ADMINISTRATIVO I

2020

MANUAL CASEIRO

Sumário

Conteúdo 01: Introdução ao Direito Administrativo 2

Conteúdo 02: Regime Jurídico Administrativo 18

Conteúdo 03: Poderes Administrativos 66

Conteúdo 04: Organização Administrativa 102

Conteúdo 05: Empresas Estatais 125

Conteúdo 06: Licitação 144

Conteúdo 07: Contratos Administrativos 181

Conteúdo 08: Regime Diferenciado de Contratações 206

Conteúdo 09: Serviços Públicos 211

Conteúdo 10: Atos Administrativos 231

Conteúdo 11: Processo Administrativo 263

MANUAL CASEIRO

DIREITO ADMINISTRATIVO I

Conteúdo 01: Introdução ao Direito Administrativo

O direito administrativo parte da ideia de Estado. Nesse sentido, o **Estado** *é a nação politicamente organizada* – povo/território/ governo soberano.

Estado (composição): **povo + território + governo soberano** (elementos da composição do Estado).

Assim, contemplamos que as definções de Estado e Governo não se confundem, sendo este último um dos elementos formadores do Estado.

O Estado é pessoa jurídica de direito público, ainda que atuando na seara do Direito privado. Assim, o Estado pode atuar no direito público ou no direito privado; no entanto, sempre ostenta a qualidade de **PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO**. Com efeito, a **teoria da dupla personalidade do Estado** encontra-se superada.

Atualmente, seja atuando no direito privado, *seja atuando na seara do direito público, o Estado tem natureza jurídica de direito público*.

Durante muito tempo, predominou a ideia de Estado absoluto, razão pela qual não se admitia a submissão do Estado ao Direito, de modo que nesse período vigorou a chamada "**FASE DA IRRESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO",** posto que se defendia a ideia de que o Rei não errava. O rei era considerado quase uma encarnação de uma divindade.

Com a evolução, criou-se o que hoje denomina-se de Estado de Direito.

Na fase do Estado de Direito, temos *um Estado que cria o direito, mas que ao mesmo tempo se submete as regras deste direito posto a comunidade*. Um Estado responsável pelos seus atos, obrigando não somente aos membros da sociedade, mas a si próprio.

O Brasil adotou a clássica teoria da tripartição de funções do Estado.

Poderes (tripartição/distribuição) = Legislativo/Judiciário e Executivo – dividindo-se em funções típicas e atípicas. São funções estruturais distribuídas. (Montesquieu)

1. Funções

- Legislativa: inovar na ordem jurídica, através da elaboração das normas que obrigam os cidadãos/particulares, exercida pelo Poder Legislativo.

- Judicial: poder de resolver as controvérsias existentes dentro da sociedade. O conflito deve ser resolvido pelo Estado, tendo em vista que é vedado a autotutela. Gozam do caráter de definitividade, não admitem questionamentos a posteriori.
- Administrativa: tem por função concretizar a atividade legislativa, de atuar no caso concreto, buscando o interesse da coletividade.

A repartição dos poderes em um Estado democrático de direito mostrou-se necessária para que todos os poderes não ficassem unicamente na mão de só um deles.

Cada um dos poderes exerce suas funções de forma típica por excelência, por exemplo, a função originária do legislativo é inovar na ordem jurídica com as leis, porém, isso não lhes retira, nem inibe que exerçam funções atípicas.

Assim, contemplamos que embora cada um desses poderes tenha a sua função típica, possui atipicamente a função dos outros poderes. Não há separação absoluta, de modo que eles são independentes e harmônicos entre si.

> CF, *Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*

Retomando a ideia da função administrativa, cumpre ressaltar que governo pode ser definido como a gestão da atividade do Estado.

Na função administrativa é que se pauta o direito administrativo. É exercida tipicamente pelo Poder Executivo, e atipicamente pelo legislativo e judiciário.

Vamos ESQUEMATIZAR?

Poder	Função Típica	Funções Atípicas
Executivo	Função administrativa	**1) Função normativa:** a) expedir decretos e regulamentos (CF, art. 84, IV); b) editar medida provisória (CF, art. 62); c) elaborar leis delegadas (CF, art. 68); **2) Função jurisdicional:** a) julgar processos administrativos
Legislativo	Função legislativa/normativa	**1) Função administrativa:** a) realizar concursos e licitações, conceder licenças, férias e afastamento a seus servidores; **2) Função jurisdicional:** a) processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos CRIMES DE RESPONSABILIDADE, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles (CF, art. 52, I);

		b) processar e julgar os Ministros do STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério Público, o PGR e o AGU nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, II);
Judiciário	Função Jurisdicional	**1) Função normativa:** a) elaborar seu regimento interno (CF, art. 96, I, "a"); **2)Função Administrativa:** a) organizar suas secretárias e serviços auxiliares (CF, art. 96, I, "b"); b) promover os cargos de seus quadros (CF, art. 96, I, "e"); c) conceder afastamentos, licenças e férias aos servidores dos seus quadros (CF, art. 96, I, "f");

Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.

2. Conceito de Administração Pública

A expressão Administração Pública pode ser analisada sob seu **aspecto formal/ subjetivo/ orgânico** ou sob seu **aspecto material/objetivo**.

Vejamos:

Administração Pública em SENTIDO FORMAL/SUBJETIVO/ORGÂNICO → é a estrutura do Estado. **São as pessoas jurídicas e os órgãos que compõem a Administração Pública**.

Comporta as pessoas que fazem parte da Administração Pública, exercendo a atividade administrativa.

"A expressão Administração Pública, em sentido formal, orgânico ou subjetivo designa o **conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa**, independentemente do poder a que pertençam. Deve ser grafada com as primeiras letras em maiúsculo".

De acordo com a doutrina nacional, os órgãos e agentes públicos estão compreendidos no **sentido subjetivo** de Administração Pública. "**O sentido subjetivo, formal ou orgânico da Administração Pública *compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos que são incumbidos de exercer uma das funções estatais: a função administrativa***".

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2019 Banca: IESES Órgão: TJ-SC Prova: IESES - 2019 - TJ-SC - Titular de Serviços de Notas e de Registros.
A Administração Pública em sentido subjetivo encerra:

A. Os servidores públicos.

B. As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado que a integram.

C. O conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que executam as funções administrativas estatais.

D. As pessoas jurídicas de direito público que a integram.

Gab. C.

Administração Pública em SENTIDO MATERIAL/OBJETIVO → significa a **função administrativa em** si. Corresponde a função desempenhada pela administração.

"Por sua vez, administração pública (em letra minúscula), considerada com base no critério material ou objetivo se confunde com a função administrativa, devendo ser entendida **como atividade administrativa exercida pelo Estado**, designando a atividade consistente na defesa concreta do interesse público".

É função administrativa: a função ordenadora (poder de polícia), prestacional, regulatória (fomento) e de controle.

Em síntese:

Administração Pública em sentido formal	Administração Pública em sentido material
Conjunto de órgãos e agentes no exercício da função administrativa.	É a própria atividade administrativa desempenhada pelo Estado.

Candidato, qual a compreensão de Administração Pública?

Excelência, a expressão administração pública pode ser analisada sob dois aspectos, em seu sentido subjetivo e objetivo.
Sob o aspecto subjetivo, também denominado de aspecto orgânico ou formal, a administração pública corresponde ao conjunto de órgãos e agentes estatais que atuam no exercício da função pública. Trata-se do **conjunto de pessoas jurídicas e órgãos que compõem a administração e faz a atividade administrativa.**
Por outro lado, administração pública em seu sentido objetivo, conhecido também como aspecto material, é a própria atividade administrativa desempenhada pelo Estado.
Em quesito de provas objetivas, referida classificação possui alto índice de cobrança pela Banca CESPE, sendo objeto de quesito na última prova de Delegado de Polícia Civil/PE – 2016, sendo considerada correta a alternativa que apontava para o conceito de administração pública em sentido subjetivo. Vejamos:
"*A administração pública, em sentido estrito e subjetivo, compreende as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos que exerçam função administrativa*".
Por fim, cumpre destacar que a referida classificação foi igualmente cobrada na prova de Delegado de Polícia Civil/ES – 2011.

Sentido Subjetivo	Sentido Objetivo
Conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa.	É a própria atividade administrativa exercida pelo Estado.
Em **sentido subjetivo** (também denominado **formal** ou **orgânico**), a expressão "**Administração Pública**" designa os **entes** que exercem as funções administrativas, compreendendo as **pessoas jurídicas**, os **órgãos** e os **agentes** incumbidos dessas funções. Em outras palavras, em sentido subjetivo, a Administração	Em **sentido objetivo** (também designado **material** ou **funcional**), a **Administração Pública** (grafada em letras minúsculas por se referir à função administrativa) é caracterizada pela própria **atividade administrativa** exercida pelo Estado, por meio de seus agentes e órgãos. (Ricardo Alexandre);

Pública confunde-se com os próprios sujeitos que integram a estrutura administrativa do Estado. (Ricardo Alexandre),	

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2016. Banca: MPE-SC. Órgão: MPE-SC. Prova: Promotor de Justiça – Matutina). A administração pública, no sentido subjetivo, designa o conjunto de órgãos e agentes estatais responsáveis por funções administrativas. No sentido objetivo, a administração pública é um complexo de atividades concretas visando o atendimento do interesse público.

Gab. CERTO.

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

- A **administração pública**, em seu **sentido subjetivo**, compreende o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas incumbidos de executar as atividades administrativas, distinguindo-se de seu **sentido objetivo**, que se relaciona ao exercício da própria atividade administrativa.

Obs.: ORGÂNICO é sinônimo de Subjetivo e Formal. (Administração em sentido orgânico = administração em sentido subjetivo e é = administração em sentido formal).

- Em sentido subjetivo, a administração pública compreende órgãos e agentes públicos e pessoas jurídicas públicas e privadas encarregadas de exercer a função administrativa da atividade estatal.

Obs.: essa classificação já foi cobrada reiterada vezes pelo CESPE e também por outras bancas examinadoras #FicadeOlho.

***Candidato, e esses aspectos em seu sentido* AMPLO e ESTRITO?**

	Aspecto subjetivo	Aspecto Objetivo
Sentido AMPLO	Órgãos constitucionais de governo e órgãos administrativos subordinados	Função de governo e função administrativa
Sentido ESTRITO	Órgãos administrativos subordinados	Função administrativa

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2014. Banca: VUNESP. Órgão: PC-SP. Prova: Delegado de Polícia). A Administração Pública, em sentido:

a) objetivo, material ou funcional, designa os entes que exercem a atividade administrativa.
b) amplo, objetivamente considerada, compreende a função política e a função administrativa.

c) estrito, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais, como também os órgãos administrativos, subordinados e dependentes, aos quais incumbe executar os planos governamentais.
d) estrito, objetivamente considerada, compreende a função política e a função administrativa.
e) subjetivo, formal ou orgânico, compreende a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Gab. B.

3. Direito Administrativo

O conceito de direito administrativo está atrelado a função administrativa. Tratam-se de conceitos umbilicalmente relacionados.

Estudo da função administrativa do Estado.

O direito administrativo é ramo jurídico, e como tal, se dedica ao estudo das regras e normas, sendo caracterizada como ciência normativa, impositiva que define os limites dentro dos quais a gestão pública pode ser executada.

Critérios e Teorias

Várias foram as correntes/teorias que buscaram definir o direito administrativo. Nessa linha, vejamos as principais delas:

I – Critério ou Corrente Legalista/ exegética: defendia que direito administrativo era o conjunto de normas existentes no país. Direito Administrativo se limitaria as **normas existentes que tratassem da função administrativa.** Para essa escola, o D. Administrativo se resume no conjunto da legislação administrativa existente no país.

II – Critério do Poder Executivo: conforme esse critério, o direito administrativo está relacionado ao Poder Executivo. Assim, o objeto do direito administrativo seria toda atuação do Poder Executivo.

Critica: referido critério sofreu críticas em decorrência das funções atípicas que todo poder exerce, assim, quando o Executivo estivesse em sua função atípica, seria considerado objeto do direito administrativo? Nem toda atuação do executivo é analisado no estudo do direito administrativo. Em razão dos argumentos apresentando, o referido critério não prosperou.

