

Coordenador

José Roberto Neves Amorim

COLEÇÃO SUCESSO

P **C**ONCURSOS
ÚBlicos **E OAB**

Miriam V. Fiaux Horvath

Direito Administrativo



Manole

COLEÇÃO SUCESSO

P **C**ONCURSOS
ÚBLICOS **E OAB**

Direito Administrativo

Coordenador

José Roberto Neves Amorim

COLEÇÃO SUCESSO

**P. CONCURSOS
PÚBLICOS E OAB**

Miriam V. Fiaux Horvath

Direito Administrativo



Manole

Copyright © Editora Manole Ltda., 2011,
por meio de contrato com o coordenador e a autora.

Capa Hélio de Almeida
Projeto gráfico Departamento Editorial da Editora Manole

Este livro contempla as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, que entrou em vigor no Brasil.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Horvath, Miriam Vasconcelos Fiaux
Direito administrativo/Miriam Vasconcelos Fiaux
Horvath. – Barueri, SP: Manole, 2011.
[Coleção sucesso concursos públicos e OAB/José
Roberto Neves Amorim (coordenador)]

Bibliografia.
ISBN 978-85-204-2997-6

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo –
Brasil I. Amorim, José Roberto Neves. II. Título. III. Série.

09.11738

CDU 35

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito administrativo 35

Todos os direitos reservados.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida,
por qualquer processo, sem a permissão expressa
dos editores. É proibida a reprodução por xerox.

A Editora Manole é filiada à ABDR – Associação Brasileira
de Direitos Reprográficos.

Edição – 2011

Editora Manole Ltda.
Av. Ceci, 672 – Tamboré
06460-120 – Barueri – SP – Brasil
Tel.: (11) 4196-6000 – Fax: (11) 4196-6021
www.manole.com.br
juridico@manole.com.br

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Sobre o coordenador

José Roberto Neves Amorim

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre e doutorando pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Vice-diretor e Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado – Faap. Coordenador do curso de pós-graduação *lato sensu* em Processo Civil da Faap. Professor de pós-graduação *lato sensu* de Processo Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado de pós-graduação *lato sensu* da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Sobre a autora

Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Advogada previdenciarista. Professora de pós-graduação. Professora universitária.

Sumário

Apresentação do coordenador	XIV
1. Direito administrativo.	1
1. Divisão do Direito em público e privado	1
2. Conceito.	1
2.1 Conjunto de normas	2
2.2 Disciplinam a forma de atuação estatal	2
2.3 Finalidade	2
2.4 Funções administrativas	2
3. Fontes do direito administrativo	3
3.1 Lei	3
3.2 Costume	3
3.3 Princípios gerais de direito	4
3.4 Jurisprudência	4
4. Interpretação do direito administrativo	4
2. Administração Pública	6
1. A expressão <i>Administração Pública</i>	6
2. Atividades e funções da Administração Pública.	6
3. Poderes da Administração Pública	8
3.1 Poder vinculado	8
3.2 Poder discricionário	8
3.3 Poder regulamentar	8
3.4 Poder normativo.	8
3.5 Poder hierárquico.	9
3.6 Poder disciplinar	9

4. Princípios	9
4.1 Princípio da legalidade	9
4.2 Princípio da impessoalidade	10
4.3 Princípio da moralidade administrativa	10
4.4 Princípio da publicidade	10
4.5 Princípio da eficiência	10
4.6 Princípio da indisponibilidade do interesse público	11
4.7 Princípio da proporcionalidade	11
4.8 Princípio da continuidade	11
4.9 Princípio da veracidade	11
4.10 Princípio da autoexecutoriedade	11
4.11 Princípio da autotutela	11
5. Estrutura	12
6. Administração Pública Direta	12
6.1 Administração Direta Federal	12
6.2 Administração Direta Estadual	13
6.3 Administração Direta Municipal	13
6.4 Administração do Distrito Federal	13
7. Administração Pública Indireta	13
7.1 Autarquia	14
7.2 Fundação pública	15
7.3 Empresa pública	16
7.4 Sociedade de economia mista	16
7.5 Entidades com situação diferenciada	17
8. Centralização, descentralização e desconcentração	17
3. Serviços públicos	18
1. Conceito	18
2. Características	18
3. Princípios específicos dos serviços públicos	19
4. Competência	19
5. Destinatários	19
6. Classificação	19
7. Remuneração dos serviços públicos	20
8. Direitos dos usuários	20
9. Deveres dos usuários	20
4. Poder de polícia	21
1. Introdução	21
2. Conceito	21

3. Características	22
4. Controle	22
5. Sanções	22
6. Incidência	22
5. Agentes públicos	23
1. Conceito	23
2. Poderes do agente público	24
3. Uso e abuso de poder	25
4. Prerrogativas do agente público	25
5. Deveres do agente público	25
6. Investidura	26
7. Vacância	26
8. Acessibilidade	27
9. Regime previdenciário do servidor público	27
9.1 Benefícios em espécie	28
6. Bens públicos	37
1. Conceito	37
2. Classificações	37
2.1 Classificação quanto à destinação	37
2.2 Classificação quanto à titularidade	38
3. Regime jurídico	38
4. Afetação e desafetação	40
5. Bens públicos em espécie	40
6. Administração	41
7. Restrições do Estado sobre a propriedade privada	42
1. Noções introdutórias	42
2. Modalidades	42
3. Limitações administrativas	42
4. Ocupação temporária	43
5. Requisição administrativa	44
6. Tombamento	44
7. Servidão administrativa	45
8. Desapropriação	46
8.1 Desapropriação por utilidade pública	46
8.2 Desapropriação por interesse social	47
8.3 Indenização	48
8.4 Desapropriação indireta	48

8. Ato administrativo	50
1. Conceito	50
2. Características	50
3. Aspectos ou elementos	51
4. Atributos	51
5. Atos administrativos vinculados e discricionários	52
6. Formas de expressão dos atos administrativos	52
6.1 Atos normativos	52
6.2 Atos ordinatórios	52
6.3 Atos negociais	53
6.4 Atos enunciativos	53
6.5 Atos punitivos	54
7. Extinção	54
9. Contrato administrativo	56
1. Conceito	56
2. Competência legiferante	56
3. Características	56
4. Modalidades	57
4.1 Contrato de obra pública	57
4.2 Contrato de serviço	58
4.3 Contrato de fornecimento	58
4.4 Contrato de concessão de uso de bem público	58
4.5 Contrato de concessão de obra pública	58
4.6 Contrato de gerenciamento	59
4.7 Contrato de gestão	59
4.8 Convênio	59
4.9 Consórcio	59
5. Formalização	61
5.1 Conceito	61
5.2 Instrumento	61
6. Vigência e eficácia	62
7. Prazo do contrato	62
8. Garantias	62
9. Execução	63
10. Extinção do contrato	63
11. Cláusulas exorbitantes	64
12. Alteração	64
13. Aplicação de penalidades	65
14. Retomada do objeto	65

15. Teoria da imprevisão	66
15.1 Caso fortuito	66
15.2 Força maior	66
15.3 Fato do príncipe	66
15.4 Fato da Administração	66
15.5 Interferências imprevistas	66
10. Licitação	67
1. Conceito	67
2. Princípios	68
2.1 Princípio da igualdade	68
2.2 Princípio da legalidade	68
2.3 Princípio da impessoalidade	68
2.4 Princípio da moralidade	68
2.5 Princípio da publicidade	69
2.6 Princípio da probidade administrativa	69
2.7 Princípio da vinculação ao instrumento licitatório	69
2.8 Princípio do julgamento objetivo	69
3. Tipos de licitação	69
4. Modalidades de licitação	70
4.1 Concorrência	70
4.2 Tomada de preços	70
4.3 Convite	70
4.4 Concurso	71
4.5 Leilão	71
4.6 Pregão	71
5. Procedimento licitatório – Lei n. 8.666/93	72
5.1 Formação do procedimento administrativo	72
5.2 Audiência pública	72
5.3 Edital	73
5.4 Aviso	74
5.5 Documentos e propostas	74
5.6 Habilitação	75
5.7 Habilitação ou inabilitação	75
5.8 Julgamento das propostas	75
5.9 Homologação	75
5.10 Adjudicação	76
6. Dispensa de licitação	76
7. Inexigibilidade de licitação	79

11. Processo administrativo.	80
1. Definição	80
2. Princípios do processo administrativo.	80
2.1 Princípio do contraditório	80
2.2 Princípio da ampla defesa.	81
2.3 Princípio da oficialidade	81
2.4 Princípio da verdade material	81
2.5 Princípio do formalismo moderado	81
3. Lei n. 9.784/99, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal.	81
3.1 Aplicação.	81
3.2 Princípios expressos na lei	82
3.3 Critérios a serem observados no processo administrativo	82
3.4 Direitos dos administrados	83
3.5 Deveres dos administrados.	83
3.6 Início do processo	83
3.7 Impedimentos e suspeição	85
3.8 Forma, tempo e lugar dos atos do processo.	85
3.9 Comunicação dos atos	86
3.10 Instrução	86
3.11 Dever de decidir e motivação	87
3.12 Desistência e outros casos de extinção do processo.	87
3.13 Recurso administrativo e revisão	88
3.14 Prazos	89
3.15 Prioridade	89
12. Lei de Improbidade Administrativa.	90
1. Introdução	90
2. Condutas caracterizadoras da improbidade administrativa.	90
3. Atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito	91
4. Atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário	92
5. Atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública	93
6. Penas	94
7. Declaração de bens	94
8. Procedimento administrativo	95
9. Processo administrativo.	95
10. Prescrição	96
13. Meios de controle dos atos administrativos	97
1. Controle	97

2. Controle na esfera administrativa	97
2.1 Aspectos gerais	97
2.2 Direito de petição	97
2.3 Pedido de reconsideração	98
2.4 Reclamação administrativa	98
2.5 Recurso administrativo	98
3. Controle do legislativo	98
3.1 Características	98
3.2 Instrumentos em espécie	99
3.3 Comissão Parlamentar de Inquérito	99
3.4 Pedido de informação e convocação de autoridade	99
3.5 Sustação dos atos normativos	99
3.6 Fiscalização contábil, financeira e orçamentária	100
4. Controle jurisdicional	100
4.1 Instrumentos de controle	100
4.1.1 Mandado de segurança	100
4.1.2 Mandado de injunção	101
4.1.3 Ação popular	102
4.1.4 <i>Habeas corpus</i>	102
4.1.5 <i>Habeas data</i>	103
4.1.6 Ação civil pública	103
14. Responsabilidade civil	104
1. Conceito	104
2. Fundamento constitucional	105
3. Exclusão da responsabilidade	105
4. Responsabilidade subjetiva do Estado	105
5. Responsabilidade objetiva do Estado	106
6. Responsabilidade do Estado pela prática de atos judiciais	106
7. Responsabilidade do Estado pela prática de atos do Poder Legislativo	107
8. Reparação do dano	107
9. Ação regressiva	107
 Referências bibliográficas	 108
Índice alfabético-remissivo	109

Apresentação do coordenador

A produção da *Coleção Sucesso Concursos Públicos e OAB*, escrita por professores selecionados, experientes e dotados de especial didática, tem a finalidade de preparar o operador do Direito, de qualquer nível, para concursos públicos e também para o exame da OAB.

Numa linguagem objetiva, traduz todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, mostrando a relevância de cada tema abordado.

A sistemática adotada facilita o aprendizado, fazendo com que o leitor fique detido nas primordiais colocações.

A *Coleção Sucesso Concursos Públicos e OAB* não pode faltar na biblioteca do estudioso do Direito, quer pela sua completude, quer pela sua atualidade.

No site www.universidademanole.com.br/direito, o leitor poderá avaliar seus conhecimentos com questões dos principais concursos públicos e dos exames da Ordem.

José Roberto Neves Amorim

1

Direito administrativo

1. DIVISÃO DO DIREITO EM PÚBLICO E PRIVADO

A divisão do Direito em ramos surge por uma necessidade didática. A classificação tradicional é a divisão em direito público e privado. É tradicional porque acompanhou a evolução do Direito. No Direito romano, existia a divisão *jus publicum* e *jus privatum*, sendo que o primeiro ocupava-se do governo do Estado e das relações entre os particulares e o Estado; e o segundo das relações entre os particulares. Seria de direito público a regra que se referisse ao interesse do Estado; e de direito privado a regra que se orientasse no sentido do interesse dos indivíduos.

Direito administrativo é ramo do direito público, pois rege a organização do Estado e suas atividades voltadas para o interesse público.

2. CONCEITO

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, direito administrativo

é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública¹.

1 *Direito administrativo*, p.47.

O direito administrativo corresponde ao conjunto de normas jurídicas que organizam administrativamente o Estado, fixando modos, meios e formas de ação para a consecução de seus objetivos. Tais normas estruturam e disciplinam as atividades dos órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo as autarquias, as empresas públicas e as entidades paraestatais; regulamentam também o poder de polícia da administração, os serviços públicos e suas permissões e concessões, os critérios de oportunidade dos atos discricionários etc.

Desse conceito, extraí-se os seguintes elementos: conjunto de normas que organizam o Estado, disciplinam a forma da atividade estatal e têm finalidade própria.

2.1 Conjunto de normas

Normas jurídicas podem ser direcionadas ao comportamento dos indivíduos ou organizar a estrutura do Estado e suas atividades. Conjunto de normas se refere a um sistema que abarca princípios e regras aplicáveis à atividade administrativa.

2.2 Disciplinam a forma de atuação estatal

É a disciplina do atuar contínuo da atividade administrativa. Não existe paralisação de atividades. Pela própria natureza da Administração Pública, deve ser prevista a continuidade de suas atividades de forma a manter o padrão de atendimento, sempre em prol do interesse público ou coletivo.

2.3 Finalidade

Interesse público ou coletivo. A atuação estatal deve ter como escopo o atendimento ao interesse dos administrados e não a finalidade pessoal do administrador.

2.4 Funções administrativas

Embora a atividade administrativa seja função típica do Poder Executivo, os outros Poderes também realizam funções de natureza administrativa. Em todas as esferas de Poder há necessidade de contratação de pessoal, gestão de bens e serviços, licitações, entre outras atividades administrativas.

Portanto, o direito administrativo não está adstrito somente ao Poder Executivo.

3. FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Fonte é o mecanismo de criação do Direito. Por meio das fontes, há a revelação do Direito. As fontes podem ser escritas ou não escritas. As escritas emanam da estrutura do Estado e seguem as prescrições normativas para sua criação e veiculação. As não escritas (costumes) surgem da própria sociedade.

Fonte, na acepção comum do termo, significa nascedouro de um curso d'água. O Direito, ao emprestar o termo comum para a linguagem jurídica, busca resguardar o mesmo sentido, ou seja, fonte do Direito significa origem do Direito, onde ele nasce. Miguel Reale² designa fonte do Direito como os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa.

O valor dado às fontes do Direito varia de acordo com o ramo do Direito a ser tratado.

3.1 Lei

A lei é a principal fonte do direito administrativo e abrange desde a Constituição Federal até os atos normativos mais simples, como regulamentos e instruções. São fontes do direito administrativo todas as leis que regem órgãos, agentes e atividades públicas.

A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento. A cláusula de revogação, quando existente, deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas. A nova lei deverá respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Em relação ao direito administrativo não existe um código ou consolidação de leis administrativas. Há um complexo de leis esparsas que disciplinam as mais diversas matérias de interesse no âmbito administrativo como as licitações, o regime dos servidores públicos, o processo administrativo federal etc.

3.2 Costume

O costume é a reiteração uniforme de comportamento tido como obrigação pela consciência popular, que surge espontaneamente. Portanto, para a configuração de um costume jurídico se faz necessário um comportamento, com certo padrão, coletivo, e que com relação a ele haja a noção de obrigatoriedade por parte das pessoas. A rotina administrativa não se confunde com o costume. Os cos-

2 *Lições preliminares de direito*, p.140.

tumes são utilizados de forma subsidiária na omissão da lei. Não há unanimidade quanto a sua aplicação no direito administrativo tendo em vista o princípio da legalidade.

3.3 Princípios gerais de direito

Os princípios gerais de direito são proposições jurídicas teóricas fundamentais, que constituem a base de toda a legislação, e podem estar ou não contidos na lei. A observância dos princípios encontra fundamento no art. 37 da Constituição Federal, o qual preceitua que a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

3.4 Jurisprudência

A jurisprudência, conjunto de julgados no mesmo sentido, não encontra, na doutrina, consenso sobre ser ou não fonte do direito administrativo. Houve recente alteração da sistemática de súmulas com o acréscimo do art. 103-A da Constituição Federal – o qual prevê a súmula vinculante – e a edição da Lei n. 11.417/2006. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou seu cancelamento.

4. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Ao disciplinar a conduta humana, as normas jurídicas usam palavras, signos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser. O uso de um termo pode ser no sentido comum ou com uma significação normativa. Para interpretar, é preciso decodificar os símbolos em seu uso; e isso significa conhecer-lhes as regras de controle de denotação e conotação (regras de semântica), de controle das combinações possíveis (regras sintáticas) e de controle das funções (regras pragmáticas). Além disso, são utilizadas técnicas de interpretação sempre buscando a vontade da lei. Para orientar o trabalho do intérprete, há várias técnicas de interpretação: gramatical ou literal, lógica, sistemática, histórica e teleológica (finalística).

As leis são regras gerais e abstratas para que possam se estender a todos os casos da mesma espécie. A transposição do texto abstrato para o caso concreto é tarefa do aplicador do Direito. Neste momento, entra o trabalho de interpretação, ou seja, a atividade de fixar o verdadeiro sentido da norma jurídica e, em seguida, determinar seu alcance ou sua extensão. No caso específico do direito administrativo, o intérprete deve considerar que não há igualdade entre a Administração Pública e os administrados, em razão das prerrogativas que aquela possui e também pela presunção de que os atos por ela praticados são legítimos.

2

Administração Pública

1. A EXPRESSÃO *ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹, basicamente, são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão *Administração Pública*:

- sentido subjetivo, formal ou orgânico. Designa os entes que exercem a atividade administrativa, compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- sentido objetivo, material ou funcional. Designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes. Assim, administração pública é a própria função administrativa que se incumbe, predominantemente, o Poder Executivo.

Podem ser encontradas na doutrina outras distinções possíveis em relação a Administração Pública. No entanto, se ficará restrito nesta obra a esses dois sentidos.

2. ATIVIDADES E FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública se caracteriza por uma gama de atividades exercidas com a finalidade de satisfazer as necessidades da sociedade sob sua tutela. Apesar da grande complexidade dessas atividades administrativas, ressalta-se o fato de que elas são complementares entre si e estão sujeitas a constantes orientação e coordenação. As incessantes e dramáticas mudanças pelas quais sofre o convívio social requerem novas formas de atuação do Poder Público.

Os estudiosos, com frequência, referem-se à atividade-fim em oposição à atividade-meio. A primeira é oriunda de atos voltados mais diretamente aos adminis-

¹ *Direito administrativo*, p.49.

trados (ensino, coleta de lixo etc.); e a segunda aparece como atividade de apoio (serviços contábeis, de arquivo etc.).

As atividades administrativas podem ser classificadas, segundo Odete Medauar², em:

- atividade normativa. Disciplina setores da vida em sociedade com base na Constituição Federal e nas leis;
- atividade prestacional. Propicia serviços públicos, como água, luz, esgoto e assistência social;
- atividade limitadora de direitos. Restringe, limita ou retira direitos, por exemplo, a desapropriação e a proibição de atividades;
- atividade fiscalizadora. Verifica o cumprimento de normas que devem ser observadas pelos particulares, como a fiscalização de trânsito;
- atividade organizacional. Estrutura internamente seus órgãos e distribui competência;
- atividade contábil. Faz contabilidade em órgãos administrativos;
- atividade tributária. Lança e arrecada tributos;
- atividade punitiva. Impõe sanções a particulares e servidores por descumprimento de preceitos legais;
- atividade econômica. Atua de forma direta ou indireta na economia, por exemplo, no controle de preços e câmbio;
- atividade social. Proporciona melhoria nas condições de vida da população, em especial a carente, como a construção de moradias;
- atividade de pesquisa. Principalmente nas áreas científica, técnica etc.;
- atividade jurídica específica. Faz assessoria, consultoria jurídica e defesa em juízo.

Além dessas, há outras atividades, por exemplo, planejamento, documentação e arquivo; atividades cultural e educacional; de controle interno, fomento ou incentivo; e atividades materiais, como limpeza de córregos, poda de árvores, limpeza e pavimentação de ruas.

Para que o Poder Público possa realizar toda a gama de atividades que lhe compete, o ordenamento jurídico lhe atribui poder, sendo este a capacidade geral que tem a Administração para agir. *Poder* deve ser entendido como sinônimo de autoridade e ligado à ideia de função; ou indicativo da figura do agente público com titularidade legal para decidir. Nesse mesmo âmbito, costuma-se usar a locução *poder-dever* significando a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando o interesse público está envolvido. A função da Administração Pública pode ser entendida como o poder exercido no interesse de outrem.

2 *Direito administrativo moderno*, p.103.

3. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1 Poder vinculado

Pode-se dizer que existe o poder vinculado quando, para certa situação proposta, a autoridade tem somente uma determinada solução vinculada à existência de uma norma. O ordenamento confere ao administrador um poder de decisão, mas determina de antemão as situações e condições.

3.2 Poder discricionário

Confere à Administração a capacidade de escolha de uma entre várias soluções. Está estabelecido em normas legais e deve obedecer a parâmetros em seu exercício. É a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha. Essa liberdade de decisão não é ilimitada. É liberdade-vínculo tendo em vista que só será exercida com base na atribuição legal desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. A presença do poder discricionário se justifica pela complexidade de decisões, a serem tomadas pelo administrador, que exigem dele a flexibilidade que a rigidez legal não lhe oferece e, também, em casos nos quais surge a necessidade de se adequar a disciplina de certas matérias às situações concretas e imprevistas do dia a dia.

3.3 Poder regulamentar

É a capacidade dada ao Poder Executivo de complementar os dispositivos legais, explicitando e complementando-os quando for o caso; tornando-os acessíveis ao entendimento dos interessados; e facilitando e simplificando-os em sua aplicabilidade.

Esse poder encontra fundamento no fato de a lei não poder conter em seu bojo todas as minúcias da matéria que disciplina; só o Executivo conhece plenamente os mecanismos e meios administrativos necessários ao seu fiel cumprimento. Por outro lado, esse poder esbarra em duas ordens de limitação a seu pleno exercício: não pode exceder os limites da função executiva e não pode ultrapassar as barreiras da lei que o explicita.

3.4 Poder normativo

É a faculdade concedida à Administração de emitir normas sobre procedimentos que não sejam matérias privativas de lei. O chefe do Poder Executivo, os ministros e secretários podem expedir atos contendo normas gerais com a finalidade de reger matérias de sua competência; em órgãos colegiados da Administração Direta ou Indireta, no âmbito de sua competência, expedem-se resoluções de caráter geral.

3.5 Poder hierárquico

O funcionamento ordenado e harmônico da Administração Pública requer uma linha de autoridade vertical, partindo do superior para o subordinado, tornando-se o poder hierárquico o instrumento utilizado para que a eficiência seja uma característica do serviço público, observando-se a legalidade e o interesse público. Por ele, à autoridade é facultado dar ordens e instruções, controlar atividades de órgãos subordinados, decidir conflitos de competência entre subordinados e coordenar atos e funções.

3.6 Poder disciplinar

É o poder atribuído à autoridade administrativa de apurar e punir faltas de subordinados. Está ligado ao poder hierárquico, embora um não se reduza ao outro, sendo este mais amplo do que o disciplinar. É um dever da autoridade, previsto no art. 143 do estatuto dos servidores públicos civis da União – Lei n. 8.112/90, o qual preceitua que “a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”.

As condutas consideradas infrações devem estar contidas em preceito legal, bem como as penas correspondentes a cada tipo de infração, as quais devem ser aplicadas segundo o critério de proporcionalidade entre o tipo de conduta e a pena.

4. PRINCÍPIOS

Os princípios são as bases sobre as quais se assentam institutos e normas jurídicas que os compõem. São importantes para a solução de casos não especificados em lei e a melhor compreensão dos textos esparsos que regulam a matéria. Os princípios têm função positiva e função negativa. Positiva por atuarem na tarefa de criação, desenvolvimento e execução do Direito e de medidas que visem a justiça e a paz social; e negativa em sua opção de rejeitar valores e normas contrárias a eles.

4.1 Princípio da legalidade

A Administração Pública deve se sujeitar às normas legais. Tal princípio é esmiuçado de acordo com quatro significados desenvolvidos pelo francês Eisenmann e citados por Odete Medauar³. São os seguintes:

3 Ibidem, p.121.

- a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei;
- a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza;
- somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa;
- a Administração só pode realizar atos e medidas que a lei ordena fazer.

4.2 Princípio da impessoalidade

Confere igualdade de tratamento a todos na aplicação diária dos atos administrativos. Esses atos devem ter sempre o objetivo do interesse público, não podendo a Administração agir em interesse próprio ou de terceiro beneficiado.

4.3 Princípio da moralidade administrativa

Esse princípio repousa na obrigatoriedade de que todo ato administrativo se revista de lisura, não se justificando excesso, desvio e motivação estranhos ao interesse público.

4.4 Princípio da publicidade

Requer esse princípio ampla clareza e ausência de segredos no desenvolvimento da atividade pública. A Administração deve sempre atuar em conformidade com os preceitos de visibilidade e publicidade de seus atos em todos os seus âmbitos de atividade.

Um dos desdobramentos desse princípio é o direito de todos os cidadãos receberem dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo geral. Outro desdobramento é o direito de se obterem certidões em repartições públicas para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal.

4.5 Princípio da eficiência

A Administração deve agir de modo rápido e preciso no sentido de produzir resultados que satisfaçam as necessidades dos administrados. Liga-se, portanto, à ação administrativa e à prestação de serviços públicos. Eficiência se contrapõe a lentidão, desleixo, negligência e omissão.

4.6 Princípio da indisponibilidade do interesse público

De acordo com esse princípio, é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardá-las quando está em pauta o atendimento do interesse público.

4.7 Princípio da proporcionalidade

Não devem ser impostas aos administrados obrigações, restrições ou sanções em medida superior ao estritamente necessário ao atendimento do interesse público. É a aplicação da razoabilidade, ou seja, meios adequados para o alcance dos fins almejados pela Administração Pública.

4.8 Princípio da continuidade

Não devem ocorrer interrupções nas atividades realizadas pela Administração Pública, para que não haja prejuízos no interesse da coletividade. No caso de vacância de chefia de órgãos e entidades, existe o dever de substituição interina ou suplência.

4.9 Princípio da veracidade

Atos e decisões da Administração Pública são revestidos da presunção de veracidade, ou seja, presunção de que seu conteúdo é verdadeiro.

4.10 Princípio da autoexecutoriedade

Estabelece que atos e medidas da Administração sejam colocados em prática e aplicados pela própria Administração, sem que se faça necessária a autorização de qualquer outro poder.

4.11 Princípio da autotutela

Determina que a própria Administração zele pela legalidade de seus atos e condutas e por sua adequação aos interesses públicos, podendo anulá-los quando ilegais ou revogá-los por inoportunos.

5. ESTRUTURA

De forma esquemática, pode-se classificar a estrutura da Administração Pública em:

- divisão vertical. Divide a Administração em Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal;
- divisão horizontal. Divide a Administração em Direta e Indireta.

6. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

É constituída por serviços que integram a estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, e se caracteriza pela hierarquia. A par da hierarquia, outra característica da Administração Direta é a generalidade de tarefas e as atribuições que lhe competem. Para um melhor cumprimento dessas tarefas, costuma-se distribuí-las entre os diversos órgãos que a compõem, divisão essa denominada *desconcentração administrativa*, a qual parte do chefe do Executivo para seus auxiliares diretos e destes para seus subordinados.

6.1. Administração Direta Federal

a) Presidência da República

Direção política do Brasil e direção superior da Administração Federal. O presidente da República é detentor de mandato político, eleito por voto direto, cuja duração é de quatro anos. São atribuições do presidente, entre outras: nomear e exonerar ministros de Estado, expedir decretos e regulamentos, vetar projetos de lei e nomear o advogado-geral da União.

b) Ministérios

Hierarquicamente situados logo abaixo da Presidência da República, os Ministérios são órgãos pertencentes à estrutura básica da Administração Direta Federal, atuando em campos específicos. Seu número pode variar conforme necessário, mas sua criação e extinção estão vinculadas à existência de lei. Alguns são considerados essenciais à vida político-administrativa do país e não podem ser abolidos, embora possam sofrer alterações de denominação e estrutura. São eles: Ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, da Fazenda e da Defesa. Cada um dos Ministérios é composto de diversos órgãos específicos necessários ao desempenho de suas funções.

6.2 Administração Direta Estadual

Cabe a cada Estado, por força do que estabelece o art. 25 da Constituição Federal, organizar-se administrativamente, em sua condição de membro federativo, sendo dotado, para tanto, de autonomia. A estrutura básica segue os mesmos ditames da estrutura federal: o chefe do Executivo (governador) cuida da administração, auxiliado pelos secretários de Estado.

Cada Estado tem sua própria Constituição e por ela é regido. Nela está prevista a estrutura fundamental da administração. As leis estaduais regulamentam a estrutura e o funcionamento dos órgãos específicos. Os órgãos de assessoramento direto fazem parte do gabinete do governador; e os secretários de Estado são nomeados pelo governador, escolhidos entre brasileiros maiores de 21 anos e em pleno gozo de seus direitos políticos, que exercem sua função como cargo de confiança do chefe do Executivo estadual.

6.3 Administração Direta Municipal

O Município é ente dotado de autonomia política. O próprio Município estabelece sua estrutura administrativa, cujos contornos básicos são previstos em lei orgânica.

Cabe ao prefeito eleito por voto popular exercer o Poder Executivo do Município, bem como sua administração geral. São funções do prefeito, por exemplo, nomear e exonerar auxiliares diretos, expedir decretos e regulamentos, prover cargos e funções públicos, e praticar atos referentes a servidores municipais.

6.4 Administração do Distrito Federal

O Distrito Federal é sede da capital brasileira, Brasília. Equipara-se aos Estados e Municípios em suas atribuições legislativas, sendo vedada sua divisão em Municípios. É regido por lei orgânica, votada em sua Câmara Legislativa, e a chefia do Executivo é exercida pelo governador eleito por voto popular e auxiliado por secretários nomeados.

7. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA

Conforme determinado no art. 4º do Decreto-lei n. 200/67, a Administração Federal compreende:

- a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

- a Administração Indireta, que se constitui das seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

Algumas características desses órgãos da Administração Indireta:

- possuem personalidade jurídica própria;
- não existe vínculo de hierarquia entre eles e a Administração Direta, mas os poderes centrais exercem controle sobre eles;
- normalmente, cada órgão se vincula a uma entidade da Administração Direta de acordo com a finalidade para a qual foi criado;
- sempre se destinam a uma finalidade específica, ou seja, existe uma especialidade de atribuições para eles;
- possuem patrimônio pessoal e estrutura administrativa próprios;
- necessitam de lei específica para sua criação ou autorização para seu funcionamento;
- seus dirigentes, empregados e funcionários estão sujeitos ao disposto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, no que se refere aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e todos os preceitos incluídos nos incisos I a XXII do mesmo artigo;
- estão sujeitos ao controle parlamentar e à fiscalização de naturezas contábil, financeira, orçamentária e patrimonial pelos Tribunais de Contas.

7.1 Autarquia

Criada 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. No âmbito federal, são exemplos de autarquias: o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social, o Ibama – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, o Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Susep – Superintendência de Seguros Privados. Aplicam-se às autarquias as mesmas normas atribuídas aos órgãos da Administração Direta por serem elas pessoas de direito público.

Seus dirigentes são nomeados e exonerados de seus cargos livre e diretamente pelo chefe do Executivo ou por um de seus auxiliares diretos na esfera federal. O quadro funcional dessas entidades é suprido por meio de concurso público, com exceção ao suprimento de cargos de confiança e contratação por tempo determinado. A maioria de seus empregados está vinculada ao regime estatutário. Pode haver, no entanto, casos de empregados pela CLT.

O chefe do Executivo, os ministros e os secretários de Estado exercem sobre as autarquias um controle administrativo denominado *tutela*. A fiscalização finan-

ceira, contábil, orçamentária e patrimonial das autarquias é exercida pelo Tribunal de Contas.

Além das autarquias comuns, há autarquias de regimes especiais: as universidades e as agências reguladoras.

As universidades mantidas pelo Poder Público, de acordo com o art. 54 da lei de diretrizes e bases da educação nacional – Lei n. 9.394/96, são regidas por estatuto jurídico especial que determina, entre outros, os seguintes preceitos:

- nomeação do reitor pelo chefe do Executivo, entre nomes constantes da lista elaborada pela universidade;
- detenção do mandato pelo reitor insuscetível de cassação pelo chefe do Executivo;
- determinação das normas de funcionamento e organização por estatuto e regimento elaborados pela própria universidade;
- existência de órgãos colegiados na administração superior com participação dos corpos docente e discente e membros da comunidade;
- especificação de carreira para o corpo docente.

As agências reguladoras surgiram em decorrência do movimento de privatização e da quebra total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos. A execução de tais serviços foi transferida, em grande parte, ao setor privado, mediante autorização, permissão ou concessão. As funções das agências reguladoras são regular, fiscalizar, mediar e arbitrar os conflitos dentro de suas respectivas áreas de atuação.

São exemplos de agências reguladoras: a Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, a Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a ANA – Agência Nacional de Águas.

7.2 Fundação pública

A fundação se constitui de um patrimônio destinado a um fim específico. A atuação da Administração está vinculada à finalidade estabelecida para a fundação. Cabe ao Ministério Público a fiscalização das fundações para evitar desvio de finalidade.

É entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. São exemplos de fundações: a Funai – Fundação Nacional do Índio, o IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e a Universidade de Brasília.

A fundação pública é tutelada administrativamente pelo chefe do Executivo, pelos ministros ou pelos secretários de Estado e fiscalizada financeiramente pelos Tribunais de Contas.

7.3 Empresa pública

O que caracteriza esse tipo de entidade é a presença do Poder Público em atividade econômica própria do setor privado, embora algumas prestem serviços públicos.

Em princípio, o capital de tais empresas é formado com exclusividade pela entidade política a que se vinculam. Seu patrimônio não se confunde com o da Administração Direta a que estão vinculadas, embora os bens dessas empresas sejam oriundos daquela para formação do patrimônio e posterior aumento de capital. As empresas públicas podem assumir qualquer uma das formas admitidas em Direito, mas foi a forma societária a que mais se difundiu, principalmente a sociedade anônima.

O art. 5º do Decreto-lei n. 900/69 estabelece que, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como de entidades da Administração Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O regime jurídico das empresas públicas que exploram atividade econômica equipara-se ao das empresas privadas; as que prestam serviços públicos, embora assumam personalidade jurídica de direito privado, podem usufruir de prerrogativas estatais, bem como estarem sujeitas a alguns preceitos concernentes ao regime jurídico público. São exemplos: a ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e a Infraero – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária.

7.4 Sociedade de economia mista

As sociedades de economia mista são compostas com capital público e privado. São pessoas jurídicas de direito privado. Sua criação se dá por lei específica e tem como objetivo a exploração de atividade econômica. Sua forma é de sociedade anônima, sendo que a maioria das ações deve ficar em posse do ente público ao qual se vinculam. Seu regime jurídico está sujeito à lei das sociedades anônimas – Lei n. 6.404/76. O quadro funcional é suprido por concurso público. São exemplos: o Banco do Brasil (federal), a Sabesp – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (estadual) e a CDHU – Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo (estadual).

7.5 Entidades com situação diferenciada

São órgãos que têm algum tipo de vinculação com o Poder Público, mas cujos vínculos são de ordens diversas, sejam em suas funções, sua manutenção financeira ou suas atividades beneficiadoras da população. Alguns exemplos: as ordens e conselhos profissionais (CRM – Conselho Regional de Medicina, Crea – Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, e Ordem dos Músicos); as fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior (Fuvest – Fundação Universitária para o Vestibular); os serviços sociais autônomos, que são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos destinadas ao incremento de atividades de assistência social, médica ou ensino (Sesc – Serviço Social do Comércio, Senai – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, Sesi – Serviço Social da Indústria, Senac – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial e Senar – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural); e as entidades do terceiro setor ou organizações da sociedade civil de interesse público que se vinculam ao Poder Público por parcerias. O primeiro setor é o Governo, responsável pelas questões sociais; o segundo setor é o privado, responsável pelas questões individuais; e o terceiro setor é constituído por organizações sem fins lucrativos e não governamentais que têm como objetivo gerar serviços de caráter público.

8. CENTRALIZAÇÃO, DESCENTRALIZAÇÃO E DESCONCENTRAÇÃO

São formas que o Estado têm para executar suas funções.

A centralização administrativa existirá sempre que o Estado executar suas tarefas diretamente, por meio de seus órgãos e agentes que fazem parte da Administração Direta.

Quando o Estado desempenha suas funções por meio de outras pessoas jurídicas, está-se diante da descentralização, que pode ocorrer por delegação ou por outorga. Por delegação, o Estado transfere mediante contrato ou ato unilateral a execução do serviço público; e por outorga, há a criação de uma entidade que será responsável pela execução do serviço público.

A desconcentração pode ocorrer na Administração Pública Direta e Indireta e se caracteriza pela distribuição interna de competências com o objetivo de tornar mais eficiente o serviço público.

3

Serviços públicos

1. CONCEITO

Serviço público é a atividade do Estado ou de quem atue em seu lugar, submetido a regime de direito público, com finalidade de oferecer utilidades ou satisfazer necessidades dos administrados e da própria Administração Pública, conforme os valores albergados pela ordem jurídica. O art. 175 da Constituição Federal preceitua: “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.”

2. CARACTERÍSTICAS

A respeito do serviço público, observa-se que:

- pode ser prestado pela Administração Pública, Direta e Indireta, assim como por permissionárias e concessionárias;
- deve adotar regime de direito público, o que implica observar os princípios próprios da Administração Pública e respeitar princípios específicos;
- visa o atendimento das necessidades dos administrados e não, como ocorre na iniciativa privada, o lucro. Para a comodidade dos administrados, são oferecidos serviços como fornecimento de água, luz e coleta de lixo, entre outros;
- o Direito reconhece valores socialmente aceitos e os normatiza. Com isso, tais valores relevantes para a coletividade são transformados em serviços postos a sua disposição.

3. PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

São os seguintes princípios:

- princípio da inafastabilidade da prestação. O Estado deve prestar o serviço que lhe incumbe por disposição legal, podendo ser responsabilizado caso se omita;
- princípio da universalidade. Deve atender todos os membros da coletividade;
- princípio da continuidade. O serviço público não pode parar.

4. COMPETÊNCIA

A competência é repartida entre os entes da Federação conforme disposição constitucional. Se envolver competências comuns das regiões metropolitanas, o serviço será serviço público metropolitano. Além dos serviços exclusivos, há os concorrentes e os que podem ser delegados.

5. DESTINATÁRIOS

Os serviços podem não ter destinatários determinados – coleta de lixo, limpeza de ruas, iluminação pública – ou serem serviços individuais prestados a usuários determinados – fornecimento de água, gás canalizado e telefone. O pagamento é feito por tarifas ou taxas.

6. CLASSIFICAÇÃO

Utilizando a classificação de Diógenes Gasparini¹, os serviços públicos podem ser divididos tendo em vista os seguintes elementos:

- quanto à entidade à qual foram atribuídos, podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais;
- quanto à essencialidade, podem ser essenciais ou não essenciais. Os essenciais são assim considerados por lei ou natureza de necessidade pública, devendo, em princípio, ser de execução da própria Administração Pública; os não essenciais são os que, por lei ou sua própria natureza, são de utilidade pública, sendo facultada a participação do particular;
- quanto aos usuários, os serviços públicos são gerais ou específicos. Os gerais visam atender toda a população indistintamente e são chamados, também, indivisíveis; os específicos visam a satisfação de usuários certos e são também chamados divisíveis;

¹ *Direito administrativo*, p.293.

- quanto à obrigatoriedade de utilização, são compulsórios ou facultativos. Os compulsórios acarretam a obrigatoriedade de uso pela população, de acordo com o preceituado em lei; os facultativos são colocados à disposição dos administrados que os utilizarão conforme seus interesses;

- quanto à forma de execução, esta pode ser direta ou indireta. De execução direta, são os serviços prestados pela Administração Pública, seus órgãos e agentes; os oferecidos por permissionários ou concessionários são serviços de execução indireta.

7. REMUNERAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A contraprestação dos serviços públicos se dá mediante taxa ou tarifa. A taxa é utilizada em relação aos serviços públicos compulsórios, por exemplo, coleta de esgoto e distribuição de água. A tarifa (preço público) está direcionada aos serviços públicos facultativos. São exemplos os serviços de telefonia e energia elétrica.

O art. 145, II, da Constituição Federal autoriza os entes da Federação a efetuarem a cobrança da taxa em razão de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Tarifa ou preço público é o valor cobrado pela prestação de serviços públicos por empresas públicas, sociedades de economia mista, empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

8. DIREITOS DOS USUÁRIOS

É direito público subjetivo. Cabem medidas judiciais para garantir a efetividade da prestação dos serviços públicos. O usuário pode exigir o cumprimento do serviço da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes. Caso o serviço seja de fruição geral, o Ministério Público está legitimado a defender os destinatários indeterminados. O art. 3º do Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/90 inclui no conceito de fornecedor os prestadores de serviços públicos que devem, conforme preceitua a lei consumerista, fornecer um serviço adequado, eficiente, seguro e, quanto aos essenciais, contínuo.

9. DEVERES DOS USUÁRIOS

Alguns serviços públicos exigem do usuário medidas para que sejam implantados eficientemente e tenham a continuidade do atendimento. As obrigações começam com o pedido do serviço, passam por eventual adequação para recebimento do serviço e terminam com a obrigação de pagar a contraprestação do serviço.

4

Poder de polícia

1. INTRODUÇÃO

O cidadão quer exercer plenamente seus direitos. No entanto, cabe à Administração Pública a incumbência de adequar o exercício desses direitos ao bem-estar da coletividade. O poder de polícia permite ao Estado essa interferência respaldada no interesse social. O fundamento do poder de polícia é a predominância do interesse público sobre o particular.

2. CONCEITO

Poder de polícia é a atividade do Estado que condiciona o exercício dos direitos individuais ao interesse social. Essa atuação se dá tanto no Legislativo quanto no Executivo, tendo em vista que surge com a elaboração das normas que permitem tal intervenção e vai até a atuação concreta com permissões, autorizações, licenças etc.

O art. 78 do Código Tributário Nacional traz o conceito legal de poder de polícia, nos seguintes termos:

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.

O Código Tributário Nacional conceitua o poder de polícia porque dele decorre a cobrança de taxa.

3. CARACTERÍSTICAS

O poder de polícia tem como características a discricionariedade (em geral, embora também possa ser vinculado), a autoexecutoriedade e a coercibilidade.

- discricionariedade: permissão da lei para que a Administração, apreciando a situação concreta, decida se deve ou não conceder a autorização, tendo como norte o interesse público;

- autoexecutoriedade: utilização pela Administração de meios próprios para executar suas decisões sem necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário;

- coercibilidade: possibilidade que a Administração tem de impor coativamente as medidas adotadas por ela.

A Administração Pública deve observar alguns limites em sua atuação, tais como competência, forma e fins. A finalidade é sempre o atendimento do interesse social. O respeito à competência e à forma vem do cumprimento das normas vigentes.

4. CONTROLE

O poder de polícia é um ato administrativo e, como tal, sujeito a controle. O controle pode ser interno ou externo. Interno, na própria esfera da Administração Pública. Externo, realizado pelo Poder Judiciário. Contra atos praticados cabem recursos administrativos (direito de petição, pedido de reconsideração e reclamação administrativa) e utilização das garantias judiciais, como mandado de segurança e ação popular.

5. SANÇÕES

As sanções são previstas em lei: multa, inutilização de produto, apreensão de mercadoria, cassação do registro junto ao órgão competente, suspensão temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, interdição de estabelecimento ou de obra, entre outras.

6. INCIDÊNCIA

O poder de polícia se faz presente nas mais diversas áreas. Ele pode ser exercido no meio ambiente, nas relações de consumo, na disciplina do tráfego, no saneamento básico, na saúde pública, entre tantas outras que poderiam ser citadas. Onde atua, tem a Administração Pública o poder de polícia.

5

Agentes públicos

1. CONCEITO

São órgãos da Administração Pública: a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, e suas respectivas autarquias, fundações públicas e privadas, sociedades de economia mista e empresas públicas. Tais órgãos, para a consecução de seus objetivos, valem-se de recursos humanos e materiais necessários à realização da tarefa que esteja em sua competência realizar.

Os recursos humanos a serviço da Administração Pública, ou seja, a massa de pessoas que realiza tarefas que àquela compete, são chamados de agentes públicos. Podem ser listados como agentes públicos os ocupantes dos seguintes cargos ou funções:

- presidente da República, governadores, prefeitos, ministros de Estado, secretários de Estado e de Município;
- senadores, deputados e vereadores;
- servidores públicos civis da Administração Pública Direta, autárquica e fundacional pública;
- servidores governamentais das sociedades de economia mista, das empresas públicas e das fundações privadas;
- delegados de serviços públicos (concessionários e permissionários);
- pessoas requisitadas para a prestação de serviços de interesse público (mesários, jurados etc.);
- temporários admitidos conforme preceito do art. 37, IX, da Constituição Federal;
- delegados que trabalham em ofício público (tabeliães, por exemplo);
- militares.

Esses agentes têm em comum o exercício do poder estatal. Existem dois requisitos essenciais para a caracterização do agente público: investidura em função pública e natureza pública da função.

Sinteticamente, é possível dizer que são quatro as principais categorias de agentes públicos: agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares colaboradores do Poder Público. Agentes políticos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do Estado”¹. A forma de investidura é a eleição. São os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo federal, estadual e municipal.

Servidores públicos, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração pelos cofres públicos”². Eles podem ser estatutários (regidos pelo regime estatutário, ocupam cargo público); empregados públicos (regidos pelo regime da legislação trabalhista, ocupam emprego público); ou temporários (contratados para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público).

Militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e, também, às Polícias Militares e ao Corpo de Bombeiros dos Estados e Distrito Federal, com vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio e cuja remuneração é feita pelos cofres públicos. Antes, eram considerados servidores públicos, mas a partir da Emenda Constitucional n. 18/98, foram inseridos em seção denominada *servidores públicos militares*, só lhes sendo aplicadas as normas referentes aos funcionários públicos quando houver expressa previsão nesse sentido.

Particulares em colaboração com o Poder Público é uma categoria de agente público composta por pessoas físicas que prestam serviço ao Estado sem vínculo empregatício, podendo ou não haver remuneração. São hipóteses dessa prestação de serviços:

- delegação do Poder Público;
- requisição, nomeação ou designação;
- como gestores de negócios que assumem determinada função pública em momento de emergência, como epidemia ou enchente.

2. PODERES DO AGENTE PÚBLICO

Além dos chamados poderes administrativos, ou seja, atribuições de ordem hierárquica, vinculada e discricionária, tais agentes têm, ainda, o que se convencionou chamar *poder de polícia* e *poder regulamentar*.

1 *Direito administrativo*, p.486.

2 *Ibidem*, p.487.

3. USO E ABUSO DE PODER

Nas palavras de Diógenes Gasparini, abuso de poder é “toda ação que torna irregular a execução do ato administrativo, legal ou ilegal, e que propicia, contra o seu autor, medidas disciplinares, civis e criminais”³. Tal figura decorre do fato de, no ordenamento jurídico de qualquer país, ser dado tratamento diferenciado aos interesses públicos e privados. É, em essência, advinda do fato de que a Administração Pública é contemplada com a faculdade de impor, unilateralmente, obrigações a seus subordinados ou de executar seus próprios atos. Esse poder não é de forma alguma absoluto, mas deve ser usado com finalidade de se resguardar interesses públicos. A Administração Pública deve empregar esse poder nos limites legais e da moralidade pública.

O uso anormal do poder é determinante para tornar ilegal, total ou parcialmente, o ato administrativo e, nesse caso, configura-se o desvio de finalidade ou o excesso de poder. A repressão ao abuso de poder pode ser feita contra o seu autor nas áreas administrativa, civil e criminal. Contra o ato de abuso de poder, cabe o mandado de segurança, podendo essa medida ser preventiva ou suspensiva: preventiva para evitar o abuso de poder; e suspensiva para obstar a continuidade do ato abusivo.

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

4. PRERROGATIVAS DO AGENTE PÚBLICO

Essas prerrogativas são direitos inerentes a função ou cargo público, cuja instituição e fruição estão reguladas em lei e servem apenas às necessidades do agente quando no exercício de suas funções, nunca devendo ser utilizadas como benesses particulares. São exemplos o uso de carro oficial e o auxílio-moradia, entre outros.

5. DEVERES DO AGENTE PÚBLICO

Os deveres a serem abordados são: dever de agir, dever de eficiência, dever de probidade e dever de prestar contas. Dever de agir se refere à obrigação do administrador público de se desincumbir no tempo próprio das atribuições inerentes a cargo, função ou emprego público de que é titular. Tais atribuições devem ser exer-

3 *Direito administrativo*, p.148.

cidas em sua plenitude e no momento legal. Sua omissão sujeita o agente público a punições de ordens administrativa e penal (concussão e prevaricação).

O dever de eficiência traz como mandamento ao agente público o rendimento em seu serviço, que deve ser demonstrado de maneira rápida e bem realizada. O serviço deve ser executado de forma que atenda ao interesse coletivo, em tempo hábil, e sem deixar de lado a qualidade.

O dever de probidade impõe ao agente público o desempenho de suas atribuições de forma que indique atitudes retas, leais, justas e honestas, características próprias da integridade de caráter do ser humano. O administrador deve buscar sempre o melhor para a Administração Pública. É elemento essencial para legitimar os atos do administrador público. O art. 37, § 4º, da Constituição Federal preceitua que os atos de improbidade administrativa importarão suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário na forma da lei.

O dever de prestar contas se refere à própria gestão de bens, direitos e serviços alheios. Portanto, não foge ao administrador público a responsabilidade de prestar contas de sua atuação na gestão do patrimônio público, não se restringindo apenas aos atos de natureza econômico-financeira, mas também aos planos de governo.

6. INVESTIDURA

Investidura é a forma de vinculação do agente à função ou ao cargo que ocupa. Pode ser:

- política. Decorre de eleição e depende do pleno gozo dos direitos políticos e preenchimento de requisitos específicos;
- originária ou derivada. Pressupõe a existência de concurso externo (originária) ou interno (derivada);
- vitalícia. Concede caráter de perpetuidade a seu titular, exigindo processo judicial para seu desligamento;
- efetiva. Estabilidade após estágio de três anos;
- em comissão. Não tem caráter efetivo ou vitalício, sendo exemplo a nomeação de cargos de confiança.

7. VACÂNCIA

Situação oposta à investidura, o desligamento do agente público ocorre quando de sua destituição do cargo, emprego ou função. Pode ser por exoneração, demissão, falecimento, aposentadoria ou readaptação. A demissão decorre de falta disciplinar. A aposentadoria pode ser voluntária, compulsória ou por invalidez. Na readaptação,

ocorre a investidura do agente em cargo compatível com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, sujeita à avaliação médica. A exoneração acontece quando o agente não completa satisfatoriamente o estágio probatório ou, a despeito de ter tomado posse, não entra em exercício.

8. ACESSIBILIDADE

Cargos, empregos e funções públicas são acessíveis, desde a reforma administrativa, a brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros que aqui residam. A exigência para esse acesso é a aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, salvo exceções constitucionais. Funções de confiança não exigem concurso (são acessíveis aos servidores de carreira).

O concurso tem a validade de dois anos, prorrogável uma única vez por igual período.

Existe, excepcionalmente, e em casos específicos, a possibilidade de contratação, por tempo determinado, de serviços de caráter temporário. O agente assim contratado não ocupará cargo ou emprego público; executará tão somente função pública.

As sociedades de economia mista e as empresas públicas que exploram alguma atividade econômica estão sujeitas ao regime das empresas privadas, e seus empregados são regidos pela CLT. No entanto, eles estão sujeitos a concurso público.

A posse e o exercício de função pública ficam condicionados à declaração de bens e valores do servidor.

9. REGIME PREVIDENCIÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO

Os regimes próprios de previdência social, por previsão legal, são instituídos e regradados pelas pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). O art. 40 da Constituição Federal estabelece parâmetros desse regime previdenciário.

Regime próprio de previdência social é o sistema previdenciário estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, ao servidor titular de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte.

Por força do art. 185 da Lei n. 8.112/90, o servidor público tem direito às seguintes prestações previdenciárias: aposentadorias (por tempo de contribuição, por idade, por invalidez), auxílio-natalidade, salário-família, auxílio-doença (licença para tratamento de saúde), salário-maternidade (licença-gestante e licença-adoção) e auxílio-acidente (licença por acidente em serviço).

9.1. Benefícios em espécie

Aposentadoria por invalidez

É devida aos servidores que se encontrem incapazes para o exercício de suas atividades e insusceptíveis de recuperação, de forma permanente e total. A aposentadoria por invalidez gera aposentadoria com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, salvo nos casos de invalidez decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional (doença-profissional) ou doença grave, contagiosa ou incurável definida em lei. O art. 186, § 1º, da Lei n. 8.112/90 considera como doenças graves, contagiosas ou incuráveis a tuberculose ativa, a alienação mental, a esclerose múltipla, a neoplasia maligna, a cegueira posterior ao ingresso no serviço público, a hanseníase, a cardiopatia grave, a doença de Parkinson, a paralisia irreversível e incapacitante, a espondiloartrose anquilosante, a nefropatia grave, os estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (Aids) e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

O aposentado por invalidez comum, o qual tem direito a aposentadoria com proventos proporcionais, nunca receberá menos do que 1/3 da remuneração da atividade, por força do art. 191 da Lei n. 8.112/90. A invalidez do servidor será atestada por junta médica, quando não puder desempenhar as atribuições do seu cargo nem puder ser readaptado. A aposentadoria por invalidez será precedida de licença para tratamento de saúde, por período não excedente a 24 meses. Findo o período de licença e não estando em condições de reassumir o cargo ou de ser readaptado, o servidor será aposentado. O lapso de tempo compreendido entre o término da licença e a publicação do ato da aposentadoria será considerado como de prorrogação da licença.

Nos termos do art. 24 da Lei n. 8.112/90, readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, verificada em inspeção médica.

§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

A Lei n. 11.907/2009 acrescentou o § 5º ao art. 188 da Lei n. 8.112/90, estabelecendo que, a critério da Administração, o servidor em licença para tratamento de saúde ou aposentado por invalidez poderá ser convocado, a qualquer momento, para avaliação das condições que ensejaram o afastamento ou a aposentadoria.

Aposentadoria especial

A Constituição Federal assegura, em seu art. 40, § 4º, III (incluído pela EC n. 47/2005), esse tipo de aposentadoria para os servidores que exercem suas atividades exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física, nos termos definidos em lei complementar (ainda não aprovada pelo Congresso Nacional). Dúvida que surge é se será preciso esperar a lei ser regulamentada para que o servidor tenha direito a tal benefício.

Observe-se o interessante posicionamento do Min. Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção n. 721/DF, que trata do caso da servidora do Ministério da Saúde, Sarah Kubitschek, lotada na Fundação das Pioneiras Sociais, em Belo Horizonte, a qual afirma exercer desde 22 de outubro de 1986 a função de auxiliar de enfermagem, atuando em ambiente insalubre, requerendo assim o direito à aposentadoria especial:

No caso, a dificuldade não é maior, porquanto é possível adotar-se, ante o fato tempo e à situação concreta da impetrante, o sistema revelado pelo regime geral de previdência social. O art. 57 da Lei n. 8.213/91 dispõe: “Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15, 20 ou 25 anos, conforme dispuser a lei. § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% do salário de benefício”. A impetrante conta com 25 anos de serviços prestados, atendendo à dilação maior prevista na Lei n. 8.213/91. Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o § 4º do artigo 40 da Constituição Federal.

Conclui-se que a ausência de lei complementar não inviabiliza a concessão de aposentadoria especial aos servidores, posto que, até a edição da referida lei complementar, devem-se adotar subsidiariamente os parâmetros de concessão do regime geral de previdência social determinados nos arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/91 e 64 a 70 do Decreto n. 3.048/99.

Aposentadoria por idade (voluntária)

É devida ao servidor que preencha cumulativamente os seguintes requisitos:

- tempo mínimo de dez anos de exercício no serviço público – tempo de exercício no cargo, função ou emprego público, ainda que descontínuo, na Administração Direta, autárquica ou fundacional de qualquer dos entes federativos;
- tempo mínimo de cinco anos de exercício no cargo efetivo em que se der a aposentadoria; 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher.

Aposentadoria por idade compulsória

Esse benefício se dá aos 70 anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço. A aposentadoria compulsória será automática e declarada por ato, com vigência a partir do dia imediato àquele em que o servidor atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo. Há uma proposta de emenda constitucional (PEC n. 457/2005) aumentando a idade da aposentadoria compulsória para 75 anos.

Aposentadoria por tempo de contribuição (aposentadoria voluntária)

Essa aposentadoria tem passado por sucessivas alterações ao longo das emendas constitucionais recentes. Cargo é o conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades determinados em lei. Para efeito previdenciário, tem-se aceitado como tempo de cargo o tempo de carreira. Considera-se como tempo de cargo o tempo cumprido em função de mesma natureza.

Período anterior a EC n. 20/98

Antes da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, o servidor do regime próprio se aposentava integralmente com 35 anos de tempo de serviço, se homem, e trinta anos de tempo de serviço, se mulher; e proporcionalmente com trinta anos de tempo de serviço, se homem, e 25 anos de tempo de serviço, se mulher. O valor dos proventos correspondia a sua integralidade. A EC n. 20/98 mudou o fundamento da aposentadoria de tempo de serviço para tempo de contribuição, passando a adotar um conceito muito mais rígido e fechado para a aposentação. Introduziu ainda como fundamento dos regimes previdenciários o equilíbrio financeiro-atuarial.

Período da EC n. 20/98

Com a edição dessa emenda constitucional, os servidores que já estavam vinculados aos regimes próprios permaneceram tendo direito à aposentadoria proporcional. Porém, os que se vinculassem dali para frente só teriam direito à aposentadoria por tempo de contribuição integral, mantida a integralidade e a paridade.

Aposentadoria por tempo de contribuição integral (regra geral): para homens, 35 anos de contribuição somada a idade mínima de 53 anos e para mulheres, trinta anos de contribuição somada a idade mínima de 48 anos; além de, para ambos, estar no exercício do cargo em que se dará a aposentadoria há pelo menos cinco anos, somado ao fato de ter o período de contribuições adicional correspondente a 20% do tempo faltante para a aposentação na data da EC n. 20/98 (15.12.1998).

Aposentadoria por tempo de contribuição proporcional (regra de transição): para homens, trinta anos de contribuição somada a idade mínima de 53 anos e para mulheres, 25 anos de contribuição (mulheres) somada a idade mínima de 48 anos; além de, para ambos, estar no exercício do cargo em que se dará a aposentadoria

há pelo menos cinco anos, somado ao fato de ter o período de contribuições adicional correspondente a 40% do tempo faltante para aposentação na data da EC n. 20/98 (15.12.1998).

Integralidade é a equivalência entre a remuneração dos servidores da ativa e os proventos da inatividade ou pensão no momento da concessão dos benefícios previdenciários. Já paridade é o direito à recomposição do valor dos proventos e da pensão sempre que os servidores da ativa tiverem aumento ou realinhamento.

O valor da aposentadoria corresponde a 70% da remuneração mais 5% por ano de contribuição, até o limite máximo de 100%. Essas regras foram revogadas pela EC n. 41/2003, aplicando-se apenas no caso de direito adquirido.

Período da EC n. 41/2003

Com a edição da EC n. 41/2003, a Constituição alterou novamente as regras para a concessão da aposentadoria por tempo de contribuição dos servidores públicos. A aposentadoria, de acordo com as regras do art. 2º, poderia ser manejada pelos servidores inscritos até dezembro de 1998. Essa forma de aposentação foi regulamentada pela Medida Provisória n. 167/2004, convertida na Lei n. 10.887/2004.

Requisitos:

- idade mínima de 53 anos (homens) e 48 anos (mulheres);
- cinco anos de efetivo serviço no cargo em que se dá a aposentadoria;
- tempo de contribuição de 35 anos (homens) e trinta anos (mulheres);
- pedágio de 20% sobre o tempo faltante para aposentação apurado em 15.12.1998.

O servidor optante por essa forma de aposentação perde o direito à integralidade e à paridade (revisão dos proventos na mesma ocasião da revisão da remuneração dos ativos). O servidor até poderia ainda reduzir a idade para a aposentação, porém, para cada ano reduzido, incidia o redutor de 3,05% até 31 de dezembro de 2005 e, a partir de 1º de janeiro de 2006, o redutor passou a ser de 5%. O cálculo do benefício passou a ser feito pela média das contribuições nos moldes de como é feito pelo regime geral de previdência social.

Pelas regras do art. 6º da EC n. 41/2003, podem se aposentar com direito à integralidade e à paridade total os servidores inscritos até dezembro de 1998 que preencham os seguintes requisitos:

- idade mínima de 60 anos de idade (homens) e 55 anos (mulheres);
- tempo de contribuição de 35 anos (homens) e trinta anos (mulheres);
- tempo de serviço público de vinte anos;
- tempo de carreira de dez anos;
- tempo no cargo de cinco anos.

Carreira é a sucessão de cargos efetivos, estruturados em níveis e graus segundo sua natureza, complexidade e grau de responsabilidade, de acordo com o pla-

no definido em lei de cada ente. Considera-se como tempo de carreira o tempo cumprido em cargo ou função de mesma natureza. Esse tempo deve ser cumprido no mesmo ente (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) e no mesmo Poder (Executivo, Legislativo ou Judiciário).

Tempo no cargo em que se dará a aposentação: cinco anos.

Essa opção de aposentação garante o direito à integralidade da remuneração e a paridade total, conforme previsão expressa da EC n. 47/2005.

Período pós-EC n. 47/2005

De acordo com as regras do art. 3º da EC n. 47/2005, os servidores públicos já inscritos nos regimes próprios até dezembro de 1998 poderão se aposentar se cumprirem os seguintes requisitos, mantidas a paridade e a integralidade total dos proventos:

- idade mínima de 60 anos para homens e 55 anos para mulheres, com redução de 1 ano de idade para cada ano de contribuição que exceder os 35 anos de contribuição para homens e trinta anos de contribuição para mulheres;
- 35 anos de contribuição (homens) e trinta anos de contribuição (mulheres);
- tempo de serviço público de 25 anos;
- tempo de carreira de 15 anos;
- tempo no cargo de cinco anos.

A EC n. 41/2003 instituiu a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos decorrentes de aposentadoria e pensão. A EC n. 47/2005 determinou que a contribuição dos inativos portadores de doenças incapacitantes só incidirá sobre o valor que exceder o dobro do limite máximo do regime geral de previdência social.

A Lei n. 11.907/2009 alterou a redação do art. 190 da Lei n. 8.112/90, prevendo que o servidor aposentado com provento proporcional ao tempo de serviço, se acometido de qualquer das moléstias especificadas no § 1º do art. 186 desta Lei, e, por esse motivo, for considerado inválido por junta médica oficial, passará a perceber provento integral, calculado com base no fundamento legal de concessão da aposentadoria.

Abono anual

Por força do art. 194 da Lei n. 8.112/90, ao servidor aposentado será pago a gratificação natalina até o dia vinte do mês de dezembro, em valor equivalente ao respectivo provento, deduzido o adiantamento recebido.

Auxílio-natalidade

É o benefício previdenciário devido à servidora por motivo de nascimento de filho, em quantia equivalente ao menor vencimento do serviço público, inclusive no caso de natimorto. No caso de parto múltiplo, o valor será acrescido de 50%

por nascituro. O auxílio será pago ao cônjuge ou companheiro servidor público, quando a parturiente não for servidora.

Salário-família

É devido ao servidor ativo ou ao inativo de baixa renda, ou seja, que perceba remuneração de até R\$ 798,30, conforme Portaria Interministerial MPS/MF n. 350/2009. A limitação do pagamento do benefício apenas ao servidor que receba até um determinado patamar remuneratório (baixa renda) foi inserida pela EC n. 20/98, que deu nova redação ao art. 201, IV, da CF. Cabe ainda destacar que, por força dessa emenda constitucional, o § 12 do art. 40 da CF sofreu alteração e passou a dispor que o regime previdenciário dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. Assim, a partir da EC n. 20/98, os regimes próprios de previdência devem observar em sua legislação também a limitação de concessão de benefícios apenas aos dependentes constantes do rol definido para o regime geral de previdência social (art. 16 da Lei n. 8.213/91), a saber: cônjuge, companheiro(a), filhos, pais e irmãos. Pelo parágrafo único do art. 197 da Lei n. 8.112/90, consideram-se dependentes econômicos para efeito de percepção do salário-família:

- I – o cônjuge ou companheiro e os filhos, inclusive os enteados até 21 (vinte e um) anos de idade ou, se estudante, até 24 (vinte e quatro) anos ou, se inválido, de qualquer idade;
- II – o menor de 21 (vinte e um) anos que, mediante autorização judicial, viver na companhia e às expensas do servidor, ou do inativo;
- III – a mãe e o pai sem economia própria.

O salário-família é pago apenas a um dos servidores se pai e mãe forem servidores públicos e viverem em comum. Para pais servidores separados, o salário-família será pago a quem detiver a guarda.

Sobre o salário-família não incide qualquer tributação, inclusive para efeito de contribuição previdenciária. Durante o período de afastamento do servidor, mesmo sem remuneração, o pagamento do salário-família será mantido.

Auxílio-doença (licença para tratamento de saúde)

Será concedida ao servidor licença para tratamento de saúde, a pedido ou de ofício, com base em perícia médica, sem prejuízo da remuneração a que fizer jus. A licença será concedida com base em perícia oficial. Sempre que necessário, a inspeção médica será realizada na residência do servidor ou no estabelecimento hospitalar onde se encontrar internado. Inexistindo médico no órgão ou entidade no local onde o servidor se encontra ou tenha exercício em caráter permanente, e não se

configurando as hipóteses previstas nos parágrafos do art. 230 da Lei n. 8.212, será aceito atestado passado por médico particular. Nesse caso, o atestado somente produzirá efeitos depois de recepcionado pela unidade de recursos humanos do órgão ou entidade. A licença que exceder o prazo de 120 dias no período de doze meses a contar do primeiro dia de afastamento será concedida mediante avaliação por junta médica oficial. A licença para tratamento de saúde inferior a quinze dias, dentro de um ano, poderá ser dispensada de perícia oficial, na forma definida em regulamento. O servidor que apresentar indícios de lesões orgânicas ou funcionais será submetido a inspeção médica. O servidor será submetido a exames médicos periódicos, nos termos e condições definidos em regulamento.

Não deve constar do atestado e do laudo da junta médica referência ao nome ou natureza da doença, salvo quando se tratar de lesões produzidas por acidente em serviço, doença profissional ou qualquer das doenças especificadas no art. 186, § 1º. O rol previsto nesse artigo não é exaustivo tendo em vista que a redação menciona “e outras que a lei indicar”.

Licença à gestante e à adotante

A servidora gestante ou que adotar tem direito à licença-maternidade, sem prejuízo da remuneração, pelo prazo de 120 dias no caso de parto e de noventa dias no caso de adoção ou guarda judicial com fins de adoção de criança de até 1 ano de idade. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 ano de idade, o prazo da licença-adoção será de trinta dias. A licença poderá ter início no primeiro dia do nono mês de gestação, salvo antecipação por prescrição médica. No caso de nascimento prematuro, a licença terá início a partir do parto. No caso de natimorto, decorridos trinta dias do evento, a servidora será submetida a exame médico e, se julgada apta, reassumirá o exercício. Em que pese tratar-se de eventos diferentes, a legislação prevê que, no caso de aborto atestado por médico oficial, a servidora terá direito a trinta dias de repouso remunerado.

Licença por acidente em serviço

O servidor que sofrer acidente em serviço terá direito a licença com remuneração integral. Configura acidente em serviço o dano físico ou mental sofrido pelo servidor, que se relacione, mediata ou imediatamente, com as atribuições do cargo exercido. Equipara-se ao acidente em serviço o dano:

- decorrente de agressão sofrida e não provocada pelo servidor no exercício do cargo;
- sofrido no percurso da residência para o trabalho e vice-versa.

A prova do acidente será feita no prazo de dez dias, prorrogável quando as circunstâncias o exigirem.

Benefícios devidos aos dependentes do servidor público

Os dependentes do servidor público federal têm direito às seguintes prestações previdenciárias: pensão por morte, auxílio-funeral e auxílio-reclusão.

Além das prestações previdenciárias, os servidores e dependentes têm direito às prestações de saúde, que abrangem o tratamento médico, odontológico, psicológico, farmacêutico e hospitalar, fornecidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde) ou por órgãos da própria Administração ou por intermédio de convênio com entidade privada.

Pensão por morte

A morte real ou ficta gera o direito aos dependentes de receber pensão por morte equivalente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observados os limite legais. As pensões distinguem-se, quanto à natureza, em vitalícias (compostas de cota ou cotas permanentes, que somente se extinguem ou se reverterem com a morte de seus beneficiários) ou temporárias (compostas de cota ou cotas que podem se extinguir ou reverter por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário).

O direito à pensão por morte é imprescritível (fundo de direito), porém, em relação às prestações exigíveis, aplica-se a prescrição quinquenal. Havendo mais de um dependente na mesma classe, os da classe inferior estão excluídos. Concedida a pensão, qualquer prova posterior ou habilitação tardia que implique exclusão de beneficiário ou redução de pensão só produzirá efeitos a partir da data em que for oferecida. Não faz jus à pensão o beneficiário condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do servidor. Sobre as cotas de pensão por morte, aplica-se o direito de crescer como regra geral, ou seja, diminuindo o número de dependentes que rateiam o benefício (que é uno), o mesmo será dividido pelos dependentes remanescentes. Será concedida pensão provisória por morte presumida do servidor nos seguintes casos:

- declaração de ausência, pela autoridade judiciária competente;
- desaparecimento em desabamento, inundação, incêndio ou acidente não caracterizado como em serviço;
- desaparecimento no desempenho das atribuições do cargo ou em missão de segurança.

A pensão provisória será transformada em vitalícia ou temporária, conforme o caso, decorridos cinco anos de sua vigência, ressalvado o eventual reaparecimento do servidor, hipótese em que o benefício será automaticamente cancelado. As pensões serão automaticamente atualizadas na mesma data e na mesma proporção dos reajustes dos vencimentos dos servidores. É vedada a percepção cumulativa de mais de duas pensões no mesmo regime previdenciário. A pensão por morte devida aos dependentes do segurado corresponderá:

- a totalidade dos proventos percebidos pelo aposentado na data anterior à data do óbito, até o limite máximo estabelecido para os beneficiários do RGPS, acrescida de 70% da parcela excedente a esse limite;
- a totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo na data anterior à do óbito até o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS, acrescida de 70% da parcela excedente a esse limite, se o falecimento ocorrer quando o servidor ainda estiver em atividade. Não será incorporado ao valor da pensão as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho, função de confiança, de cargo em comissão ou do abono de permanência.

Auxílio-funeral

É devido aos dependentes do servidor falecido na atividade ou aposentado, em valor equivalente a um mês da remuneração ou provento. No caso de acumulação legal de cargos, o auxílio será pago somente em razão do cargo de maior remuneração. O auxílio será pago no prazo de 48 horas, por meio de procedimento sumaríssimo, ao dependente do servidor falecido que houver custeado o funeral. A mesma regra é aplicada se o funeral for custeado por terceiro. Em caso de falecimento de servidor em serviço fora do local de trabalho, inclusive no exterior, as despesas de transporte do corpo correrão à conta de recursos da União, autarquia ou fundação pública.

Auxílio-reclusão

Aos dependentes do segurado ativo de baixa renda preso é devido o auxílio-reclusão, nos seguintes valores:

- 2/3 da remuneração, quando afastado por motivo de prisão, em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão;
- metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude de condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda de cargo.

Caso o servidor seja absolvido, ele terá direito à integralização da remuneração. O pagamento do auxílio-reclusão cessará a partir do dia seguinte imediato àquele em que o servidor for posto em liberdade, ainda que na condicional.

6

Bens públicos

1. CONCEITO

O art. 98 do Código Civil diz que são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares. No art. 99 do mesmo diploma legal estão classificados os bens públicos como:

- 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.

2. CLASSIFICAÇÕES

2.1 Classificação quanto à destinação

Os bens de uso comum do povo trazem como traço distintivo o fato de poderem ser utilizados por todos em igualdade de condições. Podem ser móveis ou imóveis. São exemplos desses bens: mares, estradas, ruas, praças, áreas de lazer etc. O uso desses bens deve estar de acordo com sua finalidade.

Os de uso especial são as coisas utilizadas pela Administração para a realização de suas atividades. Podem ser móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos. Exemplos desses bens são os imóveis onde estão instalados os diversos serviços públicos, como hospitais, escolas, museus etc.

Os bens dominicais não estão destinados nem a uma finalidade comum e nem a uma especial. Os entes da Federação exercem direito de proprietários dos bens respectivos. Os proprietários podem utilizar tais bens para qualquer finalidade desde que respeitadas as normas de uso e ocupação do solo. A alienação deve observar as regras que couberem quanto a avaliação, concorrência e licitação.

2.2 Classificação quanto à titularidade

Os bens públicos podem ser federais, estaduais, distritais ou municipais, conforme pertençam à União, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios, assim como suas autarquias ou fundações.

3. REGIME JURÍDICO

- **inalienabilidade.** Segundo o art. 100 do Código Civil, “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”. Os bens públicos dominicais podem ser alienados conforme dispuser a lei. A inalienabilidade dos bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial não é absoluta, pois existe a possibilidade de alienação nos casos e na forma que a lei prescrever.

A Lei n. 8.666/93 prevê a possibilidade de alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado. Depende de avaliação e, em se tratando de bem imóvel, precisará de autorização legislativa para os órgãos da Administração Direta e entidades autárquicas e fundacionais, além de, para todos, inclusive as entidades paraestatais, avaliação prévia e de licitação na modalidade concorrência, sendo este procedimento dispensado nas seguintes hipóteses, previstas no inciso I do art. 17 da Lei n. 8.666/93:

- a)* dação em pagamento;
- b)* doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c)* permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso x do art. 24 desta Lei;
- d)* investidura;
- e)* venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f)* alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei n. 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500 ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais.

Quando se tratar de bens móveis, a alienação dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos, previstas no inciso II do art. 17 da Lei n. 8.666/93:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

- impenhorabilidade. Penhora é instituto de constrição que recai sobre patrimônio do devedor para satisfação do credor quando houver inadimplemento da obrigação. Os bens públicos não estão sujeitos a tal instituto. Por meio dos precatórios, os créditos de terceiros contra a Administração Pública encontram satisfação. Os precatórios estão previstos no art. 100 da Constituição Federal;

- imprescritibilidade. Os bens públicos são insuscetíveis de aquisição por usucapião. A Constituição Federal determina, em seu art. 183, § 3º, que os imóveis públicos não serão usucapidos. Há extensão aos móveis por força do art. 102 do Código Civil, o qual determina, de forma genérica, que “os bens públicos não estão sujeitos à usucapião”;

- não oneração. Os bens públicos não podem ser gravados por penhor, hipoteca ou anticrese. Os bens públicos podem ser oferecidos em garantia se houver lei autorizativa.

4. AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

- afetação. Corresponde à destinação de um determinado bem a uma finalidade pública, transformando-o em bem de uso comum ou bem de uso especial, mediante lei ou ato administrativo. Por exemplo, uma praça utilizada pela população está afetada a um fim público, assim como um prédio onde funcione um serviço público;

- desafetação. Consiste na retirada da destinação conferida ao bem público, transformando-o em bem dominical, mediante lei ou ato administrativo. Por exemplo, um imóvel do Município que não esteja sendo utilizado.

Um bem pode passar de uma situação a outra, ou seja, se está afetado, pode passar a ser desafetado, e no caso de desafetação, ser afetado. Os bens afetados, enquanto permanecerem nessa situação, não podem ser alienados. Ocorrendo a desafetação de bens de uso comum do povo e de uso especial, portanto passando à condição de bens dominicais, eles poderão ser alienados.

5. BENS PÚBLICOS EM ESPÉCIE

- terras devolutas. São terras que não têm destinação pública. São enquadradas como bens dominicais. A titularidade é da União (art. 20, II, da CF/88) e dos Estados (art. 26, IV, da CF/88);

- terrenos de marinha e seus acrescidos. São bens da União (art. 20, VII, da CF/88), com natureza de bens dominicais;

- terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. São bens da União (art. 20, XI, da CF/88), com natureza de bens de uso especial (art. 231, § 4º, da CF/88);

- ilhas. De acordo com o art. 20, IV, da Constituição Federal, são bens da União as ilhas fluviais e lacustres situadas nas zonas limítrofes com outros países, bem como as ilhas oceânicas e costeiras. Excluem-se destas as que contenham sede de Município. Pertencem aos Estados as áreas, ilhas oceânicas e costeiras que estiverem em seu domínio, excluídas as que forem da União, dos Municípios ou de terceiros (art. 26, II, da CF/88). Podem constituir bens dominicais ou de uso comum do povo;

- águas públicas. São compostas de mares, rios e lagos de domínio público. Podem ser de uso comum ou dominicais. As águas públicas pertencem aos Estados, salvo se estiverem em terrenos da União, se banharem mais de um Estado, se

fizerem limites com outros países ou se estenderem a território estrangeiro ou dele provierem;

- faixas de fronteira. São faixas de terras continentais situadas ao longo da fronteira do Brasil com os países da América do Sul. Nos termos do art. 20, § 2º, da Constituição Federal, corresponde a uma faixa interna de 150 km de largura. As alienações e construções nessas faixas são submetidas a limitações tendo em vista a defesa do Estado.

6. ADMINISTRAÇÃO

Os bens públicos são administrados por pessoas políticas e pessoas administrativas que detenham sua propriedade. Tal administração do bem importa o uso segundo sua natureza e destinação. Com o direito, está o dever de guarda, conservação e aprimoramento. A guarda refere-se à vigilância; a conservação, à manutenção do bem; e o aprimoramento, à valorização do bem.

Restrições do Estado sobre a propriedade privada

1. NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Tendo em vista o interesse público e a função social da propriedade, o Estado pode criar restrições à propriedade privada. Neste capítulo, serão vistas as modalidades nas quais se manifesta tal restrição.

2. MODALIDADES

Várias são as formas pelas quais o Estado fará prevalecer o interesse social frente ao direito de propriedade privada. São elas: limitações administrativas, ocupação temporária, requisição administrativa, tombamento, servidão administrativa e desapropriação.

3. LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona:

Analizando-se as limitações administrativas à propriedade, verifica-se, inicialmente, que elas decorrem de normas gerais e abstratas, que se dirigem a propriedades indeterminadas, com o fim de satisfazer interesses coletivos abstratamente considerados.”¹

São imposições gerais, gratuitas, unilaterais por parte da Administração e de ordem pública. Têm como finalidade atender às exigências do interesse público e do

¹ *Direito administrativo*, p.122.

bem-estar social. Podem ser de fazer (positiva), em que o particular fica obrigado à imposição da Administração; ou de não fazer (negativa), em que o particular fica impedido de fazer algo.

O interesse público envolvido pode ser segurança, salubridade, defesa nacional ou qualquer outro fim no qual há sobreposição do interesse social sobre o individual ou privado. São exemplos: o recuo de alguns metros das construções em terrenos urbanos; a proibição de desmatamento de parte da área florestada em cada propriedade rural; e a não construção acima de determinada altura próxima a aeroportos.

4. OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA

É caracterizada pela utilização pelo Estado de propriedade privada imóvel de forma transitória, gratuita ou onerosa, para fins de interesse público. A ocupação traz restrições ao uso da propriedade que pode implicar ou não na perda temporária da posse. As razões são sempre de interesse público, e só haverá indenização posterior no caso de dano por parte da Administração Pública.

A ocupação temporária se justifica nos casos de realização de obras públicas, necessidade de ocupação de terrenos vizinhos em escavações e pesquisas de interesse arqueológico e pré-histórico em terrenos particulares. No art. 36 do Decreto-lei n. 3.365/41, há permissão de ocupação temporária, que será indenizada, ao final, por ação própria, de terrenos não edificadas vizinhos às obras e necessários a sua realização. Esta lei trata da desapropriação por utilidade pública.

A Lei n. 3.924/61, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos, prevê, em seu art. 13, que a União, bem como os Estados e Municípios mediante autorização federal, poderão proceder a escavações e pesquisas, no interesse da arqueologia e da pré-história, em terrenos de propriedade particular, com exceção das áreas muradas que envolvem construções domiciliares. E, segundo o parágrafo único do mesmo artigo, à falta de acordo amigável com o proprietário da área onde situar-se a jazida, será esta declarada de utilidade pública e autorizada a sua ocupação pelo período necessário à execução dos estudos, nos termos do art. 36 do Decreto-lei n. 3.365/41.

Também há previsão de ocupação temporária na Lei n. 8.666/93. O art. 58, v, no regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela lei de licitações, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de, nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

5. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

A requisição administrativa está prevista no art. 5º, XXV, da Constituição Federal, e pode ser utilizada sempre que houver iminente perigo público, permitindo a autoridade pública usar de propriedade particular. Deverá o proprietário ser indenizado, após o término da requisição, caso haja dano. Os elementos que devem estar presentes são:

- iminente perigo público;
- determinação por autoridade competente;
- indenização ulterior no caso de dano;
- pode ser civil ou militar;
- para evitar danos à saúde e bens da coletividade e, também, resguardar a segurança nacional;
- pode recair sobre bens imóveis, móveis ou serviços.

A União tem competência privativa para legislar sobre requisição civil ou militar em caso de iminente perigo público e em tempo de guerra (art. 22, III, da CF/88). O art. 1.228, § 3º, do Código Civil preceitua que o proprietário pode ser privado da coisa em caso de perigo público iminente e, também, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social.

6. TOMBAMENTO

A fundamentação constitucional do tombamento está no art. 216, § 1º, da Constituição Federal, e tem por objetivo promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro. Tal patrimônio são os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. A competência é concorrente, inclusive para legislar, por força do art. 24, VII, da CF, e, portanto, todos os entes da Federação devem zelar pela preservação do patrimônio cultural brasileiro.

O tombamento é uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada que objetiva a preservação dos bens identificados como valiosos para a cultura do povo. Assim, o Poder Público impõe uma restrição parcial ao uso do bem. Parcial, pois é possível, por exemplo, mudar o uso do imóvel ou reformá-lo. Se o Poder Público retirar todos os direitos inerentes ao domínio não se tratará de tombamento e sim de desapropriação indireta.

São modalidades de tombamento:

- de ofício. No caso de o bem ser público, concretiza-se mediante notificação à entidade a que pertencer;

- voluntário. Realiza-se quando o proprietário solicita e a coisa se reveste dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, ou sempre que o proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo;

- compulsório. O Poder Público o realiza sem concordância do proprietário.

O procedimento do tombamento se encerra com a inscrição do bem no Livro do Tombo e, se for imóvel, com a transcrição no registro de imóveis. O proprietário somente pode alienar o bem com autorização do Poder Público, ao qual é resguardado o direito de preferência.

O deslocamento do bem tombado pode ser realizado em território nacional com a comunicação ao Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. A coisa tombada não poderá sair do país senão por curto prazo de tempo, sem transferência de domínio, para o fim de intercâmbio cultural, a juízo do Conselho Deliberativo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional do IPHAN.

Em regra, o custo da conservação fica a cargo do proprietário, podendo ser repassado para o Poder Público caso o proprietário não tenha recursos e o requeira. Não cabe indenização pelo tombamento se for genérico, não havendo sacrifício ao direito de propriedade. O tombamento pode ser desfeito atendendo a motivos de interesse público.

7. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

Na servidão administrativa, alguns atributos do direito de propriedade são partilhados com terceiros. “É o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública”², segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Em geral, tem caráter perpétuo, ou seja, sem prazo final. Deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, conforme preceitua o art. 167, I, da Lei n. 6.015/73.

Pode haver indenização quando a servidão for decorrente de contrato ou decisão judicial incidente sobre determinados imóveis, pois os proprietários estão sofrendo prejuízos em prol da coletividade. Não há indenização quando, decorrente de lei, o sacrifício é imposto de forma homogênea a toda uma coletividade de imóveis na mesma situação.

Algumas espécies de servidões administrativas:

- servidão de aqueduto. Segundo o art. 117 do Código de Águas – Decreto n. 24.643/34, a todos é permitido canalizar pelo prédio de outrem as águas a que

² Ibidem, p.150.

tenham direito, mediante prévia indenização ao dono do prédio, para as primeiras necessidades da vida, para os serviços da agricultura ou da indústria, para o escoamento das águas superabundantes e para o enxugo ou bonificação dos terrenos;

- servidão de energia elétrica. O concessionário, para executar os trabalhos definidos no contrato, bem como para dar cumprimento às suas obrigações atinentes à concessão, terá, além de outros, o direito de: utilizar os termos de domínio público e estabelecer as servidões nos meios e por meio das estradas, caminhos e vias públicas, com sujeição aos regulamentos administrativos; estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e a distribuição da energia elétrica; e estabelecer, ainda, linhas de transmissão e de distribuição;

- servidão em torno de aeródromos e heliportos. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais. As restrições são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas, objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embaraçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais. Quando as restrições estabelecidas impuserem demolições de obstáculos levantados antes da publicação dos planos básicos ou específicos, terá o proprietário direito à indenização.

8. DESAPROPRIAÇÃO

Desapropriação é o ato pelo qual o Poder Público, mediante procedimento administrativo e indenização prévia justa, em razão de necessidade pública, utilidade pública ou diante do interesse social, retira a propriedade de um bem de uma pessoa e o toma para si. Todos os bens podem ser desapropriados, sejam móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, públicos ou privados.

8.1 Desapropriação por utilidade pública

A desapropriação por utilidade pública e necessidade pública está regulada no Decreto-lei n. 3.365/41. Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

Conforme art. 5º do Decreto-lei n. 3.365/41, consideram-se casos de utilidade pública:

- a)* a segurança nacional;
- b)* a defesa do Estado;
- c)* o socorro público em caso de calamidade;
- d)* a salubridade pública;
- e)* a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f)* o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g)* a assistência pública, obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h)* a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i)* a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais;
- j)* o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k)* a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;
- l)* a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens móveis de valor histórico ou artístico;
- m)* a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;
- n)* a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;
- o)* a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;
- p)* os demais casos previstos por leis especiais.

8.2 Desapropriação por interesse social

A Lei n. 4.132/62 disciplina os casos de desapropriação por interesse social. Considera-se de interesse social, segundo o seu art. 2º:

- 1 – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II – (*vetado*)

III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;

IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V – a construção de casa populares;

VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;

VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.

A desapropriação por interesse social pode ocorrer também fundamentada no art. 182 da Constituição Federal, que trata da política urbana. O Município, mediante previsão no plano diretor, pode desapropriar o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado. O art. 184 da Magna Carta prevê a hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária. Está sujeito à desapropriação o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social.

8.3 Indenização

Deve ser prévia, justa e em dinheiro; com exceção ao pagamento com título da dívida pública para as hipóteses dos arts. 182 e 184 da Constituição Federal.

8.4 Desapropriação indireta

Ocorre no caso de a Administração se apossar de bem sem cumprir o procedimento legal. Pode decorrer, também, da imposição de limitações ou servidões que impeçam o proprietário de exercer os poderes inerentes ao domínio. Veja-se o seguinte julgado:

Processual civil. Criação do Parque Estadual de Ilhabela. Legitimidade *ad causam* do proprietário da área. Retorno ao tribunal *a quo* para a análise de possível indenização. 1 – A criação de parque de preservação ambiental, em tese, pode reduzir o

conteúdo econômico da propriedade, ao destacar do domínio as prerrogativas de usar e fruir do bem. Em hipóteses como tais não há que se falar em simples limitação administrativa, mas de verdadeira desapropriação indireta, legitimando o recorrente para ajuizar ação indenizatória. II – “Retirado do proprietário o valor econômico da propriedade, vivo o domínio, afetando o direito de propriedade, a ação inclui-se entre as ações reais, ficando manifesto o interesse de agir e a legitimação *ad causam et ad processum*” (REsp n. 81.497/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 25.11.1996, p.46.149). III – Recurso especial provido para que retornem os autos ao juízo monocrático prosseguindo a análise do feito quanto ao mérito (STJ, REsp n. 503.357/SP, 1ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 05.04.2005, DJ 23.05.2005).

8

Ato administrativo

1. CONCEITO

Para conceituar ato administrativo, faz-se necessário verificar o que são fato jurídico e ato jurídico estudados em Teoria Geral do Direito.

- fato jurídico é o elemento que dá origem aos direitos subjetivos, acarretando o nascimento da relação jurídica. São os acontecimentos pelos quais as relações jurídicas nascem, modificam-se e extinguem-se. O fato jurídico pode ser dividido em fato natural ou fato jurídico *stricto sensu* e ato jurídico;

- fato jurídico *stricto sensu* é o acontecimento que independe da vontade humana e produz efeitos jurídicos;

- ato jurídico depende da vontade humana e é dividido em ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico;

- ato jurídico *stricto sensu* objetiva a mera realização da vontade do agente, com consequências jurídicas previstas em lei. Ocorrendo um determinado comportamento, o ordenamento confere efeitos invariáveis;

- negócio jurídico é a manifestação de vontade, de uma ou mais pessoas, que visa produzir um efeito jurídico. É norma estabelecida pelas partes dentro dos limites legais;

- ato administrativo é espécie de ato jurídico. Pode-se conceituá-lo como manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, apta a gerar efeitos jurídicos, que tem finalidade pública.

2. CARACTERÍSTICAS

- manifestação de vontade. Exterioriza a vontade do agente mediante uma ação ou omissão;

- parte da Administração Pública. Diferentemente do ato jurídico comum, o ato administrativo, para ser válido e eficaz como tal, deve nascer do exercício da função administrativa;

- gera efeitos jurídicos. Os efeitos são disciplinados pelo Direito;
- finalidade pública. É o objetivo de interesse público a ser atingido.

3. ASPECTOS OU ELEMENTOS

O ato administrativo apresenta, em sua substância, os seguintes aspectos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

- competência. Poder atribuído ao agente para o desempenho específico de suas funções. A lei define a atribuição e fixa os limites. A manifestação da vontade do agente deve ter fundamento na lei e respeitar os limites por esta colocados;

- finalidade. A finalidade do ato está explícita ou implicitamente na lei. Os atos serão nulos quando satisfizerem pretensões que não sejam de interesse público. Toda ação administrativa deve ter nexo com razão de interesse público. A não realização da finalidade indicada na lei implica caracterização de desvio de poder e de finalidade, levando à nulidade do ato;

- forma. Revestimento do ato. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige forma legal. Em regra, é escrita; excepcionalmente, poderá ser tácita ou com utilização de simbologia, como os sinais de trânsito. Atos orais, como decisões de colegiados, são documentados por escrito;

- motivo. Situação de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. Tanto pode vir expresso em lei, como pode ser deixado ao critério do administrador. O motivo deve se ligar a uma razão de Direito;

- objeto. Conteúdo do ato. Todo ato administrativo produz um efeito jurídico. Tem por objeto a criação, a modificação ou a comprovação de situações concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.

4. ATRIBUTOS

Atributo é definido nos dicionários como o que é peculiar de alguém ou alguma coisa. Os atos administrativos têm como atributos ou peculiaridades a imperatividade, a exigibilidade e a autoexecutoriedade; e gozam da presunção de legalidade.

O ato administrativo é imperativo; pois, tão logo perfeito e acabado, obriga a todos. Por representar o interesse público, a Administração Pública pode impor de modo unilateral o respeito ao comando determinado pelo ato administrativo. O fundamento é a supremacia do interesse coletivo sobre o particular. A exigibilidade implica possibilidade de a Administração Pública determinar o cumprimento da

obrigação veiculada pelo ato. Com isso, a Administração Pública pode utilizar os meios coercitivos para exigir adimplemento da obrigação imposta. A autoexecutoriedade permite à Administração Pública executar suas decisões sem necessidade de autorização do Poder Judiciário. Deve-se respeitar os princípios da legalidade e da proporcionalidade. São situações emergenciais ou hipóteses legalmente previstas.

Por serem desde logo exigíveis e permitirem autoexecutoriedade, presume-se que os atos administrativos são legais. É presunção relativa, pois admite prova em contrário.

5. ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

O ato é vinculado nos casos em que a lei estabelece a obrigatoriedade de a Administração agir de determinada forma sem liberdade de escolha. O ato é discricionário nos casos em que a lei deixa certa liberdade de decisão diante do caso concreto, de modo que a autoridade poderá escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, o melhor caminho para o interesse público.

6. FORMAS DE EXPRESSÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A manifestação da Administração Pública pode se dar de diversas maneiras, tendo em vista o caso concreto. São classificados em atos normativos, ordinatórios, negociais, enunciativos e punitivos. Veja-se as espécies.

6.1 Atos normativos

São regras gerais e abstratas aplicáveis nas situações neles previstas.

- decreto. É utilizado pelo chefe do Poder Executivo para regulamentar lei ou organizar a Administração Pública;
- regimento. Destina-se a disciplinar a organização e o funcionamento dos órgãos colegiados;
- instrução. É expedida por autoridade pública de maior hierarquia, tendo como destinatários os subordinados ou administrados. O art. 87, II, da Constituição Federal estabelece que os ministros de Estado poderão expedir instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.

6.2 Atos ordinatórios

São atos administrativos internos que têm como destinatários os servidores públicos com determinações que se referem ao desempenho de suas funções. Podem ser citadas:

- portaria. Impulsiona o exercício das funções administrativas. Pode ser utilizada para instalar comissão de inquérito, transmitir orientação ao pessoal interno etc.;
- circulares. Ordens escritas expedidas a determinados funcionários ou agentes administrativos incumbidos de certos serviços ou atribuições menos genéricas do que as instruções;
- ordem de serviço. Determinação dirigida aos responsáveis por obras ou serviços públicos. Pode ser para autorizar o início da obra ou serviço, ou conter especificações técnicas sobre a forma de sua realização.

6.3 Atos negociais

São emanados em situações nas quais existe uma coincidência de interesses do particular com a Administração Pública, embora o interesse desta seja apenas indireto. Os atos negociais não são contratos. São manifestações unilaterais de vontade pela Administração Pública que serve a uma pretensão do particular. Produzem efeitos concretos e individuais. Citam-se como espécies:

- licença. Ato administrativo vinculado e, em princípio, definitivo. Tendo sido atendidas as exigências legais pelo interessado, deve a Administração Pública concedê-la. É definitiva; pois, sendo cumpridas as condições legais, não cabem oportunidade e conveniência de revogar o ato. Por exemplo, licenças para dirigir, para exercer uma profissão etc.;
- autorização. Ato administrativo discricionário e precário no qual o Poder Público torna possível, ao pretendente, a realização de certa atividade ou certo serviço, ou utilização de determinados bens particulares ou públicos de seu exclusivo ou predominante interesse. A lei exige aquiescência da Administração. Por exemplo, uso especial de bem público, porte de arma, trânsito por determinados locais etc.;
- permissão. Ato administrativo negocial, discricionário e precário pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de serviços de interesse coletivo, ou uso especial de bens públicos, a título gratuito ou remunerado, nas condições estabelecidas pela Administração.

6.4 Atos enunciativos

São atos administrativos apenas em sentido formal, pois não contêm manifestação de vontade da Administração. Servem para declarar, a pedido do interessado, situação jurídica existente relativa a um particular. Podem ser citados:

- certidão. Cópia de registro constante de livro em poder da Administração. O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal assegura a todos o direito de obtenção de

certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

- atestado. Declaração da Administração de situação que tenha conhecimento em razão da atividade de seus órgãos. Refere-se a ato ou fato transitório não constante de livros, papéis ou documentos;

- parecer. Documento técnico, opinativo, emitido por órgão especializado no assunto tratado no parecer. Só passará a vincular a Administração Pública após aprovação da autoridade competente;

- apostila. Ato enunciativo ou declaratório de uma situação anterior criada por lei. Ao apostilar um título, a Administração não cria um direito, pois apenas reconhece a existência de um direito criado por lei. Emenda, corrige ou complementa um documento. Pode ser empregado o vocábulo *averbação*.

6.5 Atos punitivos

Permite à Administração impor sanções diretamente a seus servidores ou administrados. O fundamento está no poder de império, quanto aos particulares, e no poder disciplinar, quanto aos servidores. Podem ser internos, quando forem disciplinares (advertência, suspensão, demissão, entre outros), e externos, contra os administrados (multas administrativas, interdição de atividades, destruição de coisas, entre outros).

7. EXTINÇÃO

Uma vez publicado, o ato administrativo deve ser cumprido em respeito à presunção de legitimidade. Só perderá sua vigência pelo desfazimento formal que pode se dar por meio de revogação, anulação ou cassação. Revogar significa tornar sem efeito ou desfazer algo. Segundo José Cretella Júnior, “a faculdade revocatória é a manifestação de um *jus poenitendi*, direito de arrepender-se que, para certos atos, a lei atribui à Administração”¹. O autor elabora o seguinte conceito:

Revogação do ato administrativo é a manifestação unilateral da vontade da Administração que tem por escopo desfazer, total ou parcialmente, os efeitos de outro ato administrativo anterior editado pelo mesmo agente ou seu inferior hierárquico por motivos de oportunidade ou de conveniência.²

1 *Curso de direito administrativo*, p.305.

2 *Ibidem*, p.305.

Os elementos caracterizadores são: ato unilateral, objetivo de desfazer ato anterior emanado da autoridade que editou o ato revogado e fundamentado em motivos de mérito (oportunidade e conveniência).

A anulação deve ocorrer no caso de ato viciado quanto a legalidade ou legitimidade. É controle de legalidade. Quando o vício for sanável, o ato é anulável, e pode ser anulado ou convalidado. No caso de vício insanável, o ato é nulo, e obrigatória sua anulação. A anulação tem efeito *ex tunc*.

A cassação é o desfazimento do ato administrativo quando os requisitos que permitem a manutenção do ato e de seus efeitos são descumpridos pelo beneficiário. Por exemplo, cassação da licença para exercer uma profissão.

9

Contrato administrativo

1. CONCEITO

Contrato administrativo é o contrato resultante da necessidade de serem satisfeitos interesses de ordem prática da Administração Pública, celebrado com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos e de acordo com o regime jurídico de direito público. Esse fato caracteriza a verticalidade do contrato administrativo, pois a Administração age como Poder Público com toda a supremacia sobre o particular, ou seja, é ela quem dita as regras, cabendo ao particular contratante o direito de adesão.

2. COMPETÊNCIA LEGIFERANTE

A nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98 ao art. 22, XXVII, da Constituição Federal, atribui à União competência para legislar sobre normas gerais dos contratos administrativos, cabendo aos Estados e Municípios estabelecerem normas suplementares.

3. CARACTERÍSTICAS

- presença da Administração Pública como Poder Público. Aparece com prerrogativas de supremacia sobre o particular expressas pelas chamadas *cláusulas exorbitantes* ou *de privilégio* ou *de prerrogativas*.
- finalidade pública. O objeto do contrato há de ser do interesse de todos;
- na forma prescrita em lei. A Lei n. 8.666/93 estabelece importantes normas referentes ao aspecto formal dos contratos administrativos;

- procedimento legal. Na celebração de um contrato em que a Administração Pública aparece como uma das partes, existem alguns procedimentos, estabelecidos em leis e, portanto, obrigatórios, para que o contrato seja válido, tais como autorização legislativa, motivação e indicação de recursos orçamentários, entre outros. A Constituição Federal é clara quanto a algumas exigências relativas ao procedimento na celebração de referidos contratos, como a necessidade de licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, e para a concessão de serviços públicos;

- contrato de adesão. Todas as cláusulas são fixadas unilateralmente pela Administração;

- natureza *intuitu personae*. Estabelece que todos os contratos para os quais a legislação exige licitação são efetivados tendo em vista as condições pessoais do contratado, examinadas no procedimento de licitação, não sendo permitidas, por exemplo, subcontratação, associação do contratado com outrem, fusão, cisão ou incorporação que afetem a boa execução do contrato;

- cláusulas exorbitantes. Colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado. Exigência de garantia (caução, seguro-garantia, fiança bancária), alteração unilateral (pode ser qualitativa ou quantitativa), rescisão unilateral, fiscalização e aplicação de penalidade são algumas delas;

- mutabilidade. Confere à Administração a capacidade, de forma unilateral, de alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público.

4. MODALIDADES

As principais modalidades de contrato administrativo, sobre as quais será dada sucinta explanação, são as de contratos de obra pública, de serviço, de fornecimento, de concessão (de uso de bem público ou obra pública), de gerenciamento e de gestão. É aceitável, ainda, conforme estabelece a doutrina, a divisão em contratos de colaboração e de atribuição, de acordo com o interesse predominante.

4.1 Contrato de obra pública

Trata-se de contrato celebrado entre a Administração Pública e o particular, tendo como objetivo a construção, reforma ou ampliação de determinada obra pública.

- construção. Define-se como a união de materiais e atividades utilizados na execução de um projeto de engenharia;

- reforma. É a melhoria da construção sem ampliação de sua área;

- ampliação. Trata-se do aumento da área construída.

Os contratos citados podem ser por empreitada ou tarefa. Se for por empreitada, o preço é previamente ajustado para o total da obra; na tarefa, atribui-se ao particular contratante a execução de pequenas obras ou parte da obra maior.

Tais contratos dependem sempre de licitação e publicação no Diário Oficial. As obras só podem ser licitadas se houver projeto básico, previamente aprovado por autoridade competente, e orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, com previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações, de acordo com o art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.666/93.

4.2 Contrato de serviço

Acordo firmado entre a Administração Pública e o particular no qual este presta àquela utilidade concreta de seu interesse. São serviços (art. 6º, II, da Lei n. 8.666/93): demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade e seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

4.3 Contrato de fornecimento

É o contrato pelo qual a Administração Pública adquire, por compra de certo particular, bens móveis destinados à realização de obras e à manutenção de serviços públicos. Por exemplo, compra de materiais de consumo ou produtos industrializados e produtos alimentícios. Referido contrato assemelha-se ao de compra e venda regido pelo direito privado.

4.4 Contrato de concessão de uso de bem público

É utilizada, aqui, por seu didatismo, a definição de Diógenes Gasparini: “É o ajuste oneroso ou gratuito, efetivado sob condição, pela Administração Pública, chamada concedente, com certo particular, o concessionário, visando transferir-lhe o uso de determinado bem público.”¹ Esse tipo de acordo deve prever remuneração e prazo. Deve ser precedido de autorização legislativa e licitação, nessa ordem; e, uma vez celebrado, deve ser publicado.

4.5 Contrato de concessão de obra pública

A Administração Pública atribui, a determinado particular, a execução e exploração de certa obra pública, podendo o executante ressarcir-se do capital inves-

1 *Direito administrativo*, p.724.

tido e dos encargos da execução por meio da cobrança de tarifa ao usuário. O exemplo típico é a construção de rodovias com posterior cobrança de pedágio. Exige autorização legislativa, licitação e publicação. Passou a ser chamado contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública.

4.6 Contrato de gerenciamento

O Poder Público outorga ao particular contratado a capacidade de conduzir determinado empreendimento sem abdicar de sua capacidade decisória. O particular será o controlador, condutor ou gerenciador da obra, exercendo atividade de mediador como representativo de serviço técnico profissional especializado.

4.7 Contrato de gestão

Define-se como o contrato mediante o qual o Poder Público, como contratante, estabelece uma parceria com o contratado personalizando um acordo operacional em que o contratante passa a ser destinatário de benefícios previstos em lei. É o meio pelo qual as organizações sociais – pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que se destinam a ensino, pesquisas científicas, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ambientais, cultura e saúde, desde que tenham conselho de administração, participando dele representantes do Poder Público e da comunidade – vinculam-se contratualmente à Administração Pública. O art. 11 da Lei n. 9.637/98 determina que entidades qualificadas como organizações sociais sejam declaradas como entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais.

4.8 Convênio

Acordo de vontade pelo qual a Administração Pública passa, em regime de colaboração, a trabalhar com entidades públicas ou privadas com a finalidade de atingir interesses comuns. O convênio difere dos contratos, pois os interesses são comuns e não conflitantes; há colaboração mútua e os pagamentos visam a consecução do objetivo expresso no instrumento, não sendo contraprestação remuneratória.

4.9 Consórcio

União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem, por meio de lei, disciplinar os consórcios públicos visando a cooperação entre os entes federados, a autorização a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência, total ou parcial, de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

A Lei n. 11.107/2005 estabelece normas gerais de contratação de consórcios públicos. Para o cumprimento de seus objetivos, dispõe o art. 2º, § 1º, desta Lei que o consórcio público poderá:

- I – firmar convênios, contratos, acordos de qualquer natureza, receber auxílios, contribuições e subvenções sociais ou econômicas de outras entidades e órgãos do governo;
- II – nos termos do contrato de consórcio de direito público, promover desapropriações e instituir servidões nos termos de declaração de utilidade ou necessidade pública, ou interesse social, realizada pelo Poder Público; e
- III – ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação.

Conforme determinação do art. 4º da Lei n. 11.107/2005, são cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

- I – a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio;
- II – a identificação dos entes da Federação consorciados;
- III – a indicação da área de atuação do consórcio;
- IV – a previsão de que o consórcio público é associação pública ou pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos;
- V – os critérios para, em assuntos de interesse comum, autorizar o consórcio público a representar os entes da Federação consorciados perante outras esferas de governo;
- VI – as normas de convocação e funcionamento da assembleia geral, inclusive para a elaboração, aprovação e modificação dos estatutos do consórcio público;
- VII – a previsão de que a assembleia geral é a instância máxima do consórcio público e o número de votos para as suas deliberações;
- VIII – a forma de eleição e a duração do mandato do representante legal do consórcio público que, obrigatoriamente, deverá ser chefe do Poder Executivo de ente da Federação consorciado;
- IX – o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;
- X – as condições para que o consórcio público celebre contrato de gestão ou termo de parceria;
- XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:
 - a) as competências cujo exercício se transferiu ao consórcio público;
 - b) os serviços públicos objeto da gestão associada e a área em que serão prestados;
 - c) a autorização para licitar ou outorgar concessão, permissão ou autorização da prestação dos serviços;

d) as condições a que deve obedecer o contrato de programa, no caso de a gestão associada envolver também a prestação de serviços por órgão ou entidade de um dos entes da Federação consorciados;

e) os critérios técnicos para cálculo do valor das tarifas e de outros preços públicos, bem como para seu reajuste ou revisão; e

XII – o direito de qualquer dos contratantes, quando adimplente com suas obrigações, de exigir o pleno cumprimento das cláusulas do contrato de consórcio público.

5. FORMALIZAÇÃO

5.1 Conceito

Pode ser definida como a materialização do contrato. O contrato deve ser por escrito, não se admitindo contratação verbal, a não ser nos casos de pequenas compras e de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% do limite estabelecido no art. 23, II, *a*, da Lei n. 8.666/93 (atualmente, o limite é de R\$ 4.000,00). É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo na hipótese mencionada.

Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em Cartório de Notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

5.2 Instrumento

Conforme leciona Diógenes Gasparini², “instrumento de contrato administrativo é o documento destinado a provar a existência de um contrato celebrado pela Administração Pública”. Continua o autor: “o instrumento é, portanto, o veículo do contrato ou o continente do ajuste, enquanto este, o contrato, é o seu conteúdo.”

São espécies de instrumentos:

- termo do contrato. Assento do contrato em livros próprios;
- carta-contrato. Carta ou ofício em que uma parte propõe o negócio e a outra apõe seu “de acordo”;
- nota de empenho de despesa. Registro de operação que envolva despesa orçamentária;
- autorização de compra. Documento que atribui a determinado setor a realização de certa compra;

² Ibidem, p.659.

- ordem de execução de serviço. Outorga de autorização ao contratado para realização de determinado serviço.

6. VIGÊNCIA E EFICÁCIA

Entende-se como vigência, em sentido amplo, a circunstância que resulta em condições de tornar eficaz um ato jurídico, fazendo com que este possa produzir os efeitos aos quais foi destinado. No caso dos contratos administrativos, sua vigência inicia-se no ato da assinatura, ou outra que lhe seja posterior e ajustada pelas partes.

A eficácia é a qualidade do ato jurídico de estar disponível para produzir os efeitos para os quais está pré-ordenado.

7. PRAZO DO CONTRATO

Em regra, a duração fica atrelada diretamente à vigência dos créditos orçamentários correspondentes. Crédito orçamentário é a autorização constante da lei orçamentária para execução de programa, projeto ou atividade, ou para desembolso da quantia comprometida a objeto de despesa, vinculado a uma categoria econômica.

Exceções a essa regra, segundo o art. 57 da Lei n. 8.666/93, referem-se:

I – aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório;

II – à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração limitada a sessenta meses;

III – (*vetado*)

IV – ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato.

8. GARANTIAS

É facultado à Administração Pública o direito de exigir daqueles que com ela contratam uma garantia que lhe assegure a perfeita execução do objeto do contrato. A Administração Pública deve indicar, durante o processo licitatório, a garantia exigida depois das justificativas lavradas no referido processo. As principais garantias são:

- **caução em dinheiro ou títulos da dívida pública.** Utilizada como reserva de bem que o contratado faz para garantir a execução de suas obrigações contratuais;
- **seguro-garantia.** Obrigação contratualmente assumida por seguradora até o montante previsto no edital. Formaliza-se por meio de apólice de seguro;
- **fiança bancária.** Compromisso assumido por determinada instituição bancária, perante a Administração Pública, de responder pelas obrigações contratuais não cumpridas por contratado ou afiançado.

9. EXECUÇÃO

Significa, basicamente, o cumprimento, por ambas as partes, do disposto nas cláusulas do contrato. A execução está a cargo do contraente, que responde por ela inteira e pessoalmente. Excepcionalmente, podem ser admitidas transferência e subcontratação. É dever da Administração Pública, como contratante, acompanhar a execução do contrato. São suas atribuições fiscalizar, orientar, interditar e intervir. A Administração pode, para isso, contratar terceiros. Essa é uma das cláusulas chamadas *exorbitantes*.

10. EXTINÇÃO DO CONTRATO

É o término do vínculo obrigacional entre a Administração e o particular. Pode ser pela conclusão do objeto contratado ou pelo término do prazo de duração. Rescisão e anulação também são formas de extinção do contrato. A rescisão pode se dar por culpa da Administração ou do contratado. A anulação pode ocorrer por motivo de ilegalidade, sendo feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A rescisão unilateral prevista na Lei n. 8.666/93 pode ocorrer por:

- **inadimplemento com culpa.** Não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, como lentidão, atraso injustificado, subcontratação, cessão e outras;
- **inadimplemento sem culpa.** Desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento do contrato;
- **razões de interesse público;**
- **caso fortuito ou força maior;**
- **suspensão da execução do contrato,** em razão de ordem escrita da Administração, em prazo superior a 120 dias, salvo no caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

- o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a Administração Pública, estando sujeita ao princípio da legalidade, tem que exercer constante controle sobre seus próprios atos, cabendo-lhe o poder-dever de anular aqueles que contrariam a lei; é a prerrogativa que alguns chamam de autotutela”³ e não deixa de corresponder a um dos atributos dos atos administrativos, que diz respeito à sua executoriedade pela própria Administração. A anulação do contrato pode ocorrer por ação popular, mandado de segurança ou ação civil pública. Pode se originar de ação ordinária por parte daquele que detenha legitimidade. O legitimado na ação popular é qualquer cidadão, sendo este quem está em pleno gozo de direitos políticos. No mandado de segurança, é a pessoa que sofrer lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* e *habeas data*. Na ação civil pública, são legitimados: o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios, além das autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista ou associações constituídas a pelo menos um ano, e que provem representatividade e institucionalidade adequada e definida para a defesa daqueles direitos específicos.

11. CLÁUSULAS EXORBITANTES

São cláusulas que extrapolam o direito comum ou privado, colocando uma das partes em posição de supremacia em relação à outra. Traduzem o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato. São elas:

- as que impõem a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro;
- as que possibilitam a revisão de preços e tarifas contratualmente fixados;
- as de inoponibilidade da exceção do contrato não cumprido;
- as de controle da avença por pessoa estranha à relação;
- as que possibilitam a aplicação de penalidades;
- as que exigem garantias.

12. ALTERAÇÃO

Desde que o objetivo seja a defesa de interesse público e esteja assegurada a ampla defesa no processo administrativo, pode e deve a Administração Pública promover qualquer alteração contratual independentemente de concordância da par-

3 *Direito administrativo*, p.273.

te contratada. Tal alteração estará sujeita à existência de justa causa atrelada a alguma necessidade coletiva ou de interesse público, cabendo ao particular contratado o direito a indenização pelos danos que, eventualmente, venha a sofrer.

A alteração pode ser qualitativa, com a modificação do projeto ou das especificações, ou quantitativa, com a modificação do valor contratual como consequência de acréscimo ou diminuição do objeto.

13. APLICAÇÃO DE PENALIDADES

A inexecução total ou parcial do contrato enseja à Administração Pública a aplicação de penalidades de natureza administrativa. Segundo o art. 87 da Lei n. 8.666/93, as penalidades são as seguintes:

- I – advertência;
- II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
- III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
- IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Somente a sanção de multa pode ser aplicada em conjunto com outra.

14. RETOMADA DO OBJETO

Prevista no art. 80 da Lei n. 8.666/93, objetiva o andamento do serviço público essencial. Significa:

- I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- II – ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;
- III – execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- IV – retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

15. TEORIA DA IMPREVISÃO

Uma das características do contrato administrativo é sua mutabilidade, por conta da faculdade que tem a Administração Pública de alterar, mesmo que unilateralmente, o pactuado. A mutabilidade, no entanto, pode decorrer de fatos absolutamente estranhos à vontade das partes. O risco pode ser de ordem administrativa ou econômica, que onera ou impõe impedimentos à execução do contrato. Nesse caso, aplica-se a teoria da imprevisão, cujos requisitos baseiam-se em anormalidade, imprevisibilidade e ausência de desejo das partes na mudança.

Situações excepcionais podem ensejar a inexecução do contrato, cujo ônus da prova ficará a cargo daquele que invocar o evento inesperado como causa dessa inexecução. São causas que justificam a inexecução: caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevistas.

15.1 Caso fortuito

Acontecimento decorrente de vontade do homem que interfira negativamente na execução do contrato. Exemplos: greves, comoção social, rebeliões.

15.2 Força maior

Evento decorrente da natureza que inviabiliza a perfeita execução do contrato. Exemplos: tufão, vendaval, enchentes, inundações.

15.3 Fato do príncipe

Determinação estatal geral, imprevisível, que impeça ou onere substancialmente a execução do contrato. Exemplo: edição de lei proibindo a importação de um bem que deveria ser fornecido à própria Administração Pública.

15.4 Fato da Administração

Ação ou omissão da Administração Pública que, incidindo diretamente sobre o contrato, impede sua execução. Exemplo: interrupção prolongada de pagamentos devidos ao contratado.

15.5 Interferências imprevistas

Elementos materiais que surgem no correr da execução do contrato, dificultando-a. Exemplo: diversidade de terrenos conhecida só no curso da execução de obra que torne mais complexa e onerosa sua execução por parte do contratado.

10

Licitação

1. CONCEITO

A licitação é instrumento utilizado em contratações públicas previsto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, e regulamentado pela lei de licitações – Lei n. 8.666/93. Conforme preceitua o texto constitucional, deve ser utilizado tal instrumento em obras, serviços, compras e alienações, ressalvados os casos especificados na legislação.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua licitação como

o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato¹.

Por existirem diversas fases que caminham para o fim objetivado pela Administração, diz-se ser a licitação um procedimento administrativo. Tal procedimento é inaugurado por edital ou carta-convite. O ato convocatório contém as condições básicas para a participação dos interessados, vinculando a Administração Pública a seu teor. Daí dizer-se que o edital é a lei da licitação. A Administração Pública, ao analisar as propostas apresentadas, deverá escolher a mais conveniente ao interesse público sempre se pautando pelos princípios próprios da licitação.

Podem ser destacados como elementos do conceito:

- procedimento administrativo;
- estabelecido por ente público;
- apresentado por edital ou carta-convite;

1 *Direito administrativo*, p.331.

- possibilita a participação de todos os interessados;
- apresenta condições estabelecidas previamente no instrumento licitatório;
- é instrumento licitatório que vincula as partes;
- tem decisão tomada pela proposta que melhor resguarde o interesse público.

2. PRINCÍPIOS

2.1 Princípio da igualdade

Assegura igualdade de direitos aos que manifestem interesse em contratar com a Administração Pública. O art. 3º da lei de licitações prevê que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

2.2 Princípio da legalidade

A Administração Pública deve agir sempre respaldada em lei. Enquanto a iniciativa privada pode fazer o que não é vedado legalmente, o ente público deve agir respaldado em texto legal. Todas as fases do procedimento licitatório vêm discriminadas em lei específica. Ao desrespeitar o que se determina em lei, o Poder Público enseja ao particular que se sentir lesado a possibilidade de impugnar o ato praticado sem observância das normas.

2.3 Princípio da impessoalidade

A Administração Pública deve praticar o ato para alcançar o interesse público. Para tanto, o julgamento deve ser objetivo, sem tratar diferentemente os participantes. As decisões administrativas são passíveis de invalidação caso seja verificada a ausência de um fim público que justifique a licitação.

2.4 Princípio da moralidade

Esse princípio impõe à Administração Pública o dever de se pautar pela moral, pelos bons costumes, pelas regras da boa administração, pelos princípios da justiça e pela noção comum de honestidade. O administrador público deve respeitar os princípios éticos consagrados pelo direito positivo. A conduta em desconformidade com tal princípio enquadra o ato nos chamados *atos de improbidade*, que podem acarretar várias sanções, por exemplo, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

2.5 Princípio da publicidade

A publicidade é concretizada com a publicação no Diário Oficial ou por edital afixado em lugar determinado para divulgação de atos públicos, dando ao público em geral a possibilidade de tomar conhecimento da abertura do procedimento licitatório.

2.6 Princípio da probidade administrativa

Probidade significa integridade de caráter, honradez, retidão. Por probidade administrativa entende-se que o administrador público deve agir dentro de seu estrito dever para com o interesse público, e deve ter comportamento reto, comprometido com os objetivos colimados pela Administração Pública.

2.7 Princípio da vinculação ao instrumento licitatório

O art. 41 da Lei n. 8.666/93 preceitua que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. O § 1º complementa dispondo que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei. Para tal impugnação, é necessário protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis.

2.8 Princípio do julgamento objetivo

O julgamento das propostas deve ser feito de acordo com as condições previstas no edital de licitação. O art. 45 da Lei n. 8.666/93 determina que o julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e órgãos de controle.

3. TIPOS DE LICITAÇÃO

Os tipos de licitação, conforme disposto no § 1º do art. 45 da Lei n. 8.666/93, não cabem na modalidade concursos. São eles:

- a licitação de menor preço. Ocorre quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar como vencedor o licitante que

apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

- a licitação de melhor técnica;
- a licitação de técnica e preço;
- a licitação de maior lance ou oferta. São os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. É a modalidade utilizada em leilão.

Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados apenas para serviços de natureza predominantemente intelectual, como elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva em geral e, em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

4. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

O art. 22 da lei de licitações prevê as seguintes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Por sua vez, a Lei n. 10.520/2002 institui a modalidade de pregão. Veja-se cada uma delas.

4.1 Concorrência

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.

4.2 Tomada de preços

Concorrência 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.

4.3 Convite

Modalidade prevista para interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. A unidade 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 horas da apresentação das propostas.

4.4 Concurso

Modalidade aberta a 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 dias.

4.5 Leilão

Concorrência 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, cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. No caso de bens imóveis derivados de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, é indispensável a avaliação dos bens e a comprovação da necessidade ou utilidade da alienação.

4.6 Pregão

Modalidade de licitação, instituída pela Lei n. 10.520/2002, para aquisição de bens e serviços comuns, considerados assim aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Poderá ser realizado o pregão por meio de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

É possível a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores do pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação. A lei exige que as bolsas sejam organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e que tenham a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

A fase preparatória do pregão observará o seguinte, conforme dispõe o art. 3º da Lei n. 10.520/2002:

I – a autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II – a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem

apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

iv – a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

5. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – LEI N. 8.666/93

A lei traça a sequência de desenvolvimento do processo licitatório, prevendo as seguintes fases: formação do procedimento administrativo, audiência pública, edital, aviso, documentos e propostas, habilitação, julgamento das propostas, homologação e adjudicação.

5.1 Formação do procedimento administrativo

O procedimento de licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa. A ele serão juntados, oportunamente, todos os documentos referentes ao processo licitatório desde o edital ou convite até o contrato.

5.2 Audiência pública

Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a cem vezes o limite previsto no art. 23, I, c, da lei de licitações (atualmente R\$ 1.500.000,00), portanto R\$ 150.000.000,00, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública. Deve ser ela concedida, pela autoridade responsável, com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com antecedência mínima de dez dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual todos os interessados terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar.

Licitações simultâneas são aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos inferiores a trinta dias; e sucessivas aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a 120 dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.

5.3 Edital

O edital conterá, no preâmbulo, o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, a menção de que será regido pela Lei n. 8.666/93, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte, nos termos do art. 40 desta Lei:

- I – objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II – prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III – sanções para o caso de inadimplemento;
- IV – local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V – se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI – condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;
- VII – critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- VIII – locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- IX – condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
- XI – critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- XII – (*vetado*)
- XIII – limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- XIV – condições de pagamento, prevendo:
 - a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

- b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
- c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
- d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
- e) exigência de seguros, quando for o caso;
- xv – instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
- xvi – condições de recebimento do objeto da licitação;
- xvii – outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

5.4 Aviso

Elaborado o edital, a Administração Pública deve anunciar o início da licitação. Segundo o art. 21 da Lei n. 8.666/93, os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

- I – no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;
- II – no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;
- III – em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

5.5 Documentos e propostas

Os interessados deverão, na data marcada, apresentar documentos que comprovem o preenchimento dos requisitos exigidos no edital de ordem jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal.

A proposta é a oferta do interessado que deve estar em consonância com o previsto no edital.

5.6 Habilitação

Para a habilitação nas licitações, nos termos do art. 27 da lei de licitações, será exigido dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

- I – habilitação jurídica;
- II – qualificação técnica;
- III – qualificação econômico-financeira;
- IV – regularidade fiscal;
- V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal [proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos].

5.7 Habilitação ou inabilitação

Após o exame dos documentos de habilitação, os interessados serão considerados habilitados ou inabilitados conforme estejam ou não em situação regular frente às exigências da lei. Aos inabilitados serão devolvidos os envelopes de propostas ainda lacrados.

5.8 Julgamento das propostas

A comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e os princípios estabelecidos na lei. É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa, ainda que indiretamente, elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

Não será admitida proposta que apresente preços, global ou unitário, simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos. A exceção ocorrerá quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

5.9 Homologação

Findo o julgamento das propostas, resta à autoridade competente tomar uma das três decisões quanto aos atos praticados: homologá-los, anulá-los (total ou par-

cialmente) ou revogar a licitação em razão de fato superveniente. Com a homologação, fica reconhecida a adequação dos atos praticados, reconhecendo-se o direito do vencedor à adjudicação que virá.

5.10 Adjudicação

A adjudicação do objeto da licitação é o ato que finaliza o processo licitatório e proclama que tal objeto é entregue ao vencedor. Esse ato precede a assinatura do contrato respectivo.

6. DISPENSA DE LICITAÇÃO

A Lei n. 8.666/93, em seu art. 24, recentemente alterado pelas Leis ns. 11.783/2008 e 12.188/2010, que incluíram os incisos XXIX e XXX, respectivamente, relaciona as situações nas quais a licitação está dispensada. São as seguintes:

I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea *a*, do inciso I do artigo anterior [R\$ 15.000,00], desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea *a*, do inciso II do artigo anterior [R\$ 150.000,00] e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII – quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados

pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único [atualmente, o § 3º] do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII – nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

XIV – para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;

XV – para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

XVII – para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23 desta Lei [R\$ 80.000,00];

XIX – para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXI – para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, Finep, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico;

XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão;

XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

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

xxix – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

xxx – na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

7. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

Em algumas situações, a licitação pode ser inviável, acarretando a inexigibilidade da licitação, que não se confunde com sua dispensa. Essas situações estão previstas no art. 25 da Lei n. 8.666/93. São elas:

I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular [que são: estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico], com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III – para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

1. DEFINIÇÃO

O jurista José Cretella Júnior define processo administrativo, *lato sensu*, como:

Conjunto de atos e formalidades que, antecedendo e preparando o ato administrativo, permite que o Estado atinja seus fins, concretizando a vontade da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por provocação do particular ou do funcionário lesados em seus direitos.¹

O processo administrativo é um instrumento para garantia dos direitos dos servidores ou dos administrados. Com sua realização, as partes envolvidas serão ouvidas, alcançando de forma mais adequada o objetivo do processo.

2. PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

2.1 Princípio do contraditório

Esse princípio vem assegurado no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Por contraditório entende-se a necessidade de permitir que o acusado se manifeste a respeito de todos os fatos a ele imputados e em relação a todas as provas contra ele apresentadas.

¹ Curso de direito administrativo, p.572.

2.2 Princípio da ampla defesa

Previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, determina que deve ser assegurada ao acusado a utilização de todos os meios admitidos em Direito para se defender, ou seja, buscar a preservação do bem que pode ser afetado por atos ou decisões da outra parte. O princípio em tela se desdobra em direitos como defesa prévia, direito de interpor recurso administrativo, defesa técnica e direito de solicitar a produção de provas.

2.3 Princípio da oficialidade

A autoridade competente para decidir tem o dever de inaugurar e impulsionar o processo até que se obtenha um resultado final conclusivo e definitivo. Esse princípio é revelado pelo poder de iniciativa para instaurar o processo, para a instrução do processo e para a revisão de decisões pela Administração Pública.

2.4 Princípio da verdade material

É princípio que exprime a necessidade de a Administração tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam, não se satisfazendo somente com a versão oferecida pelos sujeitos.

2.5 Princípio do formalismo moderado

Também denominado *princípio do informalismo*, consiste na não exigência de formalidades especiais. Basta que a forma utilizada seja suficiente para assegurar a certeza jurídica e a segurança do processo. Existindo exigência legal quanto à forma de determinado ato, tem-se a necessidade de seu cumprimento, sob pena de nulidade do ato praticado em desacordo com a lei. O princípio facilita a defesa do particular, tendo em vista que este não precisa de advogado para ingressar com processo administrativo.

3. LEI N. 9.784/99, QUE DISCIPLINA O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO FEDERAL

3.1 Aplicação

A Lei n. 9.784/99 estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta. Também é aplicada aos ór-

gãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União quando no desempenho de função administrativa.

Para os fins desta Lei, dispõe o seu art. 1º, § 2º, que se consideram:

- I – órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;
- II – entidade – a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;
- III – autoridade – o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

3.2 Princípios expressos na lei

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Sobre esses princípios, remete-se o leitor aos tópicos que tratam dos princípios da Administração Pública e dos princípios do processo administrativo já abordados.

3.3 Critérios a serem observados no processo administrativo

Estabelece o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 9.784/99, os seguintes critérios:

- I – atuação conforme a lei e o Direito;
- II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;
- X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII – impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

3.4 Direitos dos administrados

A Lei n. 9.784/99 deixa patente, por meio de enumeração no art. 3º, os seguintes direitos que o administrado tem perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I – ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

3.5 Deveres dos administrados

Após apresentar os direitos, o legislador ordinário cuidou, no art. 4º, de estabelecer os deveres do administrado em processo administrativo. São eles:

I – expor os fatos conforme a verdade;

II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III – não agir de modo temerário;

IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

3.6 Início do processo

O processo pode ter início por ato da Administração Pública (de ofício) ou a pedido do interessado. O requerimento inicial do interessado deve ser formulado

por escrito, salvo casos em que for admitida solicitação oral, e conter os seguintes dados, nos termos do art. 6º da Lei n. 9.784/99:

- I – órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;
- II – identificação do interessado ou de quem o represente;
- III – domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;
- IV – formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;
- V – data e assinatura do requerente ou de seu representante.

A Administração não pode recusar imotivadamente o recebimento de documentos. O servidor é obrigado a orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

É possível um único requerimento quando houver pluralidade de interessados e conteúdo e fundamentos idênticos. Só não poderá ser dessa forma se houver preceito legal em contrário.

Segundo art. 9º desta Lei, são legitimados como interessados no processo administrativo:

- I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;
- II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;
- III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
- IV – as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de 18 anos, salvo exceção prevista em ato normativo próprio.

A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. A Lei n. 9.784/99, em seu art. 13, veda a delegação nas seguintes situações:

- I – a edição de atos de caráter normativo;
- II – a decisão de recursos administrativos;
- III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

No ato de delegação, devem estar especificados as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada. O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade que delegou. A avocação pode ocorrer em caráter excepcional e por motivos relevantes. Ocorre quando um órgão de hierarquia superior toma para si atribuição de órgão inferior.

O processo administrativo segue hierarquia, devendo ser iniciado perante a autoridade de menor grau para decidir. Pode haver alteração dessa ordem caso exista competência legal específica.

3.7 Impedimentos e suspeição

São institutos que servem para garantir a devida imparcialidade ao processo administrativo.

É impedido de atuar em processo administrativo, nos termos do art. 18 da Lei n. 9.784/99, o servidor ou autoridade que:

- I – tenha interesse direto ou indireto na matéria;
- II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
- III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

3.8 Forma, tempo e lugar dos atos do processo

Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em língua portuguesa, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável. A lei determina o prazo de cinco dias, salvo força maior ou disposição específica, para a prática dos atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem. É possível a ampliação do prazo até o dobro, mediante justificação. O local dos atos processuais é a sede do órgão. Se for outro local, deve haver a cientificação do interessado da mudança de local.

3.9 Comunicação dos atos

A intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências deve ser enviada com antecedência mínima de três dias úteis por qualquer meio hábil a dar ciência e, segundo o art. 26, § 1º, da Lei n. 9.784/99, deverá conter:

- I – identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;
- II – finalidade da intimação;
- III – data, hora e local em que deve comparecer;
- IV – se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;
- V – informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;
- VI – indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

O comparecimento do administrado supre eventual falta ou irregularidade da intimação.

O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. A ampla defesa do interessado está garantida no prosseguimento do processo.

Todos os atos do processo que impuserem ao interessado deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse, devem ser precedidos de intimação.

3.10 Instrução

As atividades do processo são realizadas de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias. Não são admitidas provas obtidas por meios ilícitos. A tomada de decisão pode ser precedida de audiência pública ou outros meios de participação dos administrados, para debates sobre a matéria do processo, tendo em vista sua relevância.

Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias. É assegurado ao interessado o direito de, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo. Podem ser recusadas, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo. Caso haja necessidade de oitiva de órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo. O não cumprimento do prazo pode impedir o prosseguimento do processo se o parecer for obrigatório e vinculante, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado. É assegurado aos interessados direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

3.11 Dever de decidir e motivação

A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. O prazo é de até trinta dias, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada. Dispõe o art. 50 da Lei n. 9.784/99 que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

3.12 Desistência e outros casos de extinção do processo

O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis. Havendo vários interessados, a desistência ou renúncia atinge somente quem a tenha formu-

lado. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

3.13 Recurso administrativo e revisão

Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito. Deve ser dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual o encaminhará à autoridade superior se não a reconsiderar no prazo de cinco dias. Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado de súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

- I – os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;
- II – aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;
- III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
- IV – os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida. O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente expõe os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes. O prazo máximo para a decisão do recurso é de trinta dias, salvo prazo diferente fixado em lei. Pode haver dilação do prazo por igual período ante justificativa explícita.

Em regra, o recurso não tem efeito suspensivo. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

O descumprimento do prazo, a interposição perante órgão incompetente, a interposição por quem não seja legitimado ou o exaurimento da esfera administrativa são causas de não conhecimento do recurso. No caso de alegação de violação de enunciado de súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões de aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, a autoridade prolatora e o órgão competente para o julgamento

do recurso serão cientificados para adequarem as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Quando houver aplicação de sanções, os processos administrativos podem 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. Nessa hipótese, não poderá haver agravamento da sanção. São sanções de natureza pecuniária ou se constituem em obrigação de fazer ou de não fazer.

3.14 Prazos

Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento. Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal. Salvo motivo de força maior, os prazos processuais não se suspendem.

3.15 Prioridade

A Lei n. 12.008/2009 inseriu o art. 69-A à Lei n. 9.784/99, concedendo a determinadas pessoas prioridade na tramitação, em qualquer órgão ou instância, dos procedimentos administrativos em que figurem como partes ou interessados. São elas:

- I – pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos;
- II – pessoa portadora de deficiência, física ou mental;
- III – (*vetado*)

IV – pessoa portadora de tuberculose ativa, esclerose múltipla, neoplasia maligna, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome de imunodeficiência adquirida, ou outra doença grave, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo.

Cabe a pessoa interessada na obtenção do benefício juntar prova de sua condição e requerer à autoridade administrativa competente que determine as providências a serem cumpridas.

Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

12

Lei de Improbidade Administrativa

1. INTRODUÇÃO

No dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

quando se exige a probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública¹.

No ordenamento jurídico pátrio, rege o tema a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92, que será objeto de estudo a seguir.

2. CONDUTAS CARACTERIZADORAS DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os atos de improbidade administrativa são classificados na Lei n. 8.429/92 como atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito, atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A Lei de Improbidade Administrativa consolida o princípio de que o Direito não consente com práticas que acarretem enriquecimento indevido e ilícito. Essa lei busca defender os cofres públicos e, também, resguardar os princípios basilares da Administração Pública.

¹ *Direito administrativo*, p.763.

O sujeito ativo é o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta. O sujeito passivo pode ser qualquer entidade que faça parte:

- da Administração Direta, Indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de Território;
- de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual;
- entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de 50% do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

As condutas podem ser praticadas com dolo ou culpa. Veja-se essas condutas a seguir.

3. ATOS DE IMPROBIDADE QUE IMPORTAM ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Enriquecimento ilícito está definido no Dicionário brasileiro de letras jurídicas como “o acréscimo de bens que, em detrimento de outrem, se verificou no patrimônio de alguém, sem que para isso tenha havido fundamento jurídico”². Pelo disposto no art. 9º da Lei n. 8.429/92, é auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade. As condutas descritas são:

- I – receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;
- II – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;
- III – perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;
- IV – utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das enti-

2 SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, p.341.

dades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

v – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

vi – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

vii – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

viii – aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

ix – perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

x – receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

xi – incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

xii – usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

No caso do enriquecimento ilícito, o agente público ou terceiro beneficiário perderá os bens ou valores acrescidos a seu patrimônio.

4. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO

Segundo o art. 10 da Lei n. 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa causador de 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 na 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 dispensá-lo 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.

5. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, qualquer ação

ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, notadamente:

- I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;
- II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III – revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV – negar publicidade aos atos oficiais;
- V – frustrar a licitude de concurso público;
- VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII – revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

6. PENAS

As penas previstas na lei em estudo são aplicadas independentemente de outras sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, podendo ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. O autor do ato de improbidade administrativa pode ser sancionado com a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio ilicitamente; o ressarcimento integral do dano; a perda da função pública; a suspensão dos direitos políticos; o pagamento de multa civil; e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. O valor da multa, o tempo de suspensão dos direitos políticos e o tempo de proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais variam de acordo com o enquadramento do ato de improbidade.

A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público e da aprovação ou rejeição das contas por órgão de controle interno, Tribunal ou Conselho de Contas, salvo quanto à pena de ressarcimento.

7. DECLARAÇÃO DE BENS

A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. A declaração deve ser atualizada anualmente e na hipótese de o agente público deixar o exercício do mandato, car-

go, emprego ou função. A recusa em entregar a declaração ensejará a demissão a bem do serviço público, sendo possível, ainda, a aplicação de outras sanções.

No âmbito da Administração Pública Federal, o Decreto n. 5.483/2005 regulamentou o procedimento para entrega e atualização da declaração de bens. Os agentes públicos devem atualizar, em formulário próprio, anualmente e no momento em que deixarem o cargo, emprego ou função, a declaração dos bens e valores, com a indicação da respectiva variação patrimonial ocorrida.

A atualização anual será realizada no prazo de até quinze dias após a data-limite fixada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil do Ministério da Fazenda para a apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física. O agente público pode autorizar o acesso à declaração anual apresentada à Secretaria da Receita Federal, com as respectivas retificações.

A recusa em apresentar a declaração acarreta a instauração de processo administrativo disciplinar.

8. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade, devendo ser por escrito ou, se verbal, reduzida a termo. A representação deverá conter a qualificação do representante e as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

O não cumprimento das formalidades exigidas em lei acarretará a rejeição da representação em despacho fundamentado, não sendo impedida, contudo, a representação ao Ministério Público. Caso a representação seja aceita, a autoridade deverá determinar a apuração dos fatos na forma da Lei n. 8.112/90, em se tratando de servidores federais; e, no caso de militares, conforme dispuser os regulamentos disciplinares respectivos.

Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão responsável pelo processo representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

9. PROCESSO ADMINISTRATIVO

O pedido de sequestro feito pelo Ministério Público ou pela procuradoria do órgão será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil. O pedido poderá incluir a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Quando não atuar como parte, o Ministério Público atuará obrigatoriamente como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

A ação principal segue o rito ordinário, devendo ser proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. A ação deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Após a notificação do requerido, este poderá oferecer manifestação por escrito no prazo de quinze dias. Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Se o juiz receber a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento.

10. PRESCRIÇÃO

Os prazos prescricionais para as ações de improbidade administrativa estão previstos no art. 23 da Lei de Improbidade Administrativa, e são os seguintes:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

13

Meios de controle dos atos administrativos

1. CONTROLE

Pode se dar nos âmbitos administrativo, legislativo e judiciário. Por meio de mecanismos previstos no ordenamento jurídico pátrio, busca-se o cumprimento dos atos administrativos segundo a legislação, com eficiência da Administração Pública.

2. CONTROLE NA ESFERA ADMINISTRATIVA

2.1 Aspectos gerais

É forma de autocontrole no qual a própria Administração Pública e os Poderes Legislativo e Judiciário nos órgãos de suas administrações controlam suas atividades, mantendo ou desfazendo-as segundo estejam ou não de acordo com as normas. Anula-se o ilegal e revogam-se os atos legais, desde que sejam declarados inoportunos ou inconvenientes para a Administração Pública.

O fundamento desse controle está no dever-poder de autotutela que a Administração Pública tem sobre suas atividades e seus agentes. Esse controle pode se dar pelos seguintes instrumentos: direito de petição, pedido de reconsideração, reclamação administrativa e recurso administrativo.

2.2 Direito de petição

O art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos e esclarecimentos de situações de interesse pessoal. A autoridade pública deve encaminhar o pedido feito pelo administrado de forma que sejam apuradas as irre-

gularidades apontadas. Qualquer pessoa é parte legítima em processo administrativo destinado a apurar abusos de autoridade e a promover sua responsabilização.

O órgão público para o qual é dirigida a petição não poderá negar o recebimento e o conhecimento dela. O não recebimento configura desrespeito ao direito, e o agente omissor estará sujeito a sanções civis, penais e administrativas. O interessado poderá informar à esfera ou autoridade superior o ato de desrespeito à Constituição para serem adotadas as medidas cabíveis.

2.3 Pedido de reconsideração

É medida que visa ter da autoridade que praticou o ato a sua modificação, atendendo às pretensões do autor. Pode ser utilizado por quem tenha legítimo e direto interesse. Por exemplo, pedido de reconsideração quando um auxílio-doença é negado por conta de a perícia médica considerar que não há incapacidade laboral.

2.4 Reclamação administrativa

A reclamação administrativa é o ato pelo qual o administrado leva uma pretensão perante a Administração Pública, visando obter reconhecimento de um direito ou correção de um erro que lhe cause lesão ou ameaça de lesão. O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em um ano, a contar da data do ato ou fato do qual ela se originar.

2.5 Recurso administrativo

Serve para o reexame de decisão proferida por agente ou órgão administrativo, com o objetivo de modificar ou desfazer o ato recorrido, tendo sempre efeito devolutivo e podendo ter, também, suspensivo. O recurso administrativo deve observar os prazos estabelecidos nas normas que regulamentam tal instrumento. Exemplo de seu uso são os recursos contra notificação de lançamento de débito junto à Delegacia da Receita Federal, quando houver discordância por parte do contribuinte.

3. CONTROLE DO LEGISLATIVO

3.1 Características

É realizado pelo Poder Legislativo em razão de determinados atos do Poder Executivo. Tem como objetivo adequar a atividade da Administração Pública aos interesses do Estado e da comunidade.

3.2 Instrumentos em espécie

Serão tratados brevemente a Comissão Parlamentar de Inquérito, o pedido de informação e convocação de autoridade, a sustação dos atos normativos e a fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

3.3 Comissão Parlamentar de Inquérito

Conforme preceito contido no art. 58, § 3º, da Constituição Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais e serão criadas pelas Casas Legislativas para a apuração de fato determinado e por prazo certo. Suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilização civil ou criminal dos infratores. As Comissões Parlamentares de Inquérito podem ser instauradas nas esferas federal, estadual e municipal.

3.4 Pedido de informação e convocação de autoridade

O art. 50, *caput*, da Constituição Federal prevê a convocação de autoridade e, em seu § 2º, o pedido de informação. O artigo ainda dispõe que as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a ministros de Estado ou a titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. Por exemplo, informações sobre descredenciamento de hospital pelo Ministério da Saúde.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar ministros de Estado ou titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.

3.5 Sustação dos atos normativos

É da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Essa previsão encontra-se no art. 49, v, da Constituição Federal.

Os decretos regulamentares servem para regulamentar leis e devem estar por elas limitados. Ou seja, podem ser considerados ilegais quando inovam, criando direitos ou estabelecendo obrigações inexistentes na lei que regulamenta. As leis de-

legadas, elaboradas pelo presidente da República, devem seguir os limites impostos na resolução que permite a delegação. Ultrapassar os limites nos dois casos pode ensejar a sustação desses atos pelo Poder Legislativo.

3.6 Fiscalização contábil, financeira e orçamentária

A Constituição Federal prevê, em seus arts. 70 a 75, esse tipo de controle por parte do Congresso Nacional em relação às entidades da Administração Direta e Indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Para isso, é previsto o auxílio do Tribunal de Contas da União. A competência desse órgão está no art. 71 do texto constitucional. No entanto, isso não desobriga o controle interno por parte da Administração Pública.

4. CONTROLE JURISDICIONAL

Tem por escopo verificar a legalidade de ato ou atividade administrativa. Não é cabível qualquer análise quanto ao mérito do ato, ou seja, sobre sua conveniência ou oportunidade. O objetivo é examinar a legalidade. Normalmente, ocorre por provocação.

4.1 Instrumentos de controle

4.1.1 Mandado de segurança

A Lei n. 12.016/2009 disciplina o mandado de segurança individual e coletivo. Segundo Hely Lopes Meirelles, o mandado de segurança

é meio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para proteger direito individual ou coletivo líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça¹.

Como exemplos de universalidades, podem ser citados o espólio, a massa falida, o condomínio, a sociedade de fato etc. Exemplos de órgãos legitimados são os Ministérios e as Secretarias. Essas entidades não têm personalidade jurídica e, em regra, não têm capacidade processual. No entanto, em relação ao mandado de segurança, é reconhecida a capacidade processual para a defesa de suas atribuições.

1 *Direito administrativo brasileiro*, p.585.