá manter as mesmas características que possuía na data do tombamento. Seu objetivo é a proibição da destruição e da descaracterização desse bem, não havendo, dessa forma, qualquer impedimento para a venda, aluguel ou herança de um bem tombado, desde que continue sendo preservado.

2) Servidão administrativa – já vimos esse instituto quando tratamos dos postes de energia elétrica na fazenda de Catarina, lembram? Trata-se de um direito real sobre a coisa alheia e, tendo em vista que esse direito é exercido pelo poder público, pode ser mais especificamente definido como o direito real de gozo do poder público sobre a propriedade alheia de acordo com o interesse da coletividade.

3) Requisição administrativa – trata-se de instrumento de intervenção do Estado na propriedade mediante o qual, em situação de perigo público iminente, o Estado utiliza bens móveis, imóveis ou serviços particulares com indenização ulterior, se houver dano. Assim, caso tenhamos uma casa pegando fogo, o Corpo de Bombeiros pode “invadir” uma casa ao lado para melhor posicionar seus equipamentos para extinção do incêndio; em caso de alagamento de uma cidade, o poder público pode requisitar uma escola particular que tem salas e banheiros para albergar pessoas desabrigadas etc.

4) Ocupação temporária – trata-se de utilização transitória, podendo ser remunerada ou gratuita, de bens de particulares pelo poder público, que o faz porque necessita executar obras, serviços ou atividades públicas, desde que, sempre, haja interesse público. O exemplo mais clássico é a utilização de um terreno particular para colocar material de obras ou equipamentos enquanto o Estado constrói um prédio público ao lado.

“E a desapropriação, professora? No que ela consiste, então?”

Bom, vamos então voltar à desapropriação? Com esse cenário já temos importantes premissas fixadas no nosso conhecimento, certo? Desapropriação é o procedimento de direito público pelo qual o poder público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização. O fato de ser um procedimento de direito público retrata a existência de uma sequência de atos e atividades do Estado e do proprietário, desenvolvida nas esferas administrativa e judicial. Sobre esse procedimento incidem normas de direito público, sobretudo quanto aos aspectos que denotam a supremacia do Estado sobre o proprietário. O objetivo da desapropriação é a transferência do bem desapropriado para o acervo do expropriante, sendo que esse fim só pode ser alcançado se houver os motivos mencionados no conceito, isto é, a utilidade pública ou o interesse social. A indenização pela transferência constitui a regra geral para as desapropriações, só por exceção se admitindo, como adiante se verá, a ausência desse pagamento indenizatório, de acordo com Carvalho Filho (2016).

Assim, em termos práticos temos de saber que a desapropriação tem de se dar por um processo administrativo pelo qual o poder público, mediante prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo o seu patrimônio por justa indenização. Após o Decreto, o poder público tem o prazo de cinco anos para executar a desapropriação, sob pena de caducidade. Diz a CF/88 sobre o tema: "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" (BRASIL, 1988, [s. p.], grifo nosso).

#### \* Fundamentos para a desapropriação

1) Necessidade/utilidade pública: decorre de situação emergencial cuja solução exige a desapropriação do bem, por exemplo, calamidade pública, segurança nacional; ou a transferência do bem é conveniente, embora não seja imprescindível.

2) Interesse social: busca o fim social da propriedade, por exemplo, desapropriação de terras rurais para reforma agrária – e aqui o pagamento não é em dinheiro, mas em papéis da dívida pública.

Será que existem exemplos de desapropriação nos ditames legais? Claro que sim, aluno querido! Vamos ver alguns exemplos na própria CF/88?

**Art. 182.** (...) § 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: (...) 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. **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. **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. (BRASIL, 1988, [s. p.]

\* **Principais características da desapropriação:** **a)** pode recair em bem móvel ou imóvel; **b)** a União, que representa os interesses nacionais, pode desapropriar bem em qualquer parte do território nacional; **c)** a indenização deve ser prévia, justa e em dinheiro; **d)** regra do art. 3º do Decreto-Lei nº 3.365/41: “Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriação mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato” (BRASIL, 1941, [s. p.]).

\* **Processo de desapropriação**

- Fase declaratória: poder público declara a intenção, mediante decreto do chefe do Executivo.
- Fase executória: ocorre a transferência do bem para o expropriante e a devida indenização ao expropriado – a transferência pode ocorrer por meio administrativo ou judicial.



A reforma agrária é uma das hipóteses de desapropriação, conforme vimos em artigos constantes da própria Constituição Federal de 1988, sendo que o fundamento dela é o interesse social. Assim, a reforma agrária no Brasil se dá basicamente da seguinte forma: a União realiza a compra ou a desapropriação de latifúndios particulares considerados improdutivos em diversas áreas da federação e sob a figura do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), distribui e loteia essas terras às famílias que recebem esses lotes, como também presta uma assistência financeira, de consultoria e de insumos para que possam produzir nessas terras.

Outras figuras que ocorrem no instituto da desapropriação também devem ser estudadas, quais sejam: **desapropriação indireta**: instituto que ocorre quando o Estado se apropria de bem particular, mas o faz sem a observância dos requisitos da declaração e da indenização prévia, ou seja, o Estado apropria-se do bem do particular sem o devido processo legal. Aqui, o proprietário poderá postular em juízo a reparação pelas perdas e danos causados pelo expropriante; **tredestinação**: é a destinação do bem para um fim diverso, um fim diferente daquele inicialmente previsto no decreto expropriatório. Caso ela seja ilícita, ou seja, ocorrer com o desvio de finalidade, a desapropriação deverá ser anulada e, posteriormente, deverá ocorrer a reintegração do bem ao antigo proprietário, mas também é possível que a tredestinação seja lícita, e ela pode ocorrer quando, persistindo o interesse público, o expropriante dispensa ao bem desapropriado destino diferente do que o inicialmente planejado; **retrocessão**: ocorre quando há desinteresse posterior do poder público pelo bem expropriado, ou seja, após a desapropriação o poder público entende que o bem não mais satisfaz os interesses, ele não quer mais o bem – aqui caberá ao expropriado o direito de preferência para reaver o bem, sempre pelo preço atual da coisa.

## Sem medo de errar

No nosso exemplo prático para análise da matéria num contexto real, vimos que nosso advogado Igor, enquanto fazia um pouco de esporte diário, foi interrompido por Catarina, que, agoniada como sempre, esbravejava: “Olhe, doutor Igor! Ninguém vai construir um aeroporto em minha fazenda, você ouviu? De jeito nenhum!” Imaginando que se tratava de um decreto de desapropriação, Igor pediu que Catarina respirasse e fosse ao seu escritório para que ele lhe explicasse sobre o referido instituto. O que você acha que Igor precisa explicar para Catarina sobre desapropriação e qual é o fundamento quando tratamos da construção de um aeroporto?

Bom, vimos que a desapropriação é uma realidade no nosso país, estando, inclusive, prevista na própria CF/88. Vimos também que em termos práticos a desapropriação tem que se dar por um processo administrativo pelo qual o poder público, mediante prévia declaração de utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo o seu patrimônio por justa indenização. Após o Decreto, o poder público tem o prazo de cinco anos para executar a desapropriação, sob pena de caducidade. Diz a CF/88 sobre o tema:

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 (BRASIL, 1988, [s. p.])

No caso de Catarina, Igor precisará explicar à sua cliente que o decreto expropriatório é fundamentado na utilidade pública, que ocorre porque a transferência do bem é conveniente, embora não seja imprescindível – o Estado, após muito estudo e análise, identifica que determinada área é necessária e útil para a construção de um aeroporto, que com certeza atende a uma coletividade infinitamente maior do que os poucos donos dos imóveis que serão expropriados.

Nesse caso, não podemos deixar de citar o Decreto-Lei nº 3.365/1941, que é a norma que regula as desapropriações por utilidade pública, e ele é expresso em afirmar que “Art. 5º Consideram-

se casos de utilidade pública: [...] n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves” (BRASIL, 1941, [s. p.]). Ou seja, a CF/88 e a lei específica regulam a matéria!

Nesse cenário, Igor precisará explicar à Catarina que, mesmo sua fazenda sendo produtiva, é evidente que o interesse público na construção de um aeroporto ou de uma rodovia, por exemplo, supera os interesses individuais de cada particular, no caso, o interesse dela, uma fazendeira que receberá justa indenização e poderá, então, comprar outra fazenda em outro lugar... Ressaltamos que, com apoio da doutrina majoritária, o instituto da desapropriação, assim como todas as outras espécies de intervenção estatal na propriedade, fundamenta-se na máxima (atualmente cristalizada no princípio administrativo da supremacia do interesse público) de que o interesse público deve prevalecer diante do interesse particular, como aponta Florentino (2013).

A única chance de Catarina reverter essa situação é ingressando no Judiciário e tentando, dificilmente, comprovar que o Estado está equivocado quanto ao aproveitamento da área e perseguição do interesse público ou que existe desvio de finalidade na intenção expropriatória, como comprovar que o aeroporto seria melhor aproveitado numa outra área, mas cuja fazenda era do governador do Estado, sendo a de Catarina um “plano B” indecoroso do Estado para preservar interesse ilegítimo de outra autoridade

## Sem medo de errar

**Oxente, Anna! Aqui é patrimônio tombado, minha rainha!**

### Descrição da situação-problema

Anna Carola, chilena, recém-enviuada e fazendo uma viagem por toda a América Latina para espairer após o doloroso processo de perda de seu amado esposo, ao visitar Salvador, na Bahia, apaixonou-se perdidamente pelo Pelourinho, decidindo ali residir pelos próximos dez anos de sua vida! O Pelourinho, famoso bairro daquela capital, é o mais antigo da cidade e hoje abriga o mais rico conjunto arquitetônico barroco de Salvador, possuindo mais de 800 casarões que estão transformados em bares, restaurantes e pousadas. Nesse momento de paixão e euforia, Anna contatou corretores locais e, após todo o processo de apresentação de documentos, adquiriu uma das propriedades daquele famoso e lindíssimo bairro baiano. Logo que instalada, quis deixar sua casa (um dos casarões do

complexo arquitetônico do Pelourinho) mais “a sua cara” e contratou um arquiteto para fazer algumas reformas, especialmente na fachada, que ela achava com um estilo meio antigo e fora de moda. Também não gostava das cores muito extrovertidas e queria tirar o telhado e mudar o traçado das janelas.

O Pelourinho é integrante do Patrimônio Histórico da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e foi tombado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan).

Nesse cenário, será que Anna Carola poderá fazer todas as reformas na sua casa? Não seria justo que quem compra uma casa, gastando seu dinheiro de anos de suor e trabalho, possa modificar sua residência ao seu bel-prazer?

### **Resolução da situação-problema**

De tudo que estudamos até aqui vimos que também a propriedade deve cumprir seu fim social, certo? Vimos, ainda, que diante da preservação do interesse coletivo e na persecução do interesse público, o Estado pode intervir na propriedade, seja tomando-a para si para dar uma destinação ao coletivo, seja restringindo o uso pelo particular.

Assim, no caso de Anna Carola, o arquiteto contratado por ela precisa lhe explicar que o que ela quer fazer é impossível, eis que a casa que ela comprou faz parte do plexo de imóveis tombados pelo poder público, não sendo possível modificar a arquitetura da casa, sob pena de descaracterizar uma importantíssima parte da cultura e história da Bahia. Temos de entender que a vontade de um particular, ou de um pequeno grupo, não pode, como no caso em análise, desvirtuar imóveis cuja arquitetura remonta ao descobrimento do Brasil, quando os portugueses chegaram ao nosso país e contribuíram com a construção da nossa história. Seria razoável que uma casa moderna colocasse abaixo séculos de cultura de um povo?

Devemos, assim, lembrar que o tombamento é tipo de restrição parcial do direito de propriedade e se dá por ato administrativo realizado pelo poder público com o objetivo de preservar, por meio de um procedimento específico, bens que possuam reconhecido valor histórico, afetivo, arquitetônico, cultural e ambiental para a população, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados. Conforme também explicamos, o bem, objeto de tombamento, não precisará ser desapropriado nem terá sua propriedade alterada (o dono

continua dono), porém, deverá manter as mesmas características que possuía na data do tombamento. Seu objetivo é a proibição da destruição e da descaracterização desse bem, não havendo, dessa forma, qualquer impedimento para a venda, aluguel ou herança de um bem tombado, desde que continue sendo preservado.

Apenas a título de conhecimento, em livre pesquisa na rede internacional de computadores (Portal Terra), temos que:



[...] de acordo com o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), toda intervenção em um imóvel tombado deverá, por princípio, manter as características espaciais e construtivas originais. A reforma deve preservar os valores atribuídos ao imóvel no processo de tombamento. É este conjunto de documentos que vai orientar os critérios de intervenção. No processo de tombamento estão identificados os elementos construtivos ou decorativos cuja relevância determina sua preservação integral, e outros cuja alteração é admitida sob certas condições. Por isso, o primeiro passo para quem quer reformar um imóvel tombado é descobrir por qual órgão o local é preservado. Um tombamento pode ser decidido por órgãos de defesa do patrimônio de governos municipais e estaduais e pelo Iphan, que é vinculado ao governo federal – e cada instituição tem regras próprias a serem seguidas em caso de reforma. [...] Segundo o Iphan, as intervenções periódicas de manutenção podem ser realizadas por empresas comuns, mas estas devem estar conscientes de que se trata de um imóvel tombado para não comprometer a preservação das suas características fundamentais. Já as reformas mais complexas, que envolvem a restauração de um imóvel degradado, precisam ser realizadas por empresas que dominem os sistemas construtivos e técnicas utilizados na construção do imóvel. Caso uma pessoa desrespeite essas normas, a obra pode ser embargada e o imóvel será lacrado até a regularização do projeto. Para completar, o proprietário pode ter de pagar uma multa considerável. Com um serviço especializado os custos podem ser um pouco mais altos, mas é muito mais seguro e previne eventuais dores de cabeça [...]. (PORTAL TERRA, [s.d.], [s. p.])

## Faça valer a pena

**1.** Bens públicos são aqueles que pertencem ao Estado, ou seja, que pertencem a qualquer das pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, municípios e Distrito Federal.

Considerando o que aprendemos sobre bens públicos, analise as afirmações abaixo, identifique-as como verdadeiras (V) ou falsas (F) e assinale qual alternativa traz a ordem correta dessa análise:

I - Bens de uso comum do povo – são utilizados para a execução dos serviços administrativos e serviços públicos, por exemplo, prédios públicos, hospitais públicos, escolas públicas.

II - Bens de uso especial – podem ser utilizados por todos, a qualquer momento, independentemente de consentimento do poder público, por exemplo, ruas, praças, estradas, mares, praias, rios navegáveis.

III - Bens dominicais – constituem patrimônio das pessoas de direito público e já possuem uma destinação pública específica, estando em utilização plena.

- a) V; V; F.
- b) F; V; F.
- c) F; F; V.
- d) F; F; F.
- e) V; F; V.

**2.** Imaginemos que o Estado de Goiás está construindo uma importante escola pública num bairro bastante populoso, na cidade de Goiânia. Como se trata de uma rua com muitas edificações, o poder público daquele Estado está utilizando o terreno (vazio) do sr. José Rodrigues para a colocação de maquinário (trator, escavadeira etc.) e material de obra, como tijolos, areia, brita, cimento.

Considerando nossos estudos sobre intervenção do Estado na propriedade privada, de qual intervenção a situação acima trata?

- a) Tombamento.
- b) Servidão administrativa.
- c) Desapropriação.
- d) Ocupação temporária.
- e) Requisição.

**3.** Conforme preceitua o Código Civil Brasileiro: "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" (BRASIL, 2002, [s. p]).

De acordo como nossos estudos sobre bens públicos, identifique qual das alternativas abaixo trata da característica da imprescritibilidade.

- a) Impossibilidade de sofrerem restrição judicial para eventual pagamento de dívida do Estado.
- b) Impossibilidade de serem vendidos, desde que utilizados para a prestação do serviço público.
- c) Impossibilidade de serem gravados com penhor, de serem dados em garantia.
- d) Impossibilidade de serem gravados com hipoteca, de serem dados em garantia.
- e) Impossibilidade de serem usucapidos, ou seja, de serem passíveis de aquisição por usucapião.

## Seção 4.2

### Serviço público: primeiros conceitos

#### Diálogo aberto

Para vermos os nossos estudos também na prática, ofereço a você, aluno querido, a seguinte situação: abarrotado de trabalhos com prazos para fazer, Igor pediu à sua secretária que não transferisse qualquer ligação para ele nem deixasse ninguém entrar em sua sala naquela tarde. Todavia, no meio de seus arrazoados jurídicos, Igor ouviu sua secretária discutindo, em voz alta, com uma senhora que acabara de chegar à recepção do escritório, ela dizia: “Eu só saio daqui quando o doutor Igor me atender! É uma emergência!”. Preocupado com o tom emotivo daquela moça, Igor abriu a porta e encontrou Rennata Motha, a dona de uma grande empresa de ônibus da cidade e que imediatamente lhe disse: “Doutor Igor! Por favor, me ajude! Um dos meus motoristas atropelou um homem durante o trabalho, agorinha! Mas o rapaz atravessou fora da faixa de pedestre! Eu tenho que arcar com as despesas desse acidente?” Igor pacientemente interrompeu seus trabalhos e pediu que Rennata entrasse em sua sala, ele precisava explicar um pouco mais sobre a concessão de serviço público e suas implicações legais à sua mais nova cliente!

Será que Rennata Motha conseguirá livrar-se desse possível gasto com indenizações pelo acidente? Como será a responsabilidade de uma concessionária de serviço público?

#### Não pode faltar

Após finalizarmos nossas lições sobre bens públicos e intervenção do Estado na propriedade, precisamos ingressar numa outra importante lição, que é o serviço público, *como ele se dá, quem pode prestá-lo, como essa prestação acontece e quais são suas consequências*. Vamos, então, desbravar mais um importante tema entre nossos tópicos em direito administrativo?

#### **SERVIÇO PÚBLICO: CONCEITOS E NOÇÕES GERAIS**

Inicialmente devemos dizer que a expressão *serviço público* admite

dois sentidos fundamentais, um *subjetivo* e outro *objetivo*. No sentido subjetivo levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade, ou seja, são serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. Já no sentido *objetivo*, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Aqui esquecemos a ideia de quem presta a atividade, devemos concentrarmo-nos na ideia da própria atividade em si. É importante mencionar que não existe lei que estabeleça assim, é o serviço público, todavia, a Lei 8.987/95 traz as diretrizes gerais quanto à concessão e permissão da prestação desses serviços.

Ainda assim precisamos trazer um conceito, certo, aluno querido? Então, o que é serviço público? De forma simples e objetiva, o conceituamos como **toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade**, como aponta Carvalho Filho (2016), ou seja, serviço público é a atividade estatal que deve ser prestada para o bem e interesse da coletividade, sendo a prestação dessa atividade, justamente, o fim a que se presta a existência do próprio Estado. No conceito acima escolhido, temos que dar muita importância a três elementos indissociáveis do serviço público e que já trabalhamos em outras unidades, quais sejam: sujeito estatal, interesse público e regime de direito público.

Vamos então aprender alguns importantes conceitos? Por serem conceitos muito importantes, vamos recorrer com frequência à doutrina especializada, certo?

\* **Classificação:** para melhor compreensão da matéria, devemos assimilar que o serviço público possui algumas classificações, agrupamentos que nos auxiliam a entender suas diferenças. Vamos, então, ver as suas principais classificações (lembrando que existem outras classificações adotadas por outros doutrinadores, sendo que aqui nos filiamos à classificação do professor Carvalho Filho, na sua obra referenciada).

**1) Serviços públicos delegáveis e indelegáveis** – *serviços delegáveis* são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores, por exemplo, os serviços

de transporte coletivo, energia elétrica, sistema de telefonia. *Serviços indelegáveis*, por outro lado, são aqueles que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, ou seja, por seus próprios órgãos ou agentes, por exemplo, os serviços de defesa nacional, segurança interna, fiscalização de atividades, serviços assistenciais, de acordo com Carvalho Filho (2016). É importante percebermos, porém, que alguns serviços, embora possam ser delegados, terminam sendo prestados pelo próprio Estado, o que ocorre por mera decisão política e/ou administrativa – o que não impede que, em outro momento, sejam executados por terceiros colaboradores, conforme acima citado. Já os indelegáveis não possuem essa maleabilidade, pois são inerentes ao poder público centralizado e às entidades autárquicas e fundacionais, assim, em virtude de sua natureza específica, não podem de maneira nenhuma serem transferidos a particulares, para segurança do próprio Estado e da coletividade a que ele serve – ou vocês já imaginaram um juiz exercendo a magistratura por meio de uma empresa privada contratada pelo Estado?

**2) Serviços administrativos e de utilidade pública** – conforme dissemos acima, o Estado, ao prestar serviços públicos, deve estar sempre mirando nos interesses da coletividade, todavia, a fruição desses serviços por essa coletividade pode se dar de forma direta ou indireta. Assim, consideram-se *serviços administrativos* aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, para satisfazer suas necessidades internas, como a imprensa oficial utilizada para a divulgação dos atos administrativos do Estado ou uma central de processamento de dados de uma secretaria municipal – veja que embora atendendo às suas necessidades, esse tipo de serviço também beneficia indiretamente a coletividade. Já os *serviços de utilidade pública* se destinam diretamente aos indivíduos, são prestados em benefício direto do cidadão, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Aqui podemos citar transporte coletivo, energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino etc.

**3) Serviços coletivos e singulares** – serviços coletivos (*uti universi*) são aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da administração, e em conformidade com os recursos de que disponha. São exemplos os serviços de pavimentação de ruas, de iluminação pública, de implantação do serviço de abastecimento de água, de prevenção

de doenças e outros do gênero. Já os serviços singulares (*uti singuli*) preordenam-se a destinatários individualizados, sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos. Exemplos desses serviços são os de energia domiciliar ou de uso de linha telefônica, como aponta Carvalho Filho (2016).

**4) Serviços sociais e econômicos** – aqui entramos numa discussão e reflexão bastante interessante do ponto de vista do direito e da Justiça, pois fica bastante evidente a discrepância na prestação desses dois tipos de serviço à coletividade. Temos de saber que *serviços sociais* são os que o Estado executa para atender às necessidades sociais básicas da coletividade, eis que são serviços assistenciais e protetivos. No Brasil é bem evidente que tais serviços são prestados de forma extremamente deficitária e precária, e o Estado os financia por meio dos recursos obtidos da comunidade, sobretudo pela arrecadação de tributos. Aqui estamos falando dos serviços de assistência médica e hospitalar, assistência educacional, assistência a comunidades carentes etc. Porém, de outro lado, os *serviços econômicos* são aqueles que, embora classificados como *serviços públicos*, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial). Não são deficitários, portanto, como os serviços sociais. Exemplos comuns são os serviços de energia elétrica, gás canalizado, transportes coletivos e outros do gênero, de acordo com Carvalho Filho (2016).



**Refleta**

Não nos deixa bastante incomodados, aluno querido, que em serviços econômicos que o Estado possui o monopólio ele possa auferir algum lucro? Parece justo que o serviço elétrico, por exemplo, só possa ser prestado por uma única concessionária em cada Estado, ficando o cidadão obrigado a pagar a tarifa combinada entre ela e o Estado, sem termos outra opção de mercado? E o serviço postal, que tem monopólio dos Correios? É razoável que uma carta só possa ser enviada pelos Correios e que o cidadão seja obrigado a pagar a tarifa que a dita empresa pública cobra, sem qualquer concorrência que imponha a melhora da qualidade e do preço cobrado?

\* **Princípios:** o serviço público também obedece a alguns princípios administrativos de forma ainda mais específica, sendo sua observância muito importante para a prestação correta e eficiente ao cidadão. Vamos ver quais são esses princípios e destrinchá-los para melhor compreensão da matéria? Então vamos!

**1) Princípio da generalidade:** apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, devem beneficiar o maior número possível de indivíduos, mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia ou, mais especificamente, da impessoalidade, de acordo com Carvalho Filho (2017).

**2) Princípio da continuidade:** já tratamos sobre esse princípio em outros momentos em que ressaltamos a imperiosa continuidade do serviço público, mas vamos conceituá-lo mais uma vez para que você, aluno querido, fixe esse assunto, certo? Bom, esse princípio determina que os serviços públicos não podem parar, não podem ser interrompidos, o que significa que sua prestação deve ser realmente contínua, sempre com o fim de evitar colapso na vida e atividades do administrado. Um exemplo disso é a discussão sobre a greve da polícia militar ou de médicos e professores da rede pública.

**3) Princípio da eficiência:** conforme já vimos quando tratamos dos princípios expressos do direito administrativo (L.I.M.P.E), esse princípio determina que deve o Estado prestar seus serviços com a maior eficiência possível. A eficiência reclama que o poder público se atualize com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa e com menor dispêndio. Fator importante para a administração reside na necessidade de, periodicamente, ser feita avaliação sobre o proveito do serviço prestado. Desse modo, poderá ser ampliada a prestação de certos serviços e reduzida em outros casos, procedendo-se à adequação entre o serviço e a demanda social. Se inexistir adequação, não há eficiência, como aponta Carvalho Filho (2017).

**4) Princípio da modicidade:** aqui está um princípio novo nos nossos estudos e ele é muito importante quando tratamos de serviços públicos, significa esse princípio que os serviços públicos

ofertados, quando não forem gratuitos, devem ser remunerados a preços módicos, preços razoáveis, devendo o poder público avaliar o poder aquisitivo do usuário ao que o serviço se destina, para que, por dificuldades financeiras, ele não seja impossibilitado de ser beneficiário do serviço. Um grande exemplo disso é o valor da tarifa de ônibus, ou seja, o preço da passagem do serviço público de transporte. Faria algum sentido que a passagem custasse, nos dias de hoje, algo ao redor de R\$ 20,00, por exemplo? O serviço público atenderia os cidadãos que dele necessitam? Pode um trabalhador que ganha um salário mínimo (hoje no valor de R\$ 937,00) gastar R\$ 40,00 por dia para ir e voltar do trabalho? Fica evidente que se o preço não for módico, o serviço público não será efetivamente prestado, certo?! Parece-nos acertado o pensamento segundo o qual esse princípio traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos, como nos ensina Sérgio de Andréa Ferreira (apud CARVALHO FILHO, 2017).

**5) Princípio da atualidade:** compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

**6) Princípio da cortesia:** significa que o usuário deve ser tratado com URBANIDADE, com RESPEITO.

**7) Princípio da segurança:** obrigação de se zelar pela INTEGRIDADE FÍSICA do seu usuário.

## CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS

Como podemos perceber no dia a dia da administração pública do nosso país, o serviço público pode ser prestado diretamente pelo Estado/poder público ou pode ser prestado por um particular que faça as vezes do Estado, como se estivesse no lugar dele ofertando o serviço à coletividade. Nessa segunda opção, em que um particular presta o serviço público, ocorre sua execução indireta. É importante entender, porém, que nem tudo aquilo que é serviço público pode ser feito pelo particular como se fosse o Estado, assim, existem serviços públicos que são *delegáveis* e os que são *indelegáveis* – o que já foi analisado por nós alguns tópicos atrás. É preciso dizer,

ainda, que sendo o serviço público definido como indelegável, as pessoas federativas não poderão transferi-lo a nenhuma pessoa física ou jurídica, pois somente os órgãos da administração direta poderão executá-lo. São serviços indelegáveis a prestação jurisdicional, a segurança pública e a defesa nacional, entre outros. Por outro lado, há serviços que, embora sejam de natureza pública, tanto podem ser prestados pelo Estado, seu titular, como por terceiros. Com efeito, serviços delegáveis ou de execução indireta são aqueles que a lei confere titularidade a uma ou algumas das pessoas federativas, mas não exige sua prestação pelo próprio titular, de modo que cabe a este verificar o que é mais conveniente ao interesse público: se a prestação direta, pelo Estado, ou se a prestação de forma indireta, por concessionários ou permissionários privados, por sua conta e risco, porém sob fiscalização do poder público ou, ainda, por outras entidades criadas pelo próprio Estado, por meio do mecanismo da descentralização, segundo Santos (2012).

Entretanto, atenção! Não há qualquer obrigatoriedade por parte do Estado de transferir aos particulares os serviços delegáveis. Embora eles admitam a execução por pessoas privadas, essa delegação somente deve se dar quando o Estado entender como algo conveniente ao interesse público. Vale lembrar que são serviços delegáveis os de transporte coletivo, fornecimento de água e energia elétrica, telefonia etc.

Entre as formas de delegar a execução do serviço público, temos a concessão e a permissão, que basicamente se dão da seguinte forma: **concessão de serviço público** é, basicamente, o contrato administrativo formal (firmado mediante licitação, na modalidade de concorrência), que tem como objetivo a delegação da execução de um serviço do poder público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento e dos ganhos normais do negócio, com uma tarifa cobrada aos usuários; **permissão de serviço público** é ato simples, discricionário e precário, de delegação unilateral do poder público, que poderá a qualquer tempo cassar ou impor novas condições ao permissionário, como aponta Tess Filho (1997).

Nesse tocante, devemos lembrar da nossa Constituição Federal de 1988 que diz:



**Art. 175.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, **diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.** Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado. (BRASIL, 1988, [s. p.], grifo nosso)

Todavia, o foco do nosso estudo é a concessão de serviço público e sobre ela temos que tratar alguns pontos importantes. Vamos lá?!

Bom, de logo vamos saber que quem rege a concessão do serviço público é a Lei 8.987/95, e seu art. 2º, II nos diz que se considera



concessão de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (BRASIL, 1995, [s. p.]

Assim, temos como aspectos importantes na concessão de serviço públicos: delegação + licitação por concorrência + PJ ou consórcio de empresas + capacidade para desempenho por parte do concessionário + conta e risco do concessionário com responsabilidade objetiva + prazo determinado (não tem máximo e nem mínimo na lei).

**Atenção!** É importante deixarmos um lembrete aqui: também existe uma modalidade de concessão especial, chamada de concessão patrocinada, em que as regras de concessão ficam um pouco alteradas da regra geral aqui a ser estudada – existindo pagamento (contraprestação) do poder concedente ao concessionário, por exemplo, bem como havendo outras regras sobre o prazo desse tipo de concessão. Ela é regulada pela Lei 11.097/2004, que cria as chamadas parcerias público privadas (PPPs), mas que não são foco do nosso estudo, que trata das concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/95, certo?!



São duas as formas de remuneração do concessionário (na modalidade de concessão comum), a depender do tipo de serviço que ele presta. No caso do serviço se dar de forma **contratual**, como o serviço de telefonia, que é opcional para o cidadão (se ele não quiser ter o telefone, ele não assina o contrato, e se já tiver, ele pode rescindir), o serviço é prestado via **TARIFA**, que é um preço público em que o Estado determina qual o valor máximo pode ser cobrado, mas que o usuário paga diretamente ao prestador do serviço, o concessionário (ou ao próprio Estado se ele não delegar a execução do serviço). O valor da tarifa de ônibus é outro exemplo, você só paga se andar de ônibus! Na tarifa você só paga se utilizar o serviço e só usa se quiser – tarifa de água, telefone, transporte. Já nos serviços públicos tidos como **obrigatórios**, a remuneração se dá via cobrança de **TAXA**; e aqui o Estado pode cobrar mesmo que o usuário não utilize, basta estar à sua disposição, por exemplo, recolhimento de lixo domiciliar, serviço de esgoto. A taxa é compulsória e até uma casa desabitada paga o serviço de recolhimento de lixo, por exemplo. É uma espécie de tributo, e o mero direito subjetivo de utilização do serviço gera a obrigação. Não se paga taxa ao particular, apenas ao poder público! Podem instituir taxas: União, Estados, DF e municípios.

Do que vimos acima, podemos concluir que a natureza jurídica da concessão de serviço público é a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado *intuitu personae*. Vamos destrinchar essas características? É **público** porque será concedida a realização da prestação de um serviço público; **oneroso** porque há prestação de serviços e pagamento das tarifas ou taxas, além da figura do equilíbrio econômico-financeiro; **sinalagmático** porque comporta obrigações recíprocas; **comutativo** porque oneroso e com recíprocas prestações equivalentes; e **personalíssimo** porque só a empresa que ganhou a licitação pode prestá-lo, não podendo transferir a concessão à outra.

Uma das consequências da prestação do serviço público via concessão é a chamada responsabilidade objetiva. O que seria ela? Bom, para entendermos a responsabilidade objetiva, temos de entender o que é a responsabilidade subjetiva! Então vamos assimilar assim: a **responsabilidade subjetiva** é aquela que **depende** da existência de dolo ou culpa por parte do agente causador do dano.

Aqui vale dizer que, de uma forma superficial (para que os penalistas não queiram brigar conosco), uma conduta dolosa é aquela praticada com intenção ou com severa assunção do risco, ou seja, o agente quer aquele resultado ou assume conscientemente o risco de ele acontecer. Um exemplo: atirar na cabeça de uma pessoa, dirigir um carro e jogá-lo sobre uma coletividade intencionalmente – em ambas as hipóteses a intenção é matar, certo? Já a conduta culposa se dá quando o dano é causado por negligência, imprudência ou imperícia, como a pessoa estar dirigindo e fazer uma curva mexendo no rádio, atropelando e matando alguém – ela agiu de forma imprudente e negligente, mas nem de perto ela tinha a intenção de matar um pedestre, certo? Quando vamos para a parte cível, na responsabilidade subjetiva, a obrigação de indenizar e o direito de ser indenizado surgem apenas se ficarem comprovados o dolo ou a culpa do agente causador do dano, caso contrário, não receberá nenhum tipo de indenização.

Já a **responsabilidade objetiva não depende** da comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, apenas do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado à vítima, ou seja, mesmo que o agente causador não tenha agido com dolo ou culpa, deverá indenizar a vítima. Um exemplo disso é um presidiário assassinado dentro do complexo prisional, em que o Estado tem a obrigação de preservar sua vida e integridade. Nesse caso, a família poderá requerer indenização; independentemente de o Estado e seus agentes terem atuado no cuidado com o preso com dolo ou culpa, o Estado é objetivamente responsável por aquele custodiado (ou seja, se quer deixar preso, tem que cuidar, não importa como vai fazer isso e de quem é a culpa pelos danos causados ao preso – e aqui estamos nos filiando à doutrina e jurisprudência majoritária, certo, aluno querido?). Conforme bem ensina Leonardo Kuroki em seu artigo denominado Fundamentos da Responsabilidade Civil no Brasil:



#### Assimile

[...] Essa teoria da responsabilidade objetiva faz com que o Estado indenize o particular lesado por seus atos e transfere a questão da existência de dolo ou culpa para ser discutida em uma posterior ação regressiva, ou seja, o Estado indeniza e depois se quiser provar a

existência de dolo ou culpa deve ingressar com a ação regressiva contra o causador do dano, o agente que agiu sob sua responsabilidade. Cabe dizer que a responsabilidade objetiva basicamente se refere à obrigação de indenizar atribuída a alguém por conta de procedimento lícito ou ilícito, produtor de lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Pela teoria do risco administrativo o Estado tem a obrigação de indenizar o particular lesado independentemente da existência de culpa do agente ou da falta de serviço. Basta que exista o dano decorrente da ação do agente público que, nessa qualidade, agiu de forma lícita ou irregular. (...) Entretanto, há a possibilidade do Estado se eximir da responsabilidade de indenizar, devendo provar alguma das excludentes: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior. (KUROKI, 2016, [s.p.]).

## FORMA E CONDIÇÕES DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A forma que a concessão se dá é sempre por meio da formalização de um contrato administrativo, em que o poder público autoriza que o particular preste o serviço que o Estado deveria prestar diretamente, mas temos de dizer que a transferência da execução do serviço público pode ser feita por OUTORGA ou por DELEGAÇÃO e já vimos essa distinção quando falamos da centralização e descentralização do Estado, lembra? Assim, importante entendermos as diferenças relevantes entre os institutos, sendo que a outorga só pode ser realizada por lei, enquanto a delegação pode ser por lei, por contrato ou por ato administrativo. Outorga significa, portanto, a transferência da própria titularidade do serviço da pessoa política para a pessoa administrativa, que o desenvolve em seu próprio nome, e não no de quem transferiu. É sempre feita por lei e somente por outra lei pode ser mudada ou retirada (aqui estamos falando da outorga de cuidar da previdência, feita pela União ao INSS, por exemplo).

Já na delegação, o Estado transfere unicamente a execução do serviço para que o ente delegado o preste ao público em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado, contudo – nesse aspecto, estamos falando da concessão do serviço público como nos importa nesse tópico, sendo o transporte público, por exemplo, o melhor dos exemplos: é dever do Estado prestá-lo, mas ele o faz por meio de um contrato administrativo com uma empresa privada!

Temos de saber, também, que a delegação é normalmente efetivada por prazo determinado, podendo o poder público retomar sua execução quando entender necessário. Há delegação, por exemplo, nos contratos de concessão ou nos atos de permissão, em que o Estado transfere aos concessionários e aos permissionários apenas a execução temporária de determinado serviço.

Vejam que o Estado tem total direito de fiscalizar a prestação desse serviço, eis que ele continua o titular da obrigação, apenas concedendo a execução do mesmo a um terceiro, a um particular. Daí surge a importância da fiscalização por parte do poder concedente, ou seja, do poder público, a fim de garantir que o concessionário preste o serviço de forma segura, correta, adequada, tudo com fim de assegurar os direitos e a segurança dos cidadãos administrados que utilizam o serviço público. O particular concessionário deve, portanto, tomar todos os cuidados e cautelas que efetivamente protejam e resguardem o usuário, não deixando tão somente a cargo da administração fazê-lo. Ora, do conceito retira-se, acertadamente, que a concessão é prestação de serviço público, por isso não há como afirmar que esse instituto transforme a atividade que era pública em privada. Tendo em vista que há "delegação" temporária, tem-se que a titularidade do serviço é do Estado.

A própria Lei de Concessões trata das obrigações das partes, sendo obrigações do poder público concedente, por exemplo:



I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações,

diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço. (BRASIL, 1995, [s.p.]

Vale lembrar que no exercício da fiscalização o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária e deverá ser feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Já como encargos da concessionária, temos:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço. (BRASIL, 1995, [s.p.]

”

## LICITAÇÃO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Conforme vimos da dicção do artigo 175 da CF/88, a concessão de serviço público deve se dar por meio de licitação na modalidade de concorrência, mas, além da dicção de envergadura constitucional, também a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) determina isso em diversos arrazoados sobre a matéria. Vamos ver?

A partir do artigo 14 da referida legislação temos os principais pontos sobre a licitação para a concessão de serviço público (sendo importante, porém, que fique pontuado que apesar de a lei usar a expressão outorga, ela não o faz com perfeita técnica, pois sabemos que as concessões tal qual aqui estudadas são feitas via delegação; a expressão outorga é apenas no sentido de autorização). Vamos lá! São pontos principais da licitação em concessão de serviço público:

- Toda concessão de serviço público será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

- No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado ou a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão ou a combinação, dois a dois, dos critérios referidos e considerando ainda a melhor oferta de pagamento pela concessão após qualificação de propostas técnicas ou a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; ou melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, entre outras combinações com tais elementos (tarifa proposta técnica, preço pela concessão).

- O edital de licitação conterà parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

- O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

- Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

- A concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.

- O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente, o objeto, as metas e o prazo da concessão; a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; os critérios de reajuste e revisão da tarifa.

Tendo a licitação da concessão um vencedor, será então firmado um contrato de concessão que deve possuir como cláusulas essenciais aquelas relativas ao objeto, à área e ao prazo da concessão; ao modo, forma e condições de prestação do serviço; aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; aos casos de extinção da concessão; às condições para prorrogação do contrato, entre outros.



### Pesquise mais

Falamos tanto em licitação e editais, mas será que você, aluno querido, já viu algum edital em sua íntegra? Vamos então dar uma olhadinha em um edital (real) de licitação de concessão? A hipótese sugerida trata de concessão para prestação de uma atividade de saúde pública. Vamos lá então? Aprofunde seu conhecimento consultando o site abaixo.

PLATAFORMA Digital de Parcerias. **PPP-SP diagnóstico por imagem.** Disponível em: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/137>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

## Sem medo de errar

No exemplo prático proposto vimos que Rennata Motha é empresária no ramo de empresa de ônibus da cidade. Na situação vivenciada por ela, um dos seus empregados, motorista, atropelou um cidadão, e ela estava preocupada com a extensão de sua responsabilidade financeira no acidente.

Bom, vimos que empresas de ônibus são concessionárias de serviço público, eis que prestam atividade de interesse da coletividade, que é, originalmente, obrigação do Estado. Assim, essas empresas, por meio de licitação e contrato administrativo, recebem o ônus de executar o serviço de transporte da população, fazendo as vezes do Estado, mas fazendo-o em seu próprio nome e risco.

Vimos que nesses casos estamos diante da responsabilidade objetiva, eis que uma das consequências da prestação do serviço público via concessão é esse tipo de responsabilidade, que **não depende** da comprovação do dolo ou da culpa do agente causador do dano, apenas do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado à vítima, ou seja, mesmo que o agente causador não tenha agido com dolo ou culpa, deverá indenizar a vítima. Assim:



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. (BRASIL, 1988, [s. p.] )

Nesse caso, basta a vítima comprovar que não teve culpa exclusiva no acidente (que não se jogou na frente do ônibus, por exemplo), pois se ela comprova que se machucou por culpa do atropelamento (dano e nexo de causalidade), é obrigação da empresa arcar com os danos que ela tenha sofrido, físicos ou patrimoniais.

Aplicando a teoria ao caso concreto, temos que Rennata

provavelmente terá, sim, de arcar com eventuais indenizações, não tendo a questão nos dado nenhum indicativo de que o pedestre teve culpa exclusiva no acidente.

## Sem medo de errar

### De olhos abertos

#### Descrição da situação-problema

Walmir Lulurodri é um cidadão muito preocupado com o bom andamento da administração pública de seu Estado. Assim, está sempre acompanhando as publicações oficiais, os gastos públicos e o portal da transparência, que demonstra os salários dos servidores, tudo com o fim de fiscalizar, como bom cidadão que é, para onde vai o dinheiro dos seus pares contribuintes.

Assim, numa bela segunda-feira de manhã, viu a publicação de um edital de licitação de concessão de prestação de serviço de energia elétrica e ficou muito interessado em acompanhar o andamento do certame. Após o procedimento finalizado, porém, Walmir Lulurodri ficou bastante indignado quando percebeu que a empresa vencedora do certame ganhou a competição com um preço da tarifa por quilowatts/hora muito acima da média adotada em outros Estados brasileiros. Em alguns minutos pegou lápis, papel e calculadora e percebeu que caso aquele preço fosse mantido, a sua conta de luz quintuplicaria, sendo praticamente impossível para muitos cidadãos continuar com luz em suas casas... Mas será que Walmir tem algum elemento legal e/ou princípio lógico para mostrar que sua indignação é legítima e que o preço da tarifa de energia elétrica tem de ser revisto?

#### Resolução da situação-problema

Conforme analisamos, a concessão de serviço público ocorre porque temos alguns tipos de serviços públicos que são considerados delegáveis, ou seja, a lei confere titularidade a uma ou algumas das pessoas federativas, mas não exige sua prestação pelo próprio titular, de modo que cabe a este verificar o que é mais conveniente ao interesse público: se a prestação direta, pelo Estado, ou se a prestação de forma indireta, por concessionários ou permissionários privados, por sua conta e risco, porém, sob fiscalização do poder público ou, ainda, por outras entidades criadas pelo próprio Estado, por meio do mecanismo da descentralização, como aponta Santos (2012).

Todavia, também vimos que dentro da prestação do serviço público alguns princípios devem ser respeitados, sob pena de estar ferindo o próprio interesse da coletividade. Assim, vimos que o **princípio da modicidade** significa que os serviços públicos ofertados, quando não forem gratuitos, devem ser remunerados a preços módicos, preços razoáveis, devendo o poder público avaliar o poder aquisitivo do usuário a que o serviço se destina, para que, por dificuldades financeiras, ele não seja impossibilitado de ser beneficiário do serviço.

Sabemos que no mundo atual é imperiosa a utilização de energia elétrica como uma faceta de vida digna ao ser humano, sendo uma necessidade extremamente importante ao conforto de uma família. Assim, caso o poder público permita que uma concessão de fornecimento de energia elétrica quintuple o preço do serviço, estaremos diante da própria impossibilidade de utilização desse serviço por uma grande parte da população, o que sob nenhuma hipótese reflete o interesse público e fica evidente que se o preço não for módico, o serviço público não será efetivamente prestado, certo? Parece-nos acertado o pensamento segundo o qual esse princípio traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços, sendo certo que alguns deles, por seu turno, têm de ser, por fatores diversos, essencialmente deficitários ou, até mesmo, gratuitos – como nos ensina Sérgio de Andréa Ferreira (apud CARVALHO FILHO, 2017).

## Faça valer a pena

**1.** Sabemos que serviço público é a atividade estatal que deve ser prestada para o bem e interesse da coletividade, sendo a prestação dessa atividade, justamente, o fim a que se presta a existência do próprio Estado.

De acordo com nossos estudos sobre serviço público, podemos afirmar que:

- a) São serviços de utilidade pública aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, para satisfazer suas necessidades internas, como a imprensa oficial utilizada para a divulgação dos atos administrativos do Estado.
- b) Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores.

- c) Serviços singulares são aqueles prestados a grupamentos indeterminados de indivíduos, de acordo com as opções e prioridades da administração e em conformidade com os recursos de que disponha.
- d) Serviços sociais são aqueles que, embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial).
- e) Serviços administrativos destinam-se diretamente aos indivíduos, são prestados em benefício direto do cidadão, ou seja, são proporcionados para sua fruição direta. Aqui podemos citar transporte coletivo, energia domiciliar, fornecimento de gás, atendimento em postos médicos, ensino etc.

**2.** O serviço público também obedece a alguns princípios administrativos de forma ainda mais específica, sendo sua observância muito importante para a prestação correta e eficiente ao cidadão.

Conforme nossos estudos, escolha a alternativa que trata de um princípio específico do serviço público.

- a) Eficiência.
- b) Legalidade.
- c) Moralidade.
- d) Modicidade.
- e) Publicidade.

**3.** A natureza jurídica da concessão de serviço público é a de um contrato de direito público, oneroso, sinalagmático, comutativo e realizado *intuitu personae*. É público porque será concedida a realização da prestação de um serviço público; oneroso porque há prestação de serviços e pagamento das tarifas ou taxas, além da figura do equilíbrio econômico-financeiro; sinalagmático porque comporta obrigações recíprocas; comutativo porque oneroso e com recíprocas prestações equivalentes; e personalíssimo porque só a empresa que ganhou a licitação pode prestá-lo, não podendo transferir a concessão à outra.

Uma das consequências da prestação de serviço público ao particular é que a concessionária de serviço público ficará sujeita, frente ao administrado, à:

- a) Responsabilidade subjetiva.
- b) Irresponsabilidade subjetiva.
- c) Responsabilidade contratual mista.
- d) Irresponsabilidade objetiva.
- e) Responsabilidade objetiva.

## Seção 4.3

### Serviço público: prazo, tarifa, poderes e deveres das partes e formas de extinção da concessão

#### Diálogo aberto

Para vermos na prática as lições aqui aprendidas, vamos imaginar um novo cenário com nosso amigo e advogado, Igor Valporto? Bom, então vamos lá! Igor recebeu a agenda de sua secretária e imaginou que tinha uma reunião com um novo cliente, eis que o nome Luciana Benmaya não permeava sua memória. Assim, às 15h, a nova cliente chegou e seu ar abatido era logo perceptível. Perguntada sobre o que a levava ali, Luciana explicou que é bióloga e empresária e que possui uma empresa de recolhimento de lixo reciclável. Porém, com lágrimas nos olhos, ressaltou que não se trata apenas de uma empresa ou um trabalho para ganhar dinheiro, explicou ser o projeto de sua vida, no qual ela dedicou energia, esforço, todas as suas economias (incluindo empréstimos bancários) e muita expectativa. Continuou dizendo que a concessão do serviço público deveria ter vigência até 2020, todavia, ainda ontem ela recebeu uma notificação da administração pública informando sobre a encampação da concessão, o que Luciana não conseguia compreender. O que Igor precisa explicar a ela sobre o instituto da encampação e quais direitos Luciana possui frente à decisão da administração pública?

#### Não pode faltar

Nas lições anteriores você foi apresentado, aluno querido, aos primeiros conceitos sobre o serviço público, não foi?! Agora precisamos aprofundar um pouco mais nossos conhecimentos sobre esse importante tópico da administração pública!

#### **PRAZO NAS CONCESSÕES E HIPÓTESES DE PRORROGAÇÃO**

Vimos que, regras gerais, a concessão do serviço público é regida pela Lei 8.789/95, e é na referida norma que encontramos a possibilidade de prorrogação desse contrato público. Vale a leitura: Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XII - às condições para prorrogação do contrato (temos de lembrar, ainda, que também a Lei 11.097/04 traz regras para licitação e

contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública).

Nesse cenário, podemos afirmar que as concessões só podem ser pactuadas por prazo determinado. Com efeito, caracterizando-se como contrato administrativo e exigindo sempre o prévio procedimento de licitação (art. 175, CF), a concessão por prazo indeterminado burlaria, por linhas transversas, esse princípio constitucional, privilegiando por todo o tempo um determinado particular em detrimento de outros que também pretendessem colaborar com o poder público, fato que muitas vezes ocorria na administração pública, como aponta Carvalho Filho (2017).

Assim, resta evidente que como determina todo o direito administrativo até aqui estudado, a concessão deve ser outorgada em prazo compatível com o princípio da igualdade de oportunidades a ser proporcionada a todos interessados em executar atividades de interesse coletivo, devendo ser sempre possível a reanálise quanto ao serviço prestado, quanto ao prestador e o preço do serviço oferecido – o que deverá ser feito, como regra legal e até de envergadura constitucional, em novo procedimento licitatório.

Todavia, conforme lemos da dicção legal, não há norma expressa que indique o limite desse prazo, o que significa que a fixação dele ficará a critério da pessoa federativa concedente do serviço – obviamente, porém, o prazo deverá ser razoável, justo e considerar o serviço concedido e os investimentos para sua prestação. Mais uma vez nos ensina Carvalho Filho que

em se tratando de serviços para cuja prestação se exija o dispêndio de recursos vultosos, deve o contrato ser firmado em prazo que assegure ao concessionário o ressarcimento do capital investido, porque, a não ser assim, não haveria interesse da iniciativa privada em colaborar com o Poder Público (CARVALHO FILHO, 2017, p. 422).



#### Assimile

Quanto à prorrogação do prazo de concessão, temos de entender que apesar de relativa lacuna legal sobre suas regras, é lícita a prorrogação do contrato, devendo as respectivas condições, todavia, figurar como

cláusula essencial do ajuste. O prazo de prorrogação deve iniciar-se no momento em que termina o prazo original, porém, pode ocorrer de, antes de o termo final chegar, as partes já tenham ajustado a prorrogação. Nessa hipótese, deve o concedente fundamentar, de forma detalhada, as razões técnicas e administrativas que o impeliram à antecipação, eis que a prorrogação deve ser analisada e até investigada pelos órgãos de fiscalização competentes, nela podendo recair fundada suspeita de improbidade administrativa.

## TARIFA E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONCESSÃO OU OBRA PÚBLICA

Conforme aprendemos em nossos estudos, a tarifa é a forma de remuneração do serviço público contratual e não obrigatório, ou seja, o preço que só é pago se o administrado utilizar o serviço posto à sua disposição. O mais clássico dos exemplos é a tarifa do transporte coletivo, ou seja, o preço da passagem de ônibus, que é um serviço público prestado por um delegatário do Estado. Todavia, sobre a tarifa, vimos que ela possui algumas particularidades: apesar de poder ser fonte de lucro para o particular concessionário, ela deve ser módica, ou seja, deve ser acessível à coletividade, aos consumidores para os quais o serviço público será prestado. Nesse cenário, imaginando uma concessão de transporte de serviço público cujo prazo seja bastante longo, por exemplo, 10 anos, parece razoável que durante esse lapso temporal existam alterações no valor da tarifa, certo? A resposta é sim, aluno querido, mas atenção: esses **reajustes** só podem ser feitos por meio de mera atualização monetária, hipótese em que o preço da tarifa substancialmente não muda, fica alterado, apenas, o preço que a exprime, mas não no valor dela em si, não no quanto ela realmente custa. Ou seja, aqui o preço correspondente à tarifa irá sofrer apenas e tão somente mera atualização, correção da inflação do período, uma vez que não houve mudança no equilíbrio econômico-financeiro que enseje mudança da tarifa.

Diferente desse reajuste ordinário e comum é a **revisão** do preço, a revisão da tarifa, aí sim com caráter de alteração substancial do quanto ela custa. Trata-se de espécie de reconsideração ou reavaliação do valor original entabulado entre o concedente e o concessionário e que irá refletir, obviamente, na vida do administrado. Temos de

lembrar que o contrato de concessão deve fazer frente aos encargos inerentes do negócio e resguardar o lucro do particular que investiu naquela prestação de serviço. Lembremos que o lucro é lícito ao concessionário e é o objetivo em si da iniciativa privada. Quando essa revisão poderá ser feita? Ela somente poderá se dar quando houver claro desequilíbrio nas condições inicialmente pactuadas, quando houver fatores supervenientes que não foram (e não poderiam ser) previstos e que influenciam de forma decisiva na formação do preço da tarifa a ser cobrada do usuário. Aqui estamos falando da restauração do equilíbrio econômico-financeiro. E o que ele é?

Bom, já vimos em outras lições sobre o que seria o equilíbrio econômico-financeiro num contrato, lembra? Assim, para compreendermos sua importância também no contrato de concessão, devemos nos recordar de que o princípio do equilíbrio econômico e financeiro visa garantir a manutenção da equação inicialmente contratada, ou seja, manter a proporção entre os encargos imprescindíveis à execução da avença e a contraprestação ou remuneração pactuada, de forma que uma parte não se locuplete mediante empobrecimento da outra, segundo Ferreira e Guérios ([s.d.]).

Assim, podemos dizer que o princípio do equilíbrio contratual se apresenta como uma espécie de “limitador” da cláusula *pacta sunt servanda* (que, em livre tradução, significa *acordos devem ser mantidos*), desde que sempre condicionado à ocorrência de um fato superveniente, um fato imprevisível causador de onerosidade excessiva a uma das partes, situação nova que seria capaz de destruir a relação e as intenções inicialmente pactuadas. Há que se lembrar de que numa celebração de um contrato, ao menos inicialmente, deve existir uma suposta equivalência entre as prestações, como na compra e venda de um produto em que aquele que quer vender entende razoável o preço de quem quer pagar, e aquele que quer comprar entende que o objeto vale o preço que está sendo pedido, mas atenção, aluno querido! O princípio em análise não será aplicado nos casos daqueles contratos em que se pactua um preço e um objeto sem os cuidados necessários e de repente se vê sem condições de arcar com o acordado.

Nesse cenário, quando corretamente aplicado nas situações possíveis, o princípio do equilíbrio contratual deve atuar como um

dever de renegociação dos contratantes (o que inclui o poder público), objetivando o restabelecimento da equação econômica do contrato, a justiça contratual nas referidas situações, balizado pelo princípio da boa-fé e pelos deveres de lealdade e cooperação – sempre para atingir o fim econômico e social do contrato.



### Pesquise mais

Conforme título do tópico ora estudado, devemos falar também da concessão “precedida” de obra pública, mas o que seria ela? Conforme vemos da Lei 8.789/95, considera-se **concessão de serviço público precedida da execução de obra pública** a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Assim, apesar de ficar citada à parte quando tratamos da concessão de serviço público, as figuras não diferem entre si quanto aos princípios e a forma que as regem, sendo apenas mais uma possibilidade de serviço público mediante concessão. Vamos ler mais sobre isso no site abaixo.

DUARTE, Moacyr Servilha. Mitos e verdades. Pedágio: fundamental para a infraestrutura rodoviária. **Viapar**. Disponível em: <[www.viapar.com.br/usuario/mitos-verdades](http://www.viapar.com.br/usuario/mitos-verdades)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

## PODERES DO CONCEDENTE E DIREITOS DO CONCESSIONÁRIO

Já vimos na nossa seção anterior que a própria Lei de Concessões trata das obrigações das partes dentro do contrato de concessão. Vimos, por exemplo, que, conforme determina o art. 29 da citada lei, são obrigações do poder público concedente: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; cumprir e fazer cumprir

as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários; declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis entre outros. Vimos, ainda, que segundo o art. 30 do mesmo diploma legal, no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária e que a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Devemos ressaltar, ainda, que o concessionário também possui direitos estampados na legislação em análise, assim, além do direito de executar e explorar os serviços objeto da concessão de serviço público, a Lei Federal nº 8.987/95 investe o concessionário em outros direitos, mesmo que alguns não estejam referidos no correspondente contrato, que, nos termos do art. 23-A, introduzido na Lei de Concessão de Serviços Públicos, prevê o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei Federal n. 9.307/96. À administração pública é atribuído o dever-poder de, ao longo da dilação temporal da concessão de serviço público, alterar, unilateralmente, as cláusulas ou condições segundo as quais o serviço deve ser prestado. Apesar disso, não pode a administração pública concedente exigir o desempenho de atividades incompatíveis com o objeto do contrato de concessão de serviço público, de acordo com Gasparini (2012).



### Exemplificando

A pretexto de modificar as cláusulas de serviço, não pode o poder público concedente exigir, por exemplo, que o serviço de transporte coletivo executado pelo concessionário por meio de ônibus seja prestado por bondes, em atenção a um programa estatal de economia de petróleo. Nem mesmo com a concordância do concessionário essa mudança

seria legítima, já que, na verdade, estar-se-ia celebrando uma nova concessão, sem se proceder a prévia licitação.

Vimos, também, que é direito do concessionário o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme já estudado, o que inclui o reajuste e a revisão de tarifa, se for o caso.

## FORMAS DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO E SEUS EFEITOS

Conforme muito bem nos explica o professor Diógenes Gasparini, a concessão de serviço público é sempre ajustada por prazo certo ou, quando não, celebrada para vigorar até que atenda aos interesses públicos. Entre nós, no entanto, somente pode ser celebrada por prazo determinado, conforme expressa imposição dos incisos II e III do art. 1o, do inciso I do art. 18 e do inciso I do art. 23, todos da Lei Federal nº 8.987/95. É, pois, evidente que durante a vigência da concessão de serviço público podem ocorrer certos fatos ou atos jurídicos que levam à extinção da concessão de serviço público. Alguns desses acontecimentos extinguem-na automaticamente, enquanto outros não, mas estes servem de motivo para sua extinção. Esses fatos e atos jurídicos são comumente chamados de causas extintivas da concessão, de acordo com Gasparini (2012). Mas atenção, aluno querido! Embora o professor Diógenes Gasparini afirme que a concessão de serviço público poderá ser celebrada para vigorar *até que atenda aos interesses públicos*, a doutrina majoritária entende que somente poderá haver concessão por prazo certo e determinado. Isso porque os incisos II e III do art. 1º, do inciso I do art. 18 e do inciso I do art. 23, todos da Lei Federal nº 8.987/95 determinam um prazo certo e determinado! E a própria Lei 8.789/95 prevê as razões para a extinção da concessão, assim arrazoando:



**Art. 35.** Extingue-se a concessão por: I - advento do termo contratual; II - encampação; III - caducidade; IV - rescisão; V - anulação; e VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (BRASIL, 1995, [s. p.]).

Então vamos estudar cada um desses institutos?

- **Advento do termo contratual ou reversão:** nada mais é do que a chegada do prazo, chegada da data estipulada para o fim do contrato de concessão, ou seja, quando um contrato prevê a concessão por dez anos, ao fim desses dez anos será necessário fazer nova licitação, ou o Estado tomar para si a obrigação de prestar o serviço diretamente. Também chamada de reversão, trata da extinção natural da concessão. O advento do termo estabelecido põe fim ao desfrute do privilégio. A extinção é automática. Não há, por conseguinte, necessidade de ato algum que declare extinta a concessão de serviço público, embora seja necessário um termo circunstanciado de recebimento do serviço e dos bens públicos e, quando for o caso, dos bens do concessionário, que passam para o domínio público do concedente, por ter-se operado a reversão, como aponta Gasparini (2012). No entanto, vale uma observação aqui, aluno querido: precisamos entender que a expressão reversão também é usada para denominar a incorporação, ao poder concedente, dos bens do concessionário necessários aos serviços públicos, mediante indenização. Quando o contrato acaba naturalmente, de fato, os bens são incorporados pelo poder público, mas a reversão também poderá ocorrer nas demais hipóteses de extinção da concessão. Por exemplo, na encampação, quando a administração retoma a execução do serviço público, os bens também são revertidos (instituto da reversão). Se a administração extinguir o contrato por inadimplemento contratual (caducidade), também poderá ocorrer a reversão dos bens, ok?

- **Encampação:** trata-se de instituto utilizado com base no interesse público, sendo que aqui a administração pública concedente pode extinguir o contrato de concessão de serviço público antes do prazo estipulado. Vamos dar uma lida, agorinha, no art. 37 da lei?! Bom, já vimos em outros momentos que o mérito administrativo diz respeito à oportunidade ou conveniência da administração pública, e, quanto à concessão, o mérito vai analisar a necessidade de extinção dessa espécie de contrato administrativo e decidir pela retomada da execução e/ou exploração do serviço que anteriormente foi delegada ao particular, agora a ser feita pelo próprio Estado – essa modalidade de extinção também é chamada por alguns juristas de resgate. É bem evidente que com a extinção prematura e antecipada da concessão de serviço público, os investimentos vinculados pelo particular ainda não foram totalmente amortizados, não podendo ele, o administrado, suportar sozinho a decisão administrativa inopinada, devendo a administração pública concedente proceder à correspondente

indenização, que há de ser prévia, isto é, antes da retomada do serviço público (art. 37 da Lei 8.789/95). Há que se dizer, ainda, que para a legitimidade da extinção da concessão de serviço público, a Lei 8.987/95 exige autorização legislativa específica, ou seja, lei que só prescreva a autorização extintiva e as suas regras, não podendo a citada legislação tratar de outros assuntos. Caberá, também, à administração concedente responder pelo lucro cessante e por outros prejuízos que a extinção prematura causar ao particular. Tais direitos, de recebimento de indenização pelo prejuízo sofrido, são os únicos direitos que cabem ao concessionário, não sendo possível que o particular se oponha à extinção, salvo se tratar-se de encampação ilegal, ou seja, com desvio de finalidade, por exemplo. Temos de ressaltar que a encampação é ato administrativo discricionário da administração pública concedente.

- **Caducidade:** quanto à caducidade, a própria Lei 8.789/95 a define: “Art. 38: A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais [...]” (BRASIL, 1995, [s. p.]). O artigo define, ainda, quando a caducidade poderá ser declarada, sendo os principais motivos: 1) quando o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; 2) quando a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; 3) quando a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; 4) quando a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; 5) quando a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; 6) quando a concessionária não atender a intimação do poder concedente a fim de regularizar a prestação do serviço; e 7) quando a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 dias, apresentar a documentação relativa à regularidade fiscal, no curso da concessão.

- **Rescisão:** aqui tratamos do inadimplemento por parte do poder público, diferente da caducidade, que é o inadimplemento por parte do concessionário. A hipótese versa, assim, de quando o poder público se compromete com alguma parcela do contrato e não a cumpre, situação em que o concessionário vai pedir a rescisão do contrato, mas por via judicial, devendo, até a rescisão, manter o serviço público em funcionamento.

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim. Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado. (BRASIL, 1995, [s. p.]



- **Anulação:** trata da anulação da licitação, que automaticamente gerará a anulação do contrato. Ver que na Lei 8.666/93 (Lei das Licitações) temos no art. 49, § 2º: "A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato [...]" (BRASIL, 1993, [s. p.]).

- **Falência ou extinção da empresa concessionária:** com a decretação da falência ocorre o desaparecimento do concessionário, isso impede lógica e juridicamente a continuidade da concessão de serviço público, pois não há como manter-se em vigor esse contrato sem uma das partes, o concessionário. A extinção é automática, não necessitando, para caracterizá-la, qualquer manifestação estatal, embora possa ser necessário algum comportamento da administração pública concedente visando à continuidade do serviço público e à defesa do seu interesse patrimonial, segundo Gasparini (2012).



Refleta

Após estudarmos a concessão de serviço público, você acha que o Estado executa melhor seus serviços quando o faz diretamente ou quando usa um particular para tanto? Comparando serviços públicos, como a saúde pública, educação pública, estradas pedagiadas e não pedagiadas, preço e acesso à telefonia e iluminação, você acha que é melhor o Estado executar diretamente seus serviços ou colocar um particular para fazê-lo?

## Sem medo de errar

Vimos na nossa situação fática, no nosso exemplo prático sobre o serviço público, que o dr. Igor acabou de ganhar uma nova cliente e que ela chegou ao seu escritório bastante triste e ansiosa. Assim, após as perguntas do advogado, Luciana Benmaya explicou que é bióloga e empresária e que possui uma empresa de recolhimento de lixo reciclável. Porém, com lágrimas nos olhos, ressaltou que não se trata apenas de uma empresa ou um trabalho para ganhar dinheiro, explicou ser o projeto de sua vida, no qual ela dedicou energia, esforço, todas as suas economias (incluindo empréstimos bancários) e muita expectativa. Continuou dizendo que a concessão do serviço público deveria ter vigência até 2020, todavia, ainda ontem ela recebeu uma notificação da administração pública informando sobre a encampação da concessão, o que Luciana não conseguia compreender. Nesse cenário, perguntamos a você, aluno querido: o que o dr. Igor precisa explicar para Luciana sobre o instituto da encampação e quais direitos Luciana possui frente à decisão da administração pública?

Após nossos estudos, já sabemos que a concessão do serviço público pode ser extinta por um instituto chamado ENCAMPAÇÃO e que tal instituto é idealizado e utilizado com base no interesse público, eis que a administração pública concedente pode extinguir o contrato de concessão de serviço público antes do prazo estipulado.

Vimos, assim, que sua ocorrência está prevista na própria Lei 8.789/95, em seu art. 37, que arrazoá: **“Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”** (BRASIL, 1995, [s. p.], grifo nosso).

Nesse cenário, temos de lembrar que o mérito administrativo diz respeito à oportunidade ou conveniência da administração pública e, quanto à concessão, o mérito vai analisar a necessidade de extinção dessa espécie de contrato administrativo e decidir pela retomada da execução e/ou exploração do serviço que anteriormente foi delegada ao particular, agora a ser feita pelo próprio Estado. Não é à toa que essa modalidade de extinção também é chamada por alguns juristas de resgate.

Também estudamos que é bem evidente que se a extinção do contrato der-se de forma prematura e antecipada, os investimentos vinculados pelo particular ainda não terão sido totalmente amortizados, ou seja, o cidadão investiu dinheiro em um negócio, com prazo estipulado (hipótese em que ele faz as contas de sua chance de lucro e de não prejuízo), não podendo ele, o concessionário, suportar sozinho a decisão administrativa inopinada de cancelar a execução do serviço público conforme anteriormente combinado.

Nesse cenário, deverá a administração pública concedente proceder à correspondente indenização, que há de ser prévia, isto é, antes da retomada do serviço público, como acabamos de ler no art. 37, certo?!

Há que se dizer, ainda, que para a legitimidade da extinção da concessão de serviço público, a Lei nº 8.987/95 exige autorização legislativa específica, ou seja, lei que só prescreva a autorização extintiva e as suas regras, não podendo a citada legislação tratar de outros assuntos. Caberá, também, à administração concedente responder pelo lucro cessante e por outros prejuízos que a extinção prematura causar ao particular.

A essa altura de sua explicação, o dr. Igor foi questionado por Luciana se ela poderia se opor à encampação, se ela poderia processar o poder público concedente, insistindo em manter o serviço. Nesse momento, e conforme já estudamos, o dr. Igor explicou que o direito de recebimento de indenização pelo prejuízo sofrido é o único direito que cabe ao concessionário, não sendo possível que o particular se oponha à extinção, salvo se se tratar de encampação ilegal, ou seja, com desvio de finalidade, por exemplo – o que Luciana disse desconhecer.

Nesse momento, Igor explicou a Luciana que a encampação é ato administrativo discricionário da administração pública concedente e que a Luciana caberia comprovar todo o prejuízo financeiro que estava tendo de suportar com a decisão repentina na administração pública, eis que a indenização deveria se dar previamente ao ato de encampação, finalmente. Apenas caso os valores não fossem corretos, no entender de Luciana, seria possível ingressar com medida judicial para recuperar a suposta diferença.

Ah! E a tristeza e frustração pessoal de Luciana não são passíveis de indenização, eis que apenas atos ilícitos podem gerar esse tipo de

dever de indenizar (dano moral) – o que não foi sugerido na questão, ok?

## Sem medo de errar

### Prorrogar pode?

#### Descrição da situação-problema

Olívia Helorina, engenheira civil recém-formada, acabou de assumir os negócios da empresa de seu pai, uma das maiores no ramo de construção de rodovias e exploração de pedágio do Estado. Porém, apesar de sempre muito atendida com os negócios da família, Olívia sentia-se temerosa por estar sentando na cadeira de presidente do grupo, eis que sabia o tamanho da responsabilidade que pesava sobre seus ombros.

Assim, nas primeiras semanas de trabalho, sentou com sua equipe de advogados e engenheiros para analisar alguns contratos de concessão que estavam em vigor, sendo que um deles lhe chamou bastante atenção: uma concessão precedida de obra pública e cujo prazo final estava se aproximando.

Conhecendo a relativa desorganização da administração pública estadual, sabendo também da importância daquela rodovia em análise para escoamento de grande parte da produção agrícola do país (o que significa manutenções constantes na pista, tratativas de acidentes automobilísticos etc.), Olívia questionou o seu corpo jurídico se era possível a prorrogação da concessão do serviço público e o que poderia ser feito para que a prorrogação se efetivasse, se legal fosse.

#### Resolução da situação-problema

Já aprendemos que as concessões de serviço público só podem ser pactuadas por prazo determinado. Vimos também que, caracterizando-se como contrato administrativo e exigindo sempre o prévio procedimento de licitação (art. 175, CF), a concessão por prazo indeterminado burlaria, por linhas transversas, esse princípio constitucional, privilegiando por todo o tempo um determinado particular em detrimento de outros que também pretendessem colaborar com o poder público, fato que muitas vezes ocorria na administração pública, de acordo com Carvalho Filho (2017).

Assim, resta evidente que justamente como determina todo o direito administrativo até aqui estudado, a concessão deve ser outorgada em prazo compatível com o princípio da igualdade de oportunidades a ser proporcionada a todos quantos se interessarem

em executar atividades de interesse coletivo, devendo ser sempre possível a reanálise quanto ao serviço prestado, quanto ao prestador e ao preço do serviço oferecido – o que deverá ser feito, como regra legal e até de envergadura constitucional, em novo procedimento licitatório.

Todavia, não existe norma expressa que indique o limite desse prazo, o que significa que a fixação dele ficará a critério da pessoa federativa concedente do serviço – obviamente, porém, o prazo deverá ser razoável, justo e considerar o serviço concedido e os investimentos para sua prestação. Mais uma vez nos ensina Carvalho Filho que

“em se tratando de serviços para cuja prestação se exija o dispêndio de recursos vultosos, deve o contrato ser firmado em prazo que assegure ao concessionário o ressarcimento do capital investido, porque, a não ser assim, não haveria interesse da iniciativa privada em colaborar com o Poder Público” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 422).



Quanto à prorrogação do prazo de concessão, temos de entender que apesar de relativa lacuna legal sobre suas regras, é lícita a prorrogação do contrato, devendo as respectivas condições, todavia, figurar como cláusula essencial do ajuste – ou seja, essa possibilidade tem de estar prevista no contrato de concessão, e o prazo de prorrogação deve iniciar-se no momento em que termina o prazo original, porém, pode ocorrer de antes de o termo final chegar, as partes já terem ajustado a prorrogação.

Nessa hipótese, deve o concedente fundamentar, de forma detalhada, as razões técnicas e administrativas que o impeliram à antecipação, eis que a prorrogação deve ser analisada e até investigada pelos órgãos de fiscalização competentes, nela podendo recair fundada suspeita de improbidade administrativa.

Assim, a equipe jurídica da empresa de Olívia tem de: 1) deixar a prorrogação se dar automaticamente, esperando que a administração a qualquer tempo realiza o resgate da concessão ou 2) provocar a administração pública, sugerindo uma prorrogação a ser perfeitamente motivada (sob pena de nulidade) para que a prorrogação se dê com novo prazo de vigência da concessão.

## Faça valer a pena

**1.** A concessão de serviço público é sempre ajustada por prazo certo e determinado, conforme expressa imposição dos incisos II e III do art. 1º, do inciso I do art. 18 e do inciso I do art. 23, todos da Lei 8.987/95.

De acordo com nossos estudos sobre direito administrativo, são modalidades de extinção da concessão de serviço público.

- a) Encampação e rejeição.
- b) Resgate e rescisão.
- c) Turbação e anulação.
- d) Rescisão e turbação.
- e) Rejeição e resgate.

**2.** Durante a vigência da concessão de serviço público, pode ocorrer certos fatos ou atos jurídicos que levam à extinção da concessão de serviço público. Alguns desses acontecimentos extinguem-na automaticamente, enquanto outros não, mas estes servem de motivo para sua extinção. Esses fatos e atos jurídicos são comumente chamados de causas extintivas da concessão, como aponta Gasparini (2012).

De acordo com nossos estudos sobre direito administrativo, quando falamos que ocorre o inadimplemento por parte do poder público no contrato de concessão, ou seja, quando o poder público se compromete com alguma parcela do contrato e não a cumpre, o instituto a ser utilizado pelo particular para a extinção da concessão é aquele denominado de:

- a) Resgate.
- b) Anulação.
- c) Encampação.
- d) Rescisão.
- e) Turbação.

**3.** O concessionário também possui direitos estampados na legislação, assim, além do direito de executar e explorar os serviços objeto da concessão de serviço público, a Lei Federal nº 8.987/95 investe o concessionário em outros direitos, como, por exemplo, o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Dentre os direitos do concessionário, temos:

- a) Reajuste da tarifa quando houver motivo superveniente que justifique o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
- b) Revisão da tarifa para atualização monetária do preço, o que não importa em aumento real do valor, mas tão somente adequação dele.

- c) Revisão da tarifa quando houver motivo superveniente que justifique o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
- d) Reajuste e revisão da tarifa sempre que a concessionária entender necessário, desde que dentro do prazo de um ano após início da prestação/execução do serviço.
- e) Reajuste da tarifa para atualização monetária do preço, o que não importa em aumento real do valor, mas tão somente adequação dele.

# Referências

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Institui Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666/1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.789/1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946**. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del9760compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9760compilado.htm)>. Acesso em: 23 out. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DUARTE, Moacyr Servilha. Mitos e verdades. Pedágio: fundamental para a infraestrutura rodoviária. **Viapar**. Disponível em: <[www.viapar.com.br/usuario/mitos-verdades](http://www.viapar.com.br/usuario/mitos-verdades)>. Acesso em: 29 ago. 2017.

FARIZEL, Davi. **O que é a função social?** De maneira simples e clara. 2016. Disponível em: <<https://davifm.jusbrasil.com.br/artigos/415030798/o-que-e-a-funcao-social>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

FERREIRA, Daniel; GUÉRIOS, Patricia Borges. "Função social" e equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, privados e administrativos. **Âmbito Jurídico.com.br**. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9548&revista\\_caderno=4](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9548&revista_caderno=4)>. Acesso em: 22 ago. 2017.

FLORENTINO, Guilherme Farias. Análise constitucional da desapropriação indireta. **Conteúdo Jurídico**. 22 jan. 2013. Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-constitucional-da-desapropriacao-indireta,41825.html#\\_ftn11](http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-constitucional-da-desapropriacao-indireta,41825.html#_ftn11)>. Acesso em: 2 ago. 2017.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. Atualizada por Fabrício Motta. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KUROKI, Leonardo. Fundamentos da responsabilidade civil no Brasil. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<http://leokazu.jusbrasil.com.br/artigos/378667790/fundamentos-da-responsabilidade-civil-no-brasil>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

PLATAFORMA Digital de Parcerias. **PPP-SP diagnóstico por imagem**. Disponível em: <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/137>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

PORTAL TERRA. Disponível em: <<https://goo.gl/T7SLc5>> Acesso em: 1 ago. 2017.

REFORMA agrária no Brasil. Disponível em: <<http://reforma-agraria-no-brasil.info/>>. Acesso em: 1º ago. 2017.

SANTIAGO, Emerson. Penhor, hipoteca e anticrese. **InfoEscola**: navegando e aprendendo. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/penhor-hipoteca-e-anticrese/>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TESS FILHO, Eduardo Carvalho. Licitações em concessões. **Consultor Jurídico**. 1997. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/1997-jul-29/nocoes\\_basicas\\_concessao\\_ou\\_permissoa](http://www.conjur.com.br/1997-jul-29/nocoes_basicas_concessao_ou_permissoa)>. Acesso em: 15 ago. 2017.









ISBN 978-85-522-0234-9



9 788552 202349 >