III – Critério das relações jurídicas: pretende-se definir o Direito Administrativo como a disciplina das relações jurídicas entre Administração Pública (Estado) e o particular. Assim, todas as relações entre o Estado e o Administrado seria função administrativa. O direito administrativo teria como objeto o estudo dessas relações. De igual modo, referido critério não prosperou, posto que se esquece que outros ramos do direito público possuem relações administrativas.

Crítica: Devemos recordar que outros ramos do direito, de igual modo, regulam a relação jurídica entre particular e Estado, por exemplo, os contratos privados pactuados que são regidos pelo direito civil.

IV – Critério do Serviço Público: defendia que o direito administrativo seria a prestação do serviço público. Assim, função administrativa seria a prestação do serviço público pelo Estado.

Crítica: Referido conceito é bastante restrito, isto porque na atualidade a ideia de prestação de serviço público vem sofrendo restrições, de modo que a administração pública não se limita tão somente a execução dessa prestação.

O Estado faz muitas atividades além da mera prestação do serviço público, sendo este último apenas uma das facetas. Por exemplo, atua na exploração de atividade econômica na busca do interesse público.

V – Critério teleológico (ou finalístico): considera que o Direito Administrativo deve ser conceituado como toda atuação do Estado com finalidade pública.

Segundo Matheus Carvalho (2019), o critério teleológico "*considera que o direito administrativo deve ser conceituado como sistema de princípios jurídicos que regula as atividades do Estado para cumprimento de seus fins*".

Crítica: Essa posição apresenta-se como a mais correta, porém não consegue abranger integralmente o conceito da matéria, de forma que não é adotada de forma majoritária.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2019 Banca: CESPE Órgão: PGE-PE Prova: CESPE - 2019 - PGE-PE - Analista Judiciário de Procuradoria. Com relação à origem e às fontes do direito administrativo, aos sistemas administrativos e à administração pública em geral, julgue o item que segue.

De acordo com o critério teleológico, o direito administrativo é um conjunto de normas que regem as relações entre a administração e os administrados.

Gab. ERRADO. O enunciado da questão contempla a definição do critério das relações jurídicas.

VI – Critério residual (negativista): surgiu da dificuldade de identicar o objeto do D. Administrativo. Assim, tentou-se definir o direito administrativo **a partir do que ele não era, ou seja, uma espécie de exclusão**.

Assim, conforme essa corrente doutrinária, *o Direito Administrativo deve ser conceituado por exclusão, isto é, seriam pertinentes a esse ramo do direito, todas as questões não pertencentes ao objeto de interesse de nenhum outro ramo jurídico.*

Crítica: não posso definir algo pelo que ele não é. Embora não tenha um erro grosseiro, ele não pode ser usado como forma de conceituação do direito administrativo.

VII – Critério Funcional

Segundo Hely Lopes Meirelles, **o direito administrativo pode ser definido como conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e a atividade pública para realização dos fins desejados pelo Estado de forma DIRETA, CONCRETA e IMEDIATA.**

- Direta: não se confunde com a função jurisdicional, que é indireta por depender de provocação. Desse modo, ao se falar que a atuação é direta quer-se dizer que ela atua de ofício, não dependendo de provocação. Reitero, **NÃO** *depende de provocação para que haja atuação administrativa*, ela é DIRETA.
- Concreta: diferente da legislativa, que é geral e abstrata, não atinge pessoas específicas, a função administrativa é concreta porque se materializa em casos concretos.
- Imediata: realiza os fins do Estado (necessidades do Estado). Quem define os fins do Estado, por sua vez, é o Direito Constitucional.

Vamos ESQUEMATIZAR?

CRITÉRIO	Conceito de Direito Administrativo
Legalista	Disciplina jurídica responsável pelo **estudo das normas administrativas** – leis, decretos, regulamentos.
Poder executivo	Disciplina jurídica das **atividades do Poder Executivo**.
Relações jurídicas	Conjunto de normas que regem as **relações jurídicas entre a Administração e os Administrados.**
Serviço público	Tem por disciplina o serviço público.

Teleológico ou finalístico	Conjunto de **normas que disciplinam a atuação concreta do Estado para a consecução dos seus fins** (fins públicos).
Negativo ou residual	O direito administrativo deve ser **conceituado por exclusão.**
Administração Pública ou critério FUNCIONAL	É o **conjunto de princípios e normas que regem a Administração Pública**.

Candidato, qual o critério utilizado para definição de Direito Administrativo?

Excelência, várias correntes/critérios foram empregadas na tentativa de compreender o conceito de Direito Administrativo. Atualmente, doutrina majoritária tem se inclinado para adoção do critério funcional. Pelo critério funcional o direito administrativo pode ser definido como **conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, agentes e a atividade pública para a realização dos fins desejados pelo Estado de forma DIRETA, CONCRETA e IMEDIATA.**
Fala-se que é direta porque a atuação administrativa não depende de provocação para ser exercida, tal qual ocorre com a atuação do poder judiciário. Por outro lado, é concreta, porque diferentemente da legislativa que é de cunho geral e abstrato, não atinge pessoas específicas, a função administrativa se materializa em casos concreto, por fim, é imediata pois realiza os fins propostos ao Estado.

4. Fontes do Direito Administrativo

No que tange ao Direito Administrativo este não possui uma codificação específica, o que acaba por tornar ainda mais relevante o estudo das fontes. Nessa linha, a doutrina costuma apontar a existência de cinco fontes principais deste ramo do direito, quais sejam: **LEI; JURISPRUDÊNCIA; DOUTRINA; CONSTUMES SOCIAIS E PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO.**

FONTES
Lei (em sentido amplo)
Jurisprudência
Doutrina
Costumes Sociais
Princípios Gerais do Direito

4.1) **Lei**

Nos termos art. 1 da Cons10tituição da República, o Estado brasileiro se caracteriza por ser Democráti10co e de Direito, mo10tivo pelo qual a lei assume papel relevante enquanto instrumento que limita a ação estatal e a direciona o Administrador rumo à concre10zação dos interesses públicos.

Nessa perspectiva, **a lei se apresenta como sendo a fonte primária do direito administrativo,** pois inova no ordenamento jurídico. A atuação administrativa tem que ser pautada pela lei, *só existe a atuação do administrador se houver permissivo legal nesse sentido* (**princípio da legalidade**).

"*A lei é a fonte primordial do direito administrativo brasileiro, em razão da rigidez que o Ordenamento Jurídico brasileiro estabelece em relação ao princípio da legalidade nesse ramo jurídico*".

O direito administra11vo tem como fonte principal a **LEI EM SEN11TIDO LATO (amplo)**, compreendendo tanto a Cons11tituição da República, quanto as Cons11tituições dos Estados, a Lei Orgânica do Distrito Federal, as Leis Orgânicas do Município, as Leis Complementares, as Leis Ordinárias, as Leis Delegadas, e as próprias Medidas Provisórias.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2014 Banca: VUNESP Órgão: PC-SP Prova: VUNESP - 2014 - PC-SP - Delegado de Polícia. O conceito de Direito Administrativo é peculiar e sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. A par disso, é fonte primária do Direito Administrativo

A. a jurisprudência.

B. os costumes.

C. os princípios gerais de direito.

D. a lei, em sentido amplo.

E. a doutrina.

Gab. D.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2016 Banca: CESPE Órgão: PC-PE Prova: CESPE - 2016 - PC-PE - Agente de Polícia. Considerando as fontes do direito administrativo como sendo aquelas regras ou aqueles comportamentos que provocam o surgimento de uma norma posta, assinale a opção correta.

A. A lei é uma fonte primária e deve ser considerada em seu sentido amplo para abranger inclusive os regulamentos administrativos.

B. O acordo é uma importante fonte do direito administrativo por ser forma de regulamentar a convivência mediante a harmonização de pensamentos.

C. Os costumes, pela falta de norma escrita, não podem ser considerados como fonte do direito administrativo.

D. A jurisprudência é compreendida como sendo aquela emanada por estudiosos ao publicarem suas pesquisas acerca de determinada questão jurídica.

E. Uma doutrina se consolida com reiteradas decisões judiciais sobre o mesmo tema.

Gab. A.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2019 Banca: Unesc Órgão: FLAMA-SC Prova: Unesc - 2019 - FLAMA-SC – Geólogo. No que se refere às fontes formais do Direito Administrativo é correto afirmar o seguinte:

A. Os costumes são considerados uma fonte primária, sendo a principal fonte do direito administrativo.

B. A doutrina é considerada a principal fonte do direito administrativo e tem como base os estudos dos teóricos e doutrinadores da área pública do direito.

C. A jurisprudência é considerada a principal fonte do direito administrativo, pois tem como origem as decisões reiteradas dos tribunais superiores.

D. A lei, em sentido amplo, é considerada uma fonte primária, sendo a principal fonte do direito administrativo.

Gab. D.

4. 2) **Doutrina**

É fonte secundária. Refere-se a lição dos mestres e estudiosos da matéria, ensejando a formação de arcabouço teórico. É fonte interpretativa, sistema teórico. Expõe uma interpretação sobre aquela determinada matéria ou lei, ao estabelecer o que provavelmente a referida buscava, ou seja, sua razão/sentido.

4. 3) **Jurisprudência**

Podemos definir a Jurisprudência como sendo decisões reiteradas dos Tribunais que, diante da multi12plicação de demandas idênti12cas ou semelhantes, firmam orientação a respeito de determinadas questões. No direito administra12vo brasileiro, trata-se de importante fonte secundária que influencia a consolidação do direito.

Em síntese, a jurisprudência se traduz na reiteração de julgados dos órgãos do judiciário, travando uma orientação acerca de determinada matéria. Trata-se de fonte secundária do D. Administrativo, de grande influência na construção e consolidação desse ramo.

Reitero, é espécie de fonte secundária.

→EC 45 criou a possibilidade da edição de súmulas vinculantes pelo Tribunal, desde que aprovados por 2/3 dos Ministros do STF.

Súmulas e Jurisprudências, não são em regra, vinculantes, servem de orientação para atuação administrativa e jurisdicional. São orientadoras, não vinculam a atuação administrativa. Todavia, merece destaque sabermos que a partir da EC45 passou-se a prever a edição de súmulas com força vinculante. Nesse caso, segundo ensinamentos do Prof. Matheus Carvalho (2019, pág. 41) *é indiscutível o fato de que decisões judiciais com efeitos vinculantes NÃO PODEM ser consideradas meras fontes secundárias de D. Administrativo e sim fontes principais ou diretas, já que alteram o ordenamento jurídico positivo de forma imediata, impondo e definindo condutas de observância inafastável para todos os entes da Administração Pública.*

Obs.1: Súmula vinculante tem caráter de fonte principal. As demais são fontes secundárias.

- Fonte primária: súmulas vinculantes.

→ As súmulas vinculantes são fontes principais/diretas/primária.

4. 4) **Costumes**

É fonte indireta, pois atuam corroborando na produção legislativa, ou seja, servem para auxiliar na produção da lei, a qual deverá ser construída observando-se os costumes da sociedade.

Trata-se de fonte secundária e indireta.

5) Princípios gerais do Direito

São vetores do sistema, os quais orientam os princípios constitucional.

6. Interpretação do Direito Administrativo

A interpretação em Direito Administrativo deve se pautar em 3 (três) pressupostos básicos, quais sejam, ***desigualdade entre a administração e o particular (desigualdade jurídica); presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração*** e por fim, a ***necessidade de discricionariedade.***

Vamos ESQUEMATIZAR:

Desigualdade entre Administração e particular
Presunção de legitimidade dos atos
Necessidade de Discricionariedade

Toda vez que se interpreta uma norma do direito administrativo, devemos recordar que existe uma desigualdade jurídica, posto que a Administração atua com supremacia em face ao particular (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado).

Os atos praticados pela administração são presumivelmente legítimos (presunção de legitimidade dos atos: atributo do ato administrativo), ou seja, presume-se que ele foi praticado em conformidade com o ordenamento jurídico (atributo do ato administrativo: presunção de legitimidade e de veracidade, trata-se de presunção relativa).

E por fim, não podemos esquecer-nos da discricionariedade (margem de escolha no caso concreto), ela é indispensável para que o administrador possa concretizar a norma geral e abstrata prevista.

7. Sistema administrativo de controle do exercício da função administrativa

1- sistema contencioso administrativo ou francês: trabalha com a ideia é de separação absoluta dos poderes.

O sistema do contencioso administra14vo, é influenciado pela aplicação absoluta da **Teoria da Separação dos Poderes Estatais**, razão pela qual intenta evitar interferências recíprocas nas estruturas internas do Estado.

Nesse sistema, o Judiciário julga todos os conflitos da sociedade, com exceção dos que envolvam a Administração, isto porque o Judiciário não poderia violar o âmbito do executivo. Nesse sistema, o Conselho de Estado é órgão da Administração que tem a função de julgar todas as controvérsias que tenha como parte a Administração Pública.

Esse conselho é Órgão Administrativo.

A decisão do Conselho faz coisa julgada material, impedindo assim o seu questionamento no âmbito do Judiciário, ou seja, não se submete ao controle do judiciário a posteriori.

Também denominado de **sistema da dualidade de jurisdição**.

O sistema do contencioso não foi adotado pelo Brasil, tendo sido adotado o **sistema de jurisdição única**.

2 – sistema de jurisdição única ou inglês: unidade de jurisdição, somente o Poder Judiciário pode proferir decisões com caráter de definitividade.

O sistema inglês, adota a unicidade de jurisdição, desaguando no Poder Judiciário todo e qualquer li15gio, inclusive de natureza administra15va, haja vista ser **o único órgão com poder de resolver conflitos de forma defini15va**.

"*O sistema inglês de jurisdição única foi adotado no Brasil, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no art. 5º,XXXV, CF 88. Neste modelo, todos os litígios são resolvidos definitivamente no Poder Judiciário*".

A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

"O ordenamento jurídico brasileiro **ADOTOU**, desde a instauração da República o sistema inglês, também denominado do **sistema da jurisdição única ou de controle judicial**".

No sistema nacional, o particular pode optar em resolver seus conflitos com a administração pública, instaurando processos administrativos perante ela ou poderá recorrer ao Judiciário antes ou depois de esgotada a via administrativa.

Destaca-se ainda que a possibilidade de recorrer ao judiciário não depende, via de regra, do esgotamento das instâncias administrativas.

Como exceção a essa regra, a Consti15tuição da República, ao cuidar do desporto no ar15go 217, § 1, determina que o Poder Judiciário somente poderá resolver conflitos envolvendo competi15ções desporti15vas após exaurimento das instâncias na jus15tiça desporti15va: "*O Poder Judiciário só admi15rá ações rela15vas à disciplina e às compe15ções despor15vas após esgotarem-se as instâncias da jus15ça despor15va, regulada em lei*".

Candidato, qual o sistema de administrativo de controle adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro?

Excelência, o Ordenamento Jurídico Brasileiro adotou o sistema inglês (também denominado de sistema de jurisdição única), no referido sistema todas demandas podem ser submetidas ao Poder Judiciário, de forma que a decisão administrativa não faz coisa julgada em sentido estrito.

Nessa linha, nos moldes do art. 5º da Constituição Federal, "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Pelo sistema da unidade ou jurisdição única, o Poder Judiciário tem a exclusividade da função jurisdicional, o que significa que apenas as decisões judiciais fazem coisa julgada em sentido próprio, tornando-se juridicamente insuscetíveis de modificação.

O sistema ora adotado contrapõe-se ao sistema francês (também denominado de sistema do contencioso administrativo). No sistema francês ou dual, o Poder Judiciário fica responsável por julgar todos os conflitos da sociedade, com exceção dos que envolverem a Administração, isto porque o Judiciário não poderia violar o âmbito do executivo. Nesse sistema, o Conselho de Estado é o órgão da Administração que tem a função de julgar todas as controvérsias que tenham como parte a Administração Pública.

DE OLHO NA SÚMULA!

SÚMULA 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

SÚMULA 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles nãos se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalva, em todos os casos, a apreciação judicial.

SÚMULA 419. Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

SÚMULA 645. É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

#AprovadasRECENTEMENTE:

SÚMULA 633: A Lei 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.
SÚMULA 634: Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público.

SÚMULA 635: Os prazos prescricionais previstos no artigo 142 da Lei 8.112/1990 iniciam-se na data em que a autoridade competente para a abertura do procedimento administrativo toma conhecimento do fato, interrompem-se com o primeiro ato de instauração válido – sindicância de caráter punitivo ou processo disciplinar – e voltam a fluir por inteiro, após decorridos 140 dias desde a interrupção.

#Aprofundamento Teórico

Candidato, cite ao menos três tendências atuais do Direito Administrativo explicando-os. Excelência, o direito administrativo tem sofrido profundas transformações nos últimos anos. Nessa esteira, as principais mudanças/tendências desse ramo que podemos citar são: a constitucionalização do Direito Administrativo; democratização da Administração Pública; o Movimento de Agencificação e por fim, adoção da Administração Pública Gerencial.

Constitucionalização do Direito Administrativo: dá-se em dois sentidos, pela regulação em nível constitucional de matérias que eram tratadas pela legislação infraconstitucional e pela constitucionalização de princípios administrativos, que orientam todo o sistema jurídico.

Democratização da Administração Pública: dá-se pela previsão de inúmeros instrumentos de participação do cidadão na gestão e controle da administração pública, a exemplo das consultas e audiências públicas.

Movimento de agencificação: constata-se pela criação de diversas autarquias em regime especial, que têm por objetivo exercer função regulatória sobre diversas atividades e setores econômicos.

Por fim, a **adoção da Administração Pública Gerencial**: verifica-se, dentre outros aspectos, pela substituição do controle formal pelo controle de resultados e pela ampliação da autonomia administrativa, financeira e orçamentaria dos órgãos e entidades da Administração Pública. Um exemplo que podemos apontar é a tendência do instituto do contrato de gestão. *Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.*

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2019 - PGE-PE - Analista Judiciário de Procuradoria. Com relação à origem e às fontes do direito administrativo, aos sistemas administrativos e à administração pública em geral, julgue o item que segue.

Um dos aspectos da constitucionalização do direito administrativo se refere à elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas por legislação infraconstitucional.

Gab. CERTO.

DIREITO ADMINISTRATIVO I

Conteúdo 02: Regime Jurídico Administrativo

Conjunto harmônico de princípios que definem a lógica de atuação ao ente público, a qual se baseia na existência de **limitações** (indisponibilidade) **e prerrogativas** em face do interesse público (supremacia).

Princípios basilares:

a) **SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O DIREITO PRIVADO**;

B) **INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**.

As prerrogativas da administração pública decorrem da supremacia, posto que havendo conflito de interesses, deverá prevalecer aquele que atenda às necessidades do interesse público (coletividade).

A. Supremacia do interesse público sobre o direito privado

Em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, os interesses da sociedade devem prevalecer diante das necessidades específicas dos indivíduos, havendo a sobreposição das garantias do corpo coletivo, quando em conflito com as necessidades de um cidadão, se analisado isoladamente.

Em razão da Supremacia do Interesse Público é que a Administração se coloca em situação privilegiada.

É possível iden18tificar sua manifestação, por exemplo, nas prerrogati18vas que a Administração tem de intervir na propriedade privada, **desapropriando bem imóvel** no caso de relevante interesse cole18vo mediante justa e prévia indenização. Ou ainda no próprio **Poder de Polícia** que confere à Administração a prerrogati18va de adequar, limitar ou condicionar direitos individuais, de forma que sejam exercidos sem causar prejuízo ao interesse público.

Temos como exemplo também de aplicação dessas prerrogativas a dilação do prazo maior para a Administracão Pública; existência de **claúsulas exorbitantes nos contratos administrativos**; **atributos dos atos administrativos** (presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e imperatividade).

Cumpre recodarmos que com o advento do Novo CPC o prazo será em dobro para toda e qualquer manifestação (para contestar/recorrer/contrarrazões de recurso, ou seja, toda e qualquer manifestação do estado). (março/2016).

A remessa necessária das decisões proferidas contra a Fazenda Pública mantém-se mesmo com a edição do novo CPC, denominado de duplo grau de jurisdição obrigatório.

Interesse público primário x Interesse público sencundário

O **interesse público primário** é aquele relacionado à satisfação das necessidades coletivas (justiça, segurança, bem comum do grupo social etc.), perseguido pelo exercício das atividades-fim do Poder Público, enquanto o **interesse público secundário** corresponde ao interesse individual do próprio Estado, estando relacionado à manutenção das receitas públicas e à defesa do patrimônio público, operacionalizadas mediante exercício de atividades-meio do Poder Público (Ricardo Alexandre, 2018).

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2015. Banca: VUNESP. Órgão: PC-CE. Prova: Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe). Em grandes centros urbanos brasileiros, observa-se um desafio na questão da mobilidade urbana, ou seja, uma constante tensão entre o transporte de caráter individual e o transporte coletivo. Diante dos congestionamentos crescentes, por qual dos princípios implícitos da Administração Pública o administrador público deve se guiar para constituir uma política que privilegie o transporte coletivo em detrimento do transporte individual?

a) Pelo princípio da Inteligibilidade.

b) Pelo princípio da Razoabilidade.

c) Pelo princípio do Interesse Público.

d) Pelo princípio da Eficiência.

e) Pelo princípio da Alocação.

Gab. C.

#JáCaiuDelta

- A supremacia do interesse público é considerada, pela doutrina, como um **princípio implícito da administração pública.**

- O princípio da supremacia do interesse público, não desconsidera os interesses particulares/individuais, não obstante informa ao agente administrativo que o interesse público prevalece sobre interesses privados. (DPC ES, 2019).

- Os contratos administrativos se distinguem dos contratos privados celebrados pela Administração Pública pelo fato de assegurarem a esta certos poderes ou prerrogativas que a colocam em posição de superioridade diante do particular contratado, a fim de que o **interesse público** seja preservado.

- Entende-se por poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato. É correto afirmar que o princípio que fundamenta o exercício desse poder da Administração é: # **Princípio da supremacia do interesse público**.

- O **princípio da supremacia do interesse público** não se radica em dispositivo específico da CR/88, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele. (DPC MG, 2018).

B. Indisponibilidade do Interesse Público

O administrador exerce função pública, significando que a atividade é exercida em nome e no interesse do povo. Assim, o administrador é mero representante e não tem titularidade sobre o interesse público, não podendo, por esse motivo, dispô-lo. O administrador exerce um encargo, uma obrigação, um múnus público e tem o dever de bem servir, não pode comprometer o futuro da nação e criar entraves.

O Estado goza de prerrogativas na busca do interesse público que possui limites na indisponibilidade do interesse público.

Candidato, o que são as chamadas pedras de toque?

Excelência, segundo Celso Antônio Bandeira de Melo, há dois princípios, que são em verdade **princípios basilares**, denominados por este de "*pedras de toque*" que rege a atuação administrativa: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade.
Pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, os interesses da sociedade devem prevalecer sobre o privado, em virtude do referido princípio a CF prevê a possibilidade de desapropriação, bem como, requisição administrativa, tudo na busca de alcançar o interesse da sociedade em detrimento do interesse particular.
Por outro lado, o princípio da indisponibilidade do interesse público também está implícito na Constituição Federal. Segundo Ricardo Alexandre, como a administração pública é mera gestora de bens e interesses públicos, que em última análise pertencem ao povo, estes não se encontram à livre disposição do administrador, devendo o agente público geri-los, curá-los, da forma que melhor atenda ao interesse da coletividade. Com efeito, a Administração não pode abrir mão da busca incessante da satisfação do interesse público primário (bem comum) nem da conservação do patrimônio público (interesse público secundário).

Princípios basilares – "Pedras de Toque"	
Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado.	Princípio da indisponibilidade do Interesse Público

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2017. Banca: FAPEMS. Órgão: PC-MS. Prova: Delegado de Polícia). De acordo com o texto a seguir o direito público tem como objetivo primordial o atendimento ao bem-estar coletivo.

[...] *em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões* [...]. Dl PIETRO, Maria Sylvia Zaretla. Direito Administrativo. 30.ed. Sao Paulo: Atlas, 2017, p 96.
Diante disso, as "pedras de toque" do regime jurídico-administrativo são:

a) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a impessoalidade do interesse público.

b) a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público.

c) a indisponibilidade do interesse público e o princípio da legalidade.

d) a supremacia da ordem pública e o princípio da legalidade.

e) a supremacia do interesse público e o interesse privado e o princípio da legalidade.

Gab. B.

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

- O administrador, quando gere a coisa pública conforme o que na lei estiver determinado, ciente de que desempenha o papel de mero gestor de coisa que não é sua, observa o **princípio da indisponibilidade do interesse público**.

- A supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público se constituem em supraprincípios, que refletem a dualidade existente no exercício da função administrativa.

1. Princípios do Direito Administrativo

Todos os princípios administrativos decorrem da Constituição e podem ser eles expressos ou implícitos.

A CF orienta todos os princípios da atividade administrativa.

Nessa linha, os expressos estão contidos no artigo 37 da CF, e são eles: **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** (**LIMPE**).

L **egalidade**
I **mpessoalidade**
M **oralidade**
P **ublicidade**
E **ficiência**

1.1 Princípio da legalidade

Pelo **princípio da legalidade**, à atuação da administração pública subordina-se a lei, de modo que, o agente público somente poderá fazer o que proclama a lei. Assim, não havendo previsão legal, está proibida a atuação do ente público e qualquer conduta praticada de forma arbitrária pelo agente público.

Cumpre ainda destacarmos que a legalidade no âmbito do direito administrativo não se confunde com a legalidade privada, em que é permitido fazer tudo que não é proibido (*autonomia privada*).

- ✓ Subordinação à lei e não contradição à lei.
- ✓ Quanto ao administrador, deverá ser adotado o princípio da legalidade em sentido estrito, só é possível fazer o que a lei autoriza ou determina. Assim, o administrador público somente pode atuar conforme determina a lei (princípio de subordinação a lei).

Neste ponto se observa diferença flagrante com os regimes jurídicos de direito privado, posto que enquanto neste campo é possível realizar tudo o que a lei não proíbe, no **regime jurídico administra22vo**, **necessariamente, o administrador somente pode atuar mediante prévia autorização legal.**

Desse modo, contemplamos o princípio da legalidade do D. Administrativo difere do princípio da legalidade na esfera privada, na qual vige a autonomia privada, em que é permitido tudo que não for proibido.

Assim: legalidade aplicada no direito privado (não contradição a lei) é diferente da legalidade do direito público (subordinação à lei) só é permitido o que estiver disposto em lei.

Em síntese: o administrador público só pode fazer o que a lei determina.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(CESPE, 2008 – PC TO – Delegado de Polícia). Em toda atividade desenvolvida pelos agentes públicos, o princípio da legalidade é o que precede todos os demais.

Gab. CERTO.

#JáCaiuDelta

- A legalidade administrativa é diferente da legalidade civil, uma vez que aquela dita o limite da atuação do administrador público, conforme imposto pela lei e esta permite ao particular aquilo que a lei não proíbe. (DPC ES, 2019).

- Legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência são classificadas, pela doutrina, como princípios expressos da administração pública por possuírem previsão normativa inserta no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com aplicação direta ao campo do direito administrativo. (DPC ES, 2019).

Candidato, é possível falarmos em mitigação ao princípio da legalidade?

Excelência, segundo o Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo (Curso de Direito Administrativo, 26ª Ed., pág. 105 e 126-136), é possível apontar **três restrições excepcionais ao princípio da legalidade**: a) Estado de defesa; b) Estado de sítio e c) Medida provisória.

Nesses três casos, deve a Administração atuar, mesmo que não haja lei regulamentando sua atuação, o que revela a mitigação da obrigatoriedade do princípio da legalidade.

O primeiro se trata de instrumento de defesa do Estado utilizado para restabelecimento da ordem pública ou da paz quando ameaçadas por instabilidade institucional ou calamidades naturais. Essa medida é decretada pelo Presidente da República, após ouvido o Conselho da República e o Conselho de Defesa, e não poderá ultrapassar 30 dias, prorrogáveis por mais 30 na hipótese de permanecer a situação calamitosa. É compreendida como medida excepcional justamente por restringir garantias fundamentais, como o direito de reunião e o sigilo das correspondências.

O Estado de Sítio, por sua vez, tem a mesma finalidade de restabelecer a ordem pública, porém com medidas mais severas que o Estado de Defesa, sendo utilizado, inclusive, quando este não for eficaz. Também em situação de comoção grave de repercussão nacional ou na hipótese de guerra declarada. Entre as restrições aos direitos fundamentais, mais severas neste caso do que no Estado de Defesa, pode-se mencionar a possibilidade de requisição de bens, a limitação da liberdade de imprensa, dentre outros.

Ainda nessa linha de exceções à legalidade, parte da doutrina menciona a edição de Medidas Provisórias em matéria administrativa, enquanto norma expedida pelo Presidente da República, em caso de relevância e urgência, que têm força de lei. Diz-se que inova na ordem jurídica, cria obrigações à Administração e aos administrados, porém não é lei em sentido estrito.

1.2 Princípio da impessoalidade

Pelo **princípio da impessoalidade**, a atuação da administração pública deve ser imparcial, não visando beneficiar ou prejudicar pessoa determinada, isso porque a sua *atuação está voltada a busca do interesse público em geral.*

Compreende-se que a Administração Pública não pode beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, sendo essa perspectiva um desdobramento da própria isonomia que deve nortear o agir estatal.

Dessa forma, impessoalidade significa não discriminação para com a pessoa que será atingida pelo ato administrativo, seja para beneficiar ou para prejudicar.

A atuação da administração não se preocupa em enxergar quais as pessoas que serão atingidas pelo ato, isto porque ela é impessoal.

A atuação do agente público deve-se pautar pela busca dos interesses da coletividade, **não visando beneficiar ou prejudicar ninguém em especial, ou seja, a norma prega a não discriminação das condutas administrativas.**

Assim, contemplamos que o princípio da impessoalidade reflete a necessidade de uma atuação que não discrimina as pessoas, seja para beneficiá-las ou para prejudica-las.

Como exemplo de influência desse princípio no OJ brasileiro, podemos citar a exigência de concurso público, de modo a possibilitar a concorrência de forma igualitária a todos, garantindo-se assim a impessoalidade.

Ao lado dessa concepção, recentemente o Supremo Tribunal Federal vem compreendendo que a impessoalidade deve também ser analisada a partir da teoria da **imputação volitiva** decorrente da teoria do órgão. Por ela, tem-se que a vontade das pessoas jurídicas sempre deverá ser imputada (imputação volitiva) aos órgãos que a compõe, e não aos agentes públicos que, investidos dos poderes administrativos para exercer a função administrativa, a exteriorizam.

Assim, a impessoalidade deve ser analisada também sob a ÓTICA DO AGENTE, no sentido de que quando este atua não é o referido quem prática o ato, este tão somente representa o Estado.

E quais as consequências da adoção dessa teoria? Se o agente público causa dano a um terceiro, a vítima não poderá cobrar diretamente a este, sendo sua responsabilização auferida em ação regressiva proposta pelo Estado, e não pela vítima.

TEORIA DO ÓRGÃO OU DA IMPUTAÇÃO VOLITIVA: a vontade do agente público é imputada a pessoa jurídica a qual este integra. Em virtude disso, se o agente público causa dano a terceiro, eventual indenização não pode ser cobrada diretamente do agente, pois quando este praticou o ato danoso, era o Estado que estava atuando por meio do agente.

Nas lições de Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2019) pela teoria do órgão, também denominada de teoria da imputação volitiva, "*a vontade do agente público se confunde com a da própria pessoa*

jurídica estatal, não se admitindo a responsabilização do administrador pelos danos causados a terceiros ou mesmo seu reconhecimento pelos benefícios gerados à coletividade".

Nesta perspectiva, outro aspecto importante da impessoalidade, diz respeito ao disposto ao teor do artigo 37, §1º da Constituição Federal.

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

JURISPRUDÊNCIA. **STF. RE. 191668**. Supremo entendeu que a inclusão de slogan de partido político na publicidade dos atos governamentais também ofende o art. 37§1º da Constituição Federal.

O dispositivo constitucional em análise veda a autopromoção da imagem do agente.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2017. Banca: MPE-PR. Órgão: MPE-PR. Prova: Promotor Substituto). Em tema de princípios da Administração Pública, assinale a alternativa incorreta:

a) Os princípios da Administração Pública, explícitos e implícitos, são, no Estado Democrático de Direito, importante instrumento normativo de controle jurisdicional dos atos administrativos.

b) Numa leitura denominada de "juridicidade administrativa", para a validação da ação administrativa, não basta que seja esta formalmente conforme a lei, sendo necessário, também, que se apresente em conformidade com os princípios da Administração Pública.

c) A publicidade se distingue da publicação dos atos administrativos, sendo esta apenas um dos meios de concretização daquele princípio.

d) Entende o Supremo Tribunal Federal que o limite de idade para inscrição em concurso público apenas se legitima, à vista do art. 7° , XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil), da Constituição Federal, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

e) Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí não incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos.

Gab. E

- Constituição Federal

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

Obs.1: O entendimento majoritário é que o terceiro que sofreu lesão em decorrência da atuação do Estado, não poderia cobrar diretamente do agente, posto que a cobrança em face do Estado trata-se de uma "dupla garantia".

O dispositivo constitucional em análise traduz o princípio da impessoalidade, isso porque o ato do agente (obra realizada pelo agente, por exemplo), não será atribuída a este, mas sim ao Poder Público. Trata-se de uma decorrência da chamada "TEORIA DO ÓRGÃO": o Estado é uma pessoa jurídica, internamente constituída por órgãos, cujas atividades são desenvolvidas pelos agentes. O ato praticado por esse é mera execução legal das atribuições fixadas para o órgão. Assim, o ato do agente é imputado ao órgão (imputação volitiva).

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

Toda atuação da Administração Pública deve ser voltada ao interesse público. Como decorrência do princípio da impessoalidade a Constituição Federal veda a promoção pessoal pelo agente público às custas da Administração, conforme determina o art. 37, §1º da CF, bem como, exige a aprovação prévia em concurso público como forma de evitar favorecimentos, sendo assegurado ainda a isonomia. Por fim, exige o procedimento licitatório para suas contratações.

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

- Se uma autoridade pública, ao dar publicidade a determinado programa de governo, fizer constar seu nome de modo a caracterizar promoção pessoal, então, nesse caso, haverá, pela autoridade, violação de preceito relacionado ao **princípio da impessoalidade**.

- Sem ter sido aprovado em concurso público, um indivíduo foi contratado para exercer cargo em uma delegacia de polícia de determinado município, por ter contribuído na campanha política do agente contratante. Nessa situação hipotética, ocorreu, precipuamente, violação do princípio da **#impessoalidade**.

#JáCaiuDelta

- Segundo Hely Lopes Meirelles, o **princípio da impessoalidade**, referido na CF/1988 (Art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para atingir o objetivo indicado expressa ou virtualmente pela norma de direito, de forma impessoal.

MUITA ATENÇÃO AGORA!

Impessoalidade x Finalidade: Divergência cogitada por **Helly Lopes Meirelles** (doutrina tradicional) que sustentava que os dois princípios eram sinônimos, afirmando que após 1988 o princípio da finalidade/imparcialidade foi substituído pela impessoalidade. No entanto, a posição de **Celso Antônio Bandeira de Melo** (doutrina moderna) orienta que esses princípios não se confundem, pois, a impessoalidade é a ausência de subjetividade e a finalidade significa que o administrador deve buscar o espírito da lei. São princípios autônomos (art. 2º, III e XIII, da Lei nº 9.784/99).

Muita atenção agora, pois se a questão abordar de forma específica "segundo autor X – Hely Lopes Meirelles", como foi proposto na questão acima, podemos marcar a assertiva como correta. Ok?! Essa assertiva acima, foi inclusive, o gabarito da questão. Sem dúvidas? Podemos prosseguir...

Diante do exposto, temos que atualmente a impessoalidade assume dupla carga semântica: uma que impede que a função administrativa seja utilizada para beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas; e outra decorrente da teoria do órgão, pela qual o agente manifesta, no exercício da atividade administrativa, a vontade do órgão e não a sua vontade pessoal.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2014. Banca: Aroeira. Órgão: PC-TO. Prova: Delegado de Polícia). Determinado Delegado de Polícia, no intuito de fazer promoção pessoal com pretensões políticas, convoca a imprensa para comunicar a prisão de marginal procurado, ressaltando as próprias qualidades profissionais e que o êxito da operação decorre de mérito seu (da autoridade). A situação descrita revela flagrante ofensa ao princípio da:

a) moralidade
b) impessoalidade.
c) razoabilidade.
d) publicidade.

Gab. B.

3. Princípio da Moralidade

Nos moldes da Lei nº 9.784/99, **moralidade** é a atuação segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Nessa esteira, no âmbito da atuação Estatal a observância à moralidade traduz-se na ideia de uma atuação com lealdade, ou seja, boa-fé de conduta no exercício da atividade administrativa.

A moralidade jurídica não se confunde com a moral social. Trata-se da lealdade, boa-fé de conduta no exercício da atividade administrativa. Atuação de forma honesta no trato com a coisa pública.

Nessa esteira, segundo Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2014), "*trata-se de princípio que exige a **honestidade, legalidade, boa-fé de conduta no exercício da função administrativa**, ou seja, a atuação não corrupta dos gestores públicos, ao tratar com a coisa de titularidade do Estado*".

Trata-se o referido princípio da moralidade administrativa, e não a moralidade comum, isto porque a moralidade administrativa difere da moralidade comum.

Consoante ao disposto ensina Fernanda Marinela, "***a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum**, pois enquanto a última se preocupa com a distinção entre o bem e o mal, a primeira está ligada ao conceito de bom administrador*".

Não corrupção no trato com a coisa pública.

VOCÊ SABIA?

O **nepotismo** é vedado em qualquer dos Poderes da República por força dos princípios constitucionais da impessoalidade, eficiência, igualdade e **moralidade**, independentemente de previsão expressa em diploma legislativo. Assim, o nepotismo não exige a edição de uma lei formal proibindo a sua prática, uma vez que tal vedação decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37,caput, da CF/88 (**STF. Rcl. nº 6.702/PR-MC-Ag**).

Nepotismo significa "proteção", "apadrinhamento", que é dado pelo superior para um cônjuge, companheiro ou parente seu, contratado para o cargo ou designado para a função em virtude desse vínculo. Isso ofende a moralidade.

Fonte: Dizer o direito, Info 815 do STF comentado.

INFORMATIVO!

A nomeação da esposa do prefeito como Secretária Municipal não configura, por si só, nepotismo e ato de improbidade administrativa

A nomeação do cônjuge de prefeito para o cargo de Secretário Municipal, por se tratar de cargo público de natureza política, **por si só**, não caracteriza ato de improbidade

administrativa. STF. 2ª Turma. Rcl 22339 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/9/2018 (Info 914).

Em regra, a proibição da SV 13 não se aplica para cargos públicos de natureza política, como, por exemplo, Secretário Municipal. Assim, a jurisprudência do STF, em regra, tem excepcionado a regra sumulada e garantido a permanência de parentes de autoridades públicas em cargos políticos, sob o fundamento de que tal prática não configura nepotismo. Exceção: **poderá ficar caracterizado o nepotismo** mesmo em se tratando de cargo político caso fique demonstrada a inequívoca falta de razoabilidade na nomeação por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral do nomeado. STF. 1ª Turma. Rcl 28024 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/05/2018.

Candidato, no entendimento do STF, caracteriza nepotismo a nomeação de pessoa que possui parente no órgão, quando este não tem influência hierárquica sobre a nomeação? Nesse caso, não caracteriza. Inicialmente, sobre o nepotismo, vale a pena destacar que não há necessidade de lei formal para a vedação ao nepotismo, considerando que tal proibição decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF/88.

Quando do julgamento da Rcl 18564/SP, o STF deixou claro que não se caracteriza como nepotismo a nomeação de pessoa que possui parente no órgão, quando este não tem influência hierárquica sobre a nomeação.

INFORMATIVO!

Não haverá nepotismo se a pessoa nomeada possui um parente no órgão, mas sem influência hierárquica sobre a nomeação

Não há nepotismo na nomeação de servidor para ocupar o cargo de assessor de controle externo do Tribunal de Contas mesmo que seu tio (parente em linha colateral de 3º grau) já exerça o cargo de assessor-chefe de gabinete de determinado Conselheiro, especialmente pelo fato de que o cargo do referido tio não tem qualquer poder legal de nomeação do sobrinho.

A incompatibilidade da prática enunciada na SV 13 com o art. 37 da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas de presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionado à pessoa com relação de parentesco com quem tenha potencial de interferir no processo de seleção. STF. 2ª Turma. Rcl 18564/SP, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 23/2/2016 (Info 815).

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

Segundo o STF, a vedação ao nepotismo decorre diretamente de princípios constitucionais explícitos, como os princípios da impessoalidade, da **moralidade** administrativa e da igualdade, não se exigindo a edição de lei formal para coibir a sua prática. (DPC PE, 2016).

#JáCaiuDelta #PCAC2017

- Supremo Tribunal Federal possui entendimento no sentido de que vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público tão somente em razão da existência de relação de parentesco com servidor público que não tenha competência para o selecionar ou o nomear para o cargo de chefia, direção ou assessoramento, ou que não exerça ascendência hierárquica sobre aquele que possua essa competência é, em alguma medida, negar um dos princípios constitucionais a que se pretendeu conferir efetividade com a edição da Súmula Vinculante n° 13, qual seja, o **princípio da impessoalidade**.

#JáCaiuMP

- De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a prática do nepotismo nas nomeações para cargo em comissão, de confiança ou de função gratificada, é correto afirmar que excepcionalmente, é possível a análise da configuração da prática vedada de nepotismo em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, desde que, em análise concreta, além do parentesco, seja verificada troca de favores ou fraude à lei. (MP Bahia, 2018).

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: PC-GO Prova: CESPE - 2017 - PC-GO - Delegado de Polícia Substituto. A respeito da administração pública, assinale a opção correta de acordo com a CF.

B. A previsão constitucional de que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público decorre exclusivamente do princípio da razoabilidade administrativa.

Gab. Alternativa errada. A exigência de prévia aprovação em concurso público não decorre exclusivamente da razoabilidade. Nortea-se também por outros princípios, por exemplo, isonomia e impessoalidade.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2015. Banca: VUNESP. Órgão: PC-CE. Prova: Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe). Considere a charge.

A prática de nepotismo, além de ser uma atitude antiética, fere qual dos princípios explícitos da Administração Pública? E qual é a restrição imposta por esse princípio?

a) Fere o princípio da impessoalidade. Ou seja, ao representante público é proibido privilegiar pessoas específicas.

b) Fere o princípio do poder. Ou seja, um agente público não pode fazer uso do seu cargo ou função em benefício de parentes ou conhecidos.

c) Fere o princípio da eficiência. Ou seja, os funcionários públicos devem prezar pelo bem público e pelo bom uso dos recursos do Estado.

d) Fere o princípio da eficácia. Ou seja, os agentes públicos devem primar pelo interesse coletivo e pelo bom uso dos recursos do Estado.

e) Fere o princípio da legalidade. Ou seja, o funcionário público em suas funções e atribuições pode, em determinados casos previsto em Lei, empregar parentes.

Gab. A. O nepotismo além de violação ao princípio da moralidade, constitui-se em patente inobservância do princípio da impessoalidade que veda a concessão de benefícios em detrimento de pessoas determinadas.

1.4 Princípio da publicidade

Conforme explica o professor Márcio André, *o princípio da publicidade exige que, em regra, haja ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública. O princípio da publicidade existe porque vivemos em uma República democrática, na qual o titular do poder é o povo (art. 1º, parágrafo único, da CF/88). O administrador apenas atua em nome do povo. Logo, ele tem o dever de prestar contas ao povo sobre todos os atos que prática. O povo tem que controlar socialmente o poder. Como o povo vai exercer tal controle se não sabe como o Poder Público está agindo? Sem essas informações, não se consegue controlar a coisa pública de uma forma adequada.*

Esse princípio da publicidade também está relacionado à eficiência na gestão das contas públicas, já que possibilita uma maior fiscalização.

Pelo **princípio da publicidade**, a atuação da administração pública deve ser transparente. Atualmente, nos moldes da LIA – Lei de Improbidade Administrativa, constitui-se em ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, **negar publicidade aos atos oficiais.** Por fim, a publicidade constitui-se em **requisito de eficácia dos atos administrativos** (pressuposto de eficácia dos atos administrativos).

Desse modo, temos que a publicidade exige que A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO SEJA TRANSPARENTE, com informações acessíveis à sociedade. Hodiernamente, a publicidade é compreendida de maneira mais ampla.

Não basta a publicação dos atos administrativos, ela deve ser feita de forma clara, permitindo que os cidadãos possam exercer fiscalização social sobre os atos e negócios praticados pelos gestores públicos.

Lembre-se:

- Conforme Artigo 11 da Lei n° 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da Administração Pública, negar publicidade aos atos oficiais.
- A publicidade constitui-se em REQUISITO DE EFICÁCIA DO ATO ADMINISTRATIVO, constituindo-se em uma forma de controle da administração pública.

É requisito de eficácia dos atos administrativos = capacidade de produção de seus efeitos.

Reitero, a publicidade é requisito de eficácia dos atos administrativos.

Candidato, existem exceções ao princípio da publicidade?

A própria Constituição Federal ressalva que devem ser resguardadas a segurança nacional e o relevante interesse coletivo, o que poderá, de forma fundamentada excepcionar o princípio da publicidade. São invioláveis a vida privada, a imagem das pessoas, assim como a honra e a intimidade.

É possível a prática de atos sigilosos a fim de assegurar a segurança nacional, mediante justificativa. A prática de atos sigilosos é medida excepcional e deve ser avisado previamente.

Vamos ESQUEMATIZAR?!

Regra	Exceção
Exige-se, em regra, haja ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.	A própria CF/88 afirma que o princípio da publicidade não é absoluto e que deverá ser assegurado o sigilo se a informação a ser divulgada puder gerar riscos à segurança da sociedade e do Estado. (Exceção). Nessa hipótese, poderá haver sigilo.
Caso concreto: com base o princípio da publicidade, é legítima a publicação em sítio eletrônico do recebimento dos vencimentos e vantagens dos servidores públicos? SIM, conforme Info 782, STF. Vejamos: É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.	

A publicidade funciona ainda como instrumento de controle para com a população, que só poderá controlar os atos da Administração, caso estes sejam públicos.

Funciona como requisito de eficácia do ato administrativo.

"*Atualmente, a doutrina também analisa a publicidade como requisito de eficácia dos atos administrativos, definindo que mesmo depois de expedidos regularmente, estas condutas não produzem efeitos em relação à sociedade antes de garantida sua publicidade*".

- Requisito de eficácia: enquanto o ato não é publicado o particular não toma conhecimento deste, e sem tomar ciência não pode praticar e/ou observá-lo. Logo, não tem capacidade de ser eficiente, daí porque se fala que a publicidade é um pressuposto de eficácia.

Assim:

Publicidade – *1º mecanismo de controle*; 2º *pressuposto de eficácia dos atos*; 3º *pode sofrer restrições em decorrência da intimidade* (vida privada, honra e segurança nacional).

INFORMATIVO!

Com fundamento no princípio da publicidade, o STF decidiu ser legítima a possibilidade de divulgação de vencimentos dos servidores públicos com relação nominal. É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. STF. Plenário. ARE 652777/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 23/4/2015 (repercussão geral) (Info 782).

Por fim, cumpre apontarmos que em meados de 2011 esse princípio ganhou contornos mais precisos, por meio da Lei de Acesso à Informação, Lei n. 12.527/2011, que vincula toda a Administração Pública direta e indireta ao dever fundamental de garan33r a publicidade das informações públicas. Dessa forma, impõe-se a publicidade como preceito geral.

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

- Ao **princípio da publicidade** corresponde, na esfera do direito subjetivo dos administrados, o direito de petição aos órgãos da administração pública.

- O direito de petição é um dos instrumentos para a concretização do **princípio da publicidade**.

- Como um dos princípios da administração pública brasileira, a **publicidade** destina-se a garantir a transparência dos atos dos agentes públicos.

- O princípio da publicidade poderá ser restringido quando o sigilo for necessário à segurança da sociedade.

#JáCaiuAgentedePolícia

- Um princípio previsto na Constituição Federal, pelo qual as atividades da Administração devem ser amplamente divulgadas, a fim de propiciar a possibilidade de os administrados controlarem a atividade dos agentes administrativos, é o princípio da #**publicidade**.

5. Princípio da eficiência

Esse princípio foi inserido no texto constitucional pela **EC n° 19/98.**

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, sua aplicação orienta e serve de fundamento para a construção de uma concepção de **Administração Pública Gerencial.**

Trata-se da busca pela qualidade na prestação do serviço, qualidade alta e baixo custo. Em síntese, produzir muito gastando pouco, mas observando a qualidade.

Assim, preleciona Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2019), "*eficiência é produzir bem, com qualidade e com menos gastos. Uma atuação eficiente da atividade administrativa é aquela realizada com presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional*".

Por **eficiência**, portanto, deve-se compreender como o exercício da função administrativa pelo Estado da melhor forma possível, alcançando o tripé: **quantidade, qualidade e economicidade**. Ou seja, produzir muito, com elevada qualidade, e gastando pouco.

Para que se tenha uma atuação eficiente é necessário que a atividade administrativa seja realizada com presteza e bom desempenho funcional. Nas atividades estatais procura-se sempre melhores resultados práticos com menos desperdício, pois desta forma toda coletividade é beneficiada.

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

- O **princípio da eficiência** determina que a administração pública direta e indireta adote critérios necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, evitando desperdícios e garantindo a maior rentabilidade social.

- O **núcleo do princípio da eficiência** no direito administrativo é a procura da produtividade e economicidade, sendo este um dever constitucional da administração, que não poderá ser desrespeitado pelos agentes públicos, sob pena de responsabilização pelos seus atos.

- A conduta do agente público que busca o melhor desempenho possível, com a finalidade de obter o melhor resultado, atende ao **princípio da #EFICIÊNCIA**.

- O princípio que rege a administração pública, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, e que exige dos agentes públicos a busca dos melhores resultados e um menor custo possível, é o **da #EFICIÊNCIA**.

- A avaliação de desempenho como condição para a aquisição de estabilidade do servidor público é um exemplo de **aplicação do princípio da eficiência**.

#JáCaiuDelta

- O **princípio da eficiência** da administração se aplica ao servidor, para efeito de sua aptidão ao cargo, durante o estágio probatório e ao logo do exercício de sua vida funcional. (DPC ES, 2019).

#JáCaiuAgentedePolícia

- Designa o princípio fundamental da administração pública, cujo núcleo é a busca de produtividade e economicidade, que impõe a execução de serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional, a fim de reduzir os desperdícios de dinheiro público: **eficiência**.

- Atende ao princípio da **eficiência** o agente público que exerce suas atribuições do melhor modo possível, para lograr os melhores resultados para o serviço público.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Ano: 2017 Banca: CESPE Órgão: PC-GO Prova: CESPE - 2017 - PC-GO - Delegado de Polícia Substituto. A respeito da administração pública, assinale a opção correta de acordo com a CF.

A. Desde a promulgação da CF, não houve, até o presente, inovação a respeito dos princípios constitucionais da administração pública por meio de emenda constitucional.

Gab. Alternativa errada. Com a emenda constitucional n. 19, foi inserido de forma expressa na Constituição um novo princípio constitucional, qual seja, o da eficiência. Dessa forma, é equivocado mencionarmos que não houve inovação.

O princípio da eficiência é uma norma de aplicabilidade imediata.

Exemplo de aplicação determinando a observância da aplicação da eficiência:

O art. 41 da CF demonstra a exigência da eficiência na atividade administrativa, ao exigir avaliação especial de desempenho, assim como a avalição periódica, que depende de regulamentação por lei, pendente ainda.

- avaliação especial de desempenho; art. 41, §4º, "*como condição para aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para esse fim*".

- avaliação periódica de desempenho; art. 41, III, da CF "*mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada ampla defesa*".

36

- regra limitadora com gastos de pessoal (art. 169, CF).

Candidato, no tocante ao regime jurídico administrativo, o princípio da eficiência possui previsão expressa na Constituição? Qual sua ideia basilar? Cite normas que materializam o princípio ora em comento. Excelência, o princípio da eficiência foi introduzido na Constituição Federal com o advento da Emenda 19 de 98, a qual ficou conhecida como "Reforma Administrativa", quando só então o princípio em comento passou a gozar de previsão expressa na CF.

A ideia base do princípio da eficiência recai sobre a ***exigência da atuação administrativa de forma eficiente, no sentido de ser feita com maior presteza, perfeição e rendimento funcional, buscando harmonizar maior qualidade com menor gasto***. Sua incidência serve de fundamento para uma concepção de Administração Pública Gerencial. Os doutrinadores explicam que inobstante a ausência de previsão expressa antes da Emenda, o princípio da eficiência já deveria ser observado no desenvolvimento da atividade Administrativa.

Podemos atualmente citar como exemplos de materialização do princípio da eficiência o **art. 41, inciso III e §4º da Constituição Federal**, o qual exige a aprovação em avaliação especial de desempenho para aquisição da estabilidade do servidor público, bem como, prevê a existência da avaliação periódica de desempenho. Nesse contexto, importante ainda frisarmos a distinção entre a avaliação especial de desempenho e a avaliação periódica de desempenho.

A avaliação especial de desempenho, também chamada de avaliação final de desempenho, caracteriza-se como condição para a "conquista" da estabilidade, sendo que em caso de não ser alcançada a avaliação necessária (reprovação), o servidor será exonerado do cargo, mediante processo administrativo simplificado, em que deve ser respeitada a ampla defesa.

Segundo ensinamentos do Professor Matheus Carvalho, a Avaliação Especial de Desempenho tem como objetivo principal avaliar a qualificação profissional do novo servidor com o intuito de estabelecer uma maior eficiência nos

serviços prestados aos cidadãos. Noutra banda, a Avaliação Periódica de Desempenho é aquela realizada mesmo depois da aquisição da estabilidade, como clara concretização do princípio da eficiência, garantindo que o servidor não venha a relaxar na execução de suas atividades dentro da Administração Pública.

Vamos esquematizar?

Princípios Expressos na Constituição
Legalidade
Impessoalidade
Moralidade
Publicidade
Eficiência – inserido c/ a emenda de 19/98.

Outros princípios:

Além dos princípios indicados pela Constituição, a administração pública deve obediência a outros princípios, alguns deles positivados pelo legislador infraconstitucional em várias normas.

1.6 Princípio da Continuidade do Serviço Público

O princípio da continuidade traduz-se na ideia de **prestação ininterrupta da atividade administrativa**.

O serviço público não pode ser interrompido, posto que é prestado em favor do bem comum. Trata-se de princípio expresso na Lei de Serviços Públicos. A atuação administrativa buscando atender da melhor forma o interesse público preconiza que **a atividade do Estado deve ser prestada de forma contínua, ou seja, sem interrupções**.

A prestação do serviço público é ininterrupta. Dessa forma, falarmos em princípio da continuidade é dizer que a atividade do Estado é contínua, não pode parar a prestação dos serviços.

- ✓ Tal princípio encontra-se previsto na Lei nº 8.987/95 e implicitamente no texto constitucional.
- ✓ *Trata-se, portanto, da exigência no sentido de que a atividade do Estado, seja contínua, não podendo parar a prestação dos serviços públicos. Referido princípio encontra-se expresso no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95.*

Os serviços públicos são considerados essenciais ou necessários à coletividade. Por essa razão, eles não devem ser interrompidos. A isso chamamos de princípio da continuidade dos serviços públicos.

Deste princípio, decorrem alguns questionamentos. Vejamos:

1. Candidato, se a atividade administrativa é ininterrupta *o servidor público tem direito de greve*?

Inicialmente, cumpre ressaltar que os militares não têm direito de greve e nem de sindicalização, por expressa vedação constitucional, conforme art. 142, IV CF.

Art. 142, IV. Ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

Reitero, MILITAR NÃO TEM DIREITO DE GREVE.

O servidor público em sentido estrito, sim. O servidor civil tem direito de greve, nos termos de lei específica.

No tocante ao direito de sindicalização, possui aplicabilidade imediata.

Noutra banda, referente ao direito de greve, o STF já julgou que o direito de greve é norma de eficácia limitada: o exercício do direito fica limitado à edição de lei específica.

- O direito do servidor será regulamentado conforme lei específica.

No que tange aos servidores civis, o Supremo Tribunal Federal determinou, ao julgar Mandado de Injunção referente à matéria, que, *enquanto não houver lei específica a regulamentar a greve dos servidores públicos, será utilizada a lei geral de greve* (Lei 7.783/89) para o exercício deste direito.

Tal entendimento visa a garantir que a omissão legislativa não cause prejuízos ao direito constitucional de greve dos servidores públicos civis.

*Remuneração e Corte

A remuneração tem caráter de contraprestação. Assim, se não trabalha, não pode ser remunerado.

O STF vem admitindo o corte da remuneração do servidor, diante da ausência da prestação de serviço pelo servidor.

Já o STJ, defende que o servidor tem o direito a contraprestação, ficando condicionado, todavia, a compensação de jornada a posteriori.

Atenção! Divergência entre STF e STJ.

**Compensação de jornada posterior*: durante o período de greve o servidor não deverá ficar sem remuneração, todavia, ao retomar a atividade deverá fazer jornada de compensação.

Assim, a necessidade de posterior compensação do serviço, inclusive fora do horário, é motivo que pode ser alegado como justificativa para o pagamento da remuneração durante o período de greve, já que o trabalho será necessariamente realizado a posteriori. (**STJ**).

#MOMENTODIZERODIREITO #MARCINHOEXPLICA

Os servidores públicos possuem direito à greve? SIM. Isso encontra-se previsto no art. 37, VII, da CF/88. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

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

Quais são os requisitos para que os servidores públicos possam fazer greve?

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

a) tentativa de negociação prévia, direta e pacífica;
b) frustração ou impossibilidade de negociação ou de se estabelecer uma agenda comum;
c) deflagração após decisão assemblear;
d) comunicação aos interessados, no caso, ao ente da Administração Pública a que a categoria se encontre vinculada e à população, com antecedência mínima de 72 horas (uma vez que todo serviço público é atividade essencial);
e) adesão ao movimento por meios pacíficos; e
f) a garantia de que continuarão sendo prestados os serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades dos administrados (usuários ou destinatários dos serviços) e à sociedade.

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

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

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

Vejamos a tese que foi fixada pelo STF:

A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre. É permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a

greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público. STF. Plenário. RE 693456/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 27/10/2016 (repercussão geral) (**Info 845**).

Suponhamos que ocorra divergência entre os servidores e a Administração Pública sobre a abusividade da greve realizada e a questão acabe chegando ao Judiciário. Neste caso, de quem será a competência para decidir se a greve é legal ou não? Trata-se de competência da Justiça Comum ou da Justiça do Trabalho?

Justiça Comum. No julgamento do MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007, o STF já havia definido que **a competência para julgar questões relativas à greve dos servidores públicos é da Justiça Comum**.

A Justiça Comum será competente mesmo que se trate de empregado público (vínculo celetista)?

SIM. **A Justiça Comum será competente mesmo que o vínculo do servidor com a Administração Pública seja regido pela CLT, ou seja, ainda que se trate de empregado público**. Sobre o tema, o STF fixou a seguinte tese:

A justiça comum, federal ou estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da Administração pública direta, autarquias e fundações públicas. STF. Plenário. RE 846854/SP, rel. orig. Min. Luiz Fux, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 1º/8/2017 (repercussão geral) (**Info 871**).

Assim, a Justiça Comum é sempre competente para julgar causa relacionada ao direito de greve de servidor público da Administração direta, autárquica e fundacional, pouco importando se se trata de celetista ou estatutário.

Vale fazer, contudo, uma importante ressalva: se a greve for de empregados públicos de empresa pública ou sociedade de economia mista, a competência será da Justiça do Trabalho.

Estadual ou Federal

• Se os servidores públicos que estiverem realizando a greve forem municipais ou estaduais, a competência será da Justiça Estadual.

• Se os servidores públicos grevistas forem da União, suas autarquias ou fundações, a competência será da Justiça Federal.

E se a greve abranger mais de um Estado?

• Se a greve for de servidores estaduais ou municipais e estiver restrita a uma unidade da Federação (um único Estado), a competência será do respectivo Tribunal de Justiça (por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/88).

• Se a greve for de servidores federais e estiver restrita a uma única região da Justiça Federal (ex: greve dos servidores federais de PE, do CE, do RN e da PB): a competência será do respectivo TRF (neste exemplo, o TRF5) (por aplicação analógica do art. 6º da Lei nº 7.701/88).

• Se a greve for de âmbito nacional, ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda, compreender mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do STJ (por aplicação analógica do art. 2º, I, "a", da Lei nº 7.701/88).

No tocante ao direito de greve ainda, importante o posicionamento acerca da **(im)possibilidade de participação na greve por parte dos policiais civis**. Vejamos.

INFORMATIVO!

Policias civis são proibidos de fazer greve.

O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, **é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública**. STF. Plenário. ARE 654432/GO, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 5/4/2017 (repercussão geral) (Info 860).

E os policias civis? Podem realizar greve?

O art. 142, § 3º, IV, da CF/88 não menciona os policiais civis. Em verdade, não existe nenhum dispositivo na Constituição que proíba expressamente os policiais civis de fazerem greve. Diante disso, indaga-se: os policiais civis possuem direito de greve?

NÃO. Apesar de não haver uma proibição expressa na CF/88, o STF decidiu que os policiais civis não podem fazer greve. Aliás, o Supremo foi além e afirmou que nenhum servidor público que trabalhe diretamente na área da segurança pública pode fazer greve.

Veja a tese que foi fixada pelo STF:

O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública.

STF. Plenário. ARE 654432/GO, Rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 5/4/2017 (repercussão geral) (Info 860).

Carreira policial é carreira de Estado, essencial para a segurança pública

A carreira policial, disciplinada pelo art. 144 da CF/88, tem como função exercer a segurança pública, garantindo a "preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

A carreira policial é o braço armado do Estado para realizar a segurança pública e as Forças Armadas são o braço armado do Estado para garantir a segurança nacional.

Diante da relevância de suas funções e considerando que se trata de uma atividade que não pode ser exercida pela iniciativa privada, considera-se que a atividade policial é uma "carreira de Estado".

A atividade policial diferencia-se, contudo, de outras atividades essenciais, como educação e saúde, porque ela não pode ser exercida por particulares.

A **segurança pública** é, portanto, atividade privativa do Estado.

Vale ressaltar que, diante de suas peculiaridades, a Constituição disciplinou as carreiras policiais de forma diferenciada, tratando delas em um capítulo específico, distinto do capítulo dos servidores públicos.

Direito de greve é incompatível com a carreira policial

Não é possível compatibilizar que o braço armado do Estado faça greve porque isso colocaria em risco a segurança pública, a ordem e a paz social.

Os integrantes das carreiras policiais possuem o dever de fazer intervenções e prisões em flagrante, sendo isso inconciliável com o exercício da greve.

Como já afirmado, não há possibilidade de nenhum outro órgão da iniciativa privada suprir a atividade policial. Se esta entra em greve, não há como sua função ser substituída.

Vale ressaltar que a atividade policial, além de ser importantíssima por si só, se for paralisada, afetará também as atribuições do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário.

Greve não é direito absoluto

A greve não é um direito absoluto e, neste caso, deverá ser feito um balanceamento entre o direito de greve e o direito de toda a sociedade à segurança pública e à manutenção da ordem pública e paz social.

Neste caso, há a prevalência do interesse público e do interesse social sobre o interesse individual de uma categoria. Por essa razão, em nome da segurança pública, os policiais não podem fazer greve.

Importante destacar que a ponderação de interesses aqui não envolve direito de greve X continuidade do serviço público. **A greve dos policiais é proibida não por causa do princípio da continuidade do serviço público (o que**

seria muito pouco), mas sim por conta do direito de toda a sociedade à garantia da segurança pública, à garantia da ordem pública e da paz social.

Não se trata de aplicar por analogia o art. 142, § 3º, IV

É importante destacar que o STF afirmou expressamente que, ao decidir que os policiais civis não possuem direito de greve, não estava aplicando o art. 142, § 3º, IV, da CF/88 por analogia a eles.

Não se trata, portanto, de analogia.

A greve é proibida por força dos princípios constitucionais que regem os órgãos de segurança pública.

Carreira policial possui tratamento diferenciado

A pessoa que ingressa na carreira policial sabe que estará integrando um órgão com regime especial, que possui regime de trabalho diferenciado, escala, hierarquia e disciplina. Deve saber também que se trata de uma **carreira cuja atividade é incompatível com o direito de greve.**

2. Candidato, em quais hipóteses pode ser interrompido o serviço público?

(!) **SITUAÇÃO DE URGÊNCIA** ou

(!) **MEDIANTE PRÉVIO AVISO**.

Candidato, é possível interromper a prestação de um serviço público em virtude do inadimplemento por parte do usuário? Para compreendermos sobre sua admissibilidade, vejamos as exceções ao princípio da continuidade abaixo delineadas.

Exceções ao princípio da continuidade

§3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de **emergência** ou **após prévio aviso**, quando:

I - **motivada por razões de ordem técnica** ou **de segurança das instalações**; e,

II - por **inadimplemento do usuário**, considerado o interesse da coletividade.

A maioria dos estudiosos entende que esta regra é garantidora do princípio da continuidade, uma vez que, *a manutenção de serviços públicos àqueles que estão inadimplentes podem ensejar a impossibilidade futura de que a atividade seja mantida a todos os que estão adimplentes com suas prestações*, em virtude da inviabilidade econômica que será causado ao prestador.

Na hipótese de interrupção do serviço por inadimplemento, deve-se observar o prévio avisolé (comunicação).

Além disso, é importante destacarmos que a interrupção por inadimplemento do usuário **não pode paralisar serviços essenciais**.

Reiteramos, **NÃO pode** paralisar os denominados **serviços essenciais**, por exemplo, **corte de energia elétrica do hospital público/iluminação pública.**

Nos chamados "serviços essenciais", mantém-se o serviço e prossegue com a cobrança paralelamente.

Atenção! O STJ decidiu que a **iluminação pública** é serviço essencial à segurança da coletividade, razão pela qual não pode ser interrompido por motivo de inadimplemento.

Candidato, ***a exceção de contrato não cumprido pode ser aplicada em contratos com a Administração***?

Exceptio non adimpleti contractus é o direito de suspender a execução do contrato em face do inadimplemento da outra parte.

De acordo com a Lei 8.666, art. 78, XV "*o particular tem direito de invocar a exceção do contrato não cumprido, desde que a administração seja inadimplente por mais de 90 dias*". Exceção diferida. Para tanto, não precisa de autorização judicial.

Trata-se da regra da "*exceção de contrato não cumprido*" que possibilita para qualquer uma das partes contratantes o direito de suspender a execução do contrato em face do inadimplemento da outra parte.

A doutrina tradicional era assente no sentido de que, nos contratos administrativos, a aplicação desta teoria em benefício do particular contratado pelo Estado ensejaria afronta direta ao princípio da continuidade do serviço público. Sendo assim, os particulares deveriam manter a prestação determinada nos contratos celebrados com o poder público, mesmo diante do inadimplemento deste por longos períodos.

Ocorre que, consoante disposição do art. 78, XV, da Lei 8.666/93, *o particular tem direito de invocar a exceção do contrato não cumprido, desde que a administração seja inadimplente* ***por mais de 90 (noventa) dias*** *em relação a seus pagamentos*.

Com efeito, como garantia à continuidade, o particular contratado pelo ente estatal tem o dever de manter a prestação do serviço, mesmo diante do inadimplemento da Administração Pública, desde que esta ausência de

pagamento não ultrapasse o prazo legalmente estabelecido (90 dias). Trata-se da aplicação da exceção do contrato não cumprido de forma diferida, garantida ao particular, independentemente de provimento jurisdicional.

Saliente-se que, **a rescisão dos contratos administrativos pelo particular, motivada por inadimplemento do poder público, depende de decisão judicial.** A aplicação da *exceptio non adimplenti contractus* enseja somente a paralisação das atividades do particular, não ensejando a extinção da avença firmada com a Administração.

Desse modo, o art. 78, XV da Lei 8.666/93 define que é considerada situação que enseja a rescisão do contrato "*o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurando ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação*".

Candidato, é possível se falar em relativização do princípio da continuidade do serviço público?

Excelência, a atuação administrativa buscando atender da melhor forma o interesse público preconiza que a atividade do Estado deve ser prestada de forma contínua, ou seja, sem interrupções. Inobstante a regra seja a continuidade (impossibilidade de interrupção da atividade pública), o art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/95 (Lei sobre concessão e permissão da prestação de serviços público) prevê situações de caráter excepcionais em que é possível se falar em interrupção do serviço público, consubstanciando-se em uma espécie de relativização do princípio da continuidade.

Nessa esteira, é admissível a interrupção do serviço em situação de emergência ou após prévio aviso, quando motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações ou ainda, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

No tocante a interrupção do serviço pelo inadimplemento, estudiosos defendem que essa norma, em verdade, assegura o princípio da continuidade, isso porque a manutenção dos serviços públicos àqueles que estão inadimplentes ensejaria futuramente a impossibilidade de a atividade ser mantida inclusive aos adimplentes, em decorrência da inviabilidade econômica causada ao prestador.

Destaca-se ainda, a impossibilidade de paralisação dos denominados serviços essenciais, entre os quais podemos citar como exemplo, energia elétrica de um hospital público e conforme entendimento do STJ, o serviço de iluminação pública. O STJ entendeu que o serviço de iluminação pública é essencial a segurança da coletividade, razão pela qual NÃO pode ser interrompida por motivo de inadimplemento.

INFORMATIVO!

Em regra, o serviço público deverá ser prestado de forma contínua, ou seja, sem interrupções (princípio da continuidade do serviço público).
Excepcionalmente, será possível a interrupção do serviço público nas seguintes hipóteses previstas no art. 6º, § 3º da Lei n.º 8.987/95:
a) Em caso de emergência (mesmo sem aviso prévio);

b) Por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que o usuário seja previamente avisado;
c) Por causa de inadimplemento do usuário, desde que ele seja previamente avisado.

Se a concessionária de energia elétrica divulga, por meio de aviso nas emissoras de rádio do Município, que haverá, daqui a alguns dias, a interrupção do fornecimento de energia elétrica por algumas horas em virtude de razões de ordem técnica, este aviso atende a exigência da Lei nº 8.987/95?

SIM. **A divulgação da suspensão no fornecimento de serviço de energia elétrica por meio de emissoras de rádio, dias antes da interrupção, satisfaz a exigência de aviso prévio, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95**. STJ. 1ª Turma. REsp 1270339-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 15/12/2016 (Info 598).

ATENÇÃO!

A divulgação da suspensão no fornecimento de serviço de energia elétrica por meio de emissoras de rádio, dias antes da interrupção, satisfaz a exigência de aviso prévio, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95. Segundo entendeu o STJ, a Lei nº 8.987/95 não explicita a forma como deva ocorrer o aviso de interrupção do fornecimento do serviço, razão pela qual a divulgação em emissoras de rádio com cobertura no Município dias antes da suspensão satisfaz a exigência prevista na lei.

O rádio é um dos meios mais populares e o de maior alcance público, e por estas razões há que se reconhecer a ocorrência de aviso prévio válido e apto a produzir efeitos. Em sendo assim, não houve descumprimento legal por parte da concessionária.

Assim, considerando que a concessionária atendeu o requisito legal de avisar previamente os consumidores do desligamento temporário da energia elétrica, por motivo de ordem técnica, não há motivo para condená-la a pagar indenização por danos morais.

OBS.: ESSE INFORMATIVO JÁ FOI OBJETO DE PROVA (DELTA MS/2017).

ATENÇÃO!

Não é legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do consumidor decorrer de débitos pretéritos, o débito originar-se de suposta fraude no medidor de consumo de energia apurada unilateralmente pela concessionária e inexistir aviso prévio ao consumidor inadimplente. STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 211514-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2012 (Info 508).

MUITA ATENÇÃO AGORA!

O STJ entendeu "recentemente" (2018), que é possível o corte de energia elétrica por fraude no medidor, DESDE que sejam observados alguns requisitos.

INFORMATIVO!

É possível o corte da energia elétrica por fraude no medidor, desde que cumpridos alguns requisitos

Na hipótese de débito estrito de recuperação de consumo efetivo por fraude no aparelho medidor atribuída ao consumidor, desde que apurado em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é possível o corte administrativo do fornecimento do serviço de energia elétrica, mediante prévio aviso ao consumidor, pelo inadimplemento do consumo recuperado correspondente ao período de 90 (noventa) dias anterior à constatação da fraude, contanto que executado o corte em até 90 (noventa) dias após o vencimento do débito, sem prejuízo do direito de a concessionária utilizar os meios judiciais ordinários de cobrança da dívida, inclusive antecedente aos mencionados 90 (noventa) dias de retroação. STJ. 1ª Seção. REsp 1412433-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo) (Info 634).

#JURISPRUDÊNCIA EM TESE – STJ

- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente o usuário, **desde que precedido de notificação.**
- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que precedido de notificação.
- É **ilegítimo** o corte no fornecimento de energia elétrica **quando puder afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário.**
- É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente pessoa jurídica de direito público, **desde que precedido de notificação** e a **interrupção não atinja as unidades prestadoras de serviços indispensáveis à população.**
- É **ilegítimo** o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando inadimplente **unidade de saúde**, uma vez que prevalecem os interesses de proteção à vida e à saúde.
- É **ilegítimo** o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando **a inadimplência do usuário decorrer de débitos pretéritos**, uma vez que a

interrupção pressupõe o inadimplemento de conta regular, relativa ao mês do consumo.

- É **ilegítimo** o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais **por débitos de usuário anterior**, em razão da natureza pessoal da dívida.
- É **ilegítimo** o corte no fornecimento de energia elétrica **em razão de débito irrisório**, por configurar abuso de direito e ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sendo cabível a indenização ao consumidor por danos morais.
- É **ilegítimo** o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando o débito decorrer de **irregularidade no hidrômetro ou no medidor de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária**.
- O corte no fornecimento de energia elétrica **somente pode recair sobre o imóvel que originou o débito, e não sobre outra unidade de consumo do usuário inadimplente**.

1.7 Contraditório e Ampla Defesa

O princípio do contraditório e da ampla defesa vem com a tendência de processualização da Administração Pública, tratando-se de verdadeira garantia ao administrado de exercer o contraditório de influência no processo administrativo, produzindo amplamente suas provas, e influenciando na decisão final. É consequência do devido processo legal, insculpido no artigo 5º, LIV da Constituição da República.

Segundo o prof. Matheus Carvalho, consiste no direito de saber o que está acontecendo no processo administrativo, ou seja, é a ciência (contraditório), bem como, o direito de se manifestar acerca disso (exercício da ampla defesa).

Contraditório é ciência, conhecimento da existência do processo. Tem duas bases:

- Base lógica: é a bilateralidade da relação processual;
- Base política: a ideia de que ninguém pode ser processado e condenado sem ser ouvido, sem ser chamado para participar.

A ampla defesa, por sua vez, abarca o direito a defesa prévia, a defesa técnica e ao duplo grau de julgamento.

AMPLA DEFESA → defesa prévia; defesa técnica (não é obrigatória no processo administrativo, mas pode ter) e duplo grau de julgamento.

- *Defesa prévia;*

- *Defesa técnica;*
- *Duplo grau de julgamento.*

Conforme preleciona Matheus Carvalho, "*é o direito conferido ao particular de saber o que acontece no processo administrativo ou judicial de seu interesse, bem como o direito de se manifestar na relação processual*".

Trata-se de uma prerrogativa decorrente do devido processo legal. "*Ninguém pode ser processado e julgado sem ter amplo conhecimento dos fatos relatados nesse processo e dos motivos que deram ensejo a sua instauração*".

O contraditório e ampla defesa estão atrelados, pois contempla o direito de saber o que está acontecendo e o direito de se manifestar nos autos, exercendo assim a "ampla defesa".

1.7.1 Direito a defesa prévia

Para o exercício pleno da garantia, é imprescindível que o particular possa se manifestar *antes de ser proferida decisão administrativa* contra o servidor acerca da matéria objeto do processo.

Ressalta-se que há situação em o direito a defesa prévia é mitigado, ocorrendo o chamado "*contraditório diferido*", em decorrência do interesse público estar em perigo.

1.7.2 Direito de defesa técnica

Nesse contexto, cumpre destacar que a **ausência de defesa técnica não ofende a Constituição**, é que dispõe a Súmula Vinculante 5 do STF:

Súmula Vinculante nº 5. A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar **não ofende a constituição.**

Não há nulidade no processo se o particular não tiver advogado por vontade própria, ou seja, deve-se oportunizar a constituição de advogado nos autos, e caso este "abra mão" da referida prerrogativa, não caberá alegar nulidade. Todavia, caso seja negado esse direito, haverá nulidade, pois estaria restringindo o indivíduo de uma das formas de exercício do seu direito à ampla defesa, qual seja, a defesa técnica.

1.7.3 Direito ao duplo grau de julgamento

O **duplo grau de julgamento** trata-se de prerrogativa que possibilita a reanálise dos atos praticados pela Administração, por provocação do particular, com finalidade de evitar injustiça de decisões ilegais.

Súmula Vinculante nº 21. É *inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*

Referido teor da súmula visa assegurar o direito ao duplo grau de julgamento, posto que se houvesse necessidade de depósito, acabaria por restringir o seu acesso.

O direito a interposição do recurso é inerente ao duplo grau de julgamento.

Nesse sentido, a edição da súmula vinculante de nº 21 reforça a garantia do duplo julgamento.

Analisando este dispositivo, interpreta-se que tal exigência seria inconstitucional por restringir o acesso ao duplo grau e, consequentemente, inviabilizar o exercício pleno da ampla defesa.

Em síntese, o duplo grau de julgamento é meio de garantir a ampla defesa, restringi-lo seria por via consequencial, restringir a própria ampla defesa assegurada constitucionalmente.

1.8 Princípio da Autotutela/ SINDICABILIDADE:

Pelo princípio da autotutela, também denominado de **sindicabilidade**, a administração pública tem a prerrogativa de rever os seus próprios atos independentemente de provocação, seja para revogá-los ou para anulá-los, fala-se que este controle pode ser de legalidade ou de mérito. Quando ilegal o ato será anulado, quando inoportuno ou inconveniente será revogado.

- Ato ilegal →conduz para a anulação.
- Ato inconveniente →conduz a revogação.

Vejamos:

Anulação e Revogação	
Ato administrativo ANULADO	Quando foi ILEGAL
Ato administrativo REVOGADO	Quando se tornou INCONVENIENTE ou INOPORTUNO.

- Legislação

Lei n.º 9.784/99. Art. 53. A Administração Pública deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Trata-se do poder de revisão! A administração pública pode rever seus próprios atos, para anular os ilegais e revogar os inconvenientes.

Desse modo, contemplamos que a administração pública tem a prerrogativa de rever os seus próprios atos independentemente de provocação, seja para revogá-los ou para anulá-los, fala-se que este controle pode ser de legalidade ou de mérito. Quando ilegal o ato será anulado, quando inoportuno ou inconveniente será revogado.

Nesse sentido, "***o ente estatal tem a garantia de anular os atos praticados em suas atividades essenciais, quando ilegais, ou revoga-los, quando inoportunos ou inconvenientes, sem que seja necessária a interferência do Poder Judiciário***", Súmula 473 do STF.

O controle pode ser de legalidade (anulação) ou de mérito – oportunidade e conveniência (revogação).

A autotutela pode ser exercida de ofício ou mediante provocação do particular.

O exercício da autotutela não afasta a incidência da tutela jurisdicional.

A tutela jurisdicional no Brasil não se pode afastar (adotou-se o sistema de jurisdição única ou inglês).

- Anulação →atos ilegais;
- Revogação →mérito administrativo (oportunidade e conveniência), ou seja, motivos de interesse público.

#JáCaiuDelta

- A autotutela caracteriza-se por permitir que a Administração Pública reveja seus próprios atos, revogando-os por motivo de interesse público (oportunidade e conveniência), assim como anulando os atos inquinados pela ilicitude.

INFORMATIVO!

Necessidade de garantir contraditório e ampla defesa para se realizar a autotutela

A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando estes forem ilegais. No entanto, se a invalidação do ato administrativo repercute no campo de interesses individuais, **faz-se necessária a instauração de procedimento administrativo que assegure o devido processo legal e a ampla defesa**. Assim, a prerrogativa de a Administração Pública controlar seus próprios atos não dispensa a observância do contraditório e ampla defesa prévios em âmbito administrativo. STF. 2ª Turma. RMS 31661/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/12/2013 (Info 732). STF. Plenário. MS 25399/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/10/2014 (Info 763).

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula 346, STF. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473, STF. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que o tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os acasos, a apreciação judicial.

Súmula 615, STJ. Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.

OBSERVAÇÃO!

O art. 54 da Lei nº 9.784/99 prevê que a **Administração Pública federal possui o prazo de 5 anos para anular um ato administrativo ilegal, salvo comprovada má-fé (quando, então, não haverá prazo)**. Trata-se, portanto, de um prazo para o exercício da autotutela.

A Lei nº 9.784/99, em princípio, deveria regular apenas e unicamente o processo administrativo no âmbito da Administração **Federal** direta e indireta.

O processo administrativo na esfera dos Estados e dos Municípios deve ser tratado por meio de legislação a ser editada por cada um desses entes, em virtude da autonomia legislativa que gozam para regular a matéria em seus territórios.

No entanto, o STJ entende que, se o Estado ou o Município não possuir em sua legislação previsão de prazo decadencial para a anulação dos atos administrativos, deve-se aplicar, por analogia integrativa, o art. 54 da Lei nº 9.784/99. Essa conclusão é **baseada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.**

O entendimento acima resultou na edição da Súmula 633 do STJ. Vejamos:

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula 633-STJ: A Lei 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para revisão de atos administrativos no âmbito da administração pública federal, pode ser aplicada de forma subsidiária aos Estados e municípios se inexistente norma local e específica regulando a matéria.

Importante. **Aprovada em 12/06/2019**. Novinha, hein?!

1.9 Princípio da motivação

A motivação é um princípio que rege toda a atuação da administração pública e se justifica pelo fato de que todo o poder emana do povo, o qual deve ser informado dos motivos que justifiquem a prática dos atos pelos administradores públicos. Assim, deverá a Administração Pública apresentar as razões pelas quais a decisão fora proferida naqueles termos.

Nessa linha, motivar é justificar, indicar o fato e o direito que fundamenta sua decisão.

Dispõe a Lei 9.784 em seu art. 50, que "***os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos***".

O princípio da motivação é implícito para a CF e expresso na Lei 9.784, em seu artigo 50.

O princípio da motivação se dá pelo dever de fundamentação (justificação) dos atos praticados pela administração pública, em regra. A Administração Pública deve justificar seus atos, salvo as exceções previstas em lei.

Este princípio comporta exceção, por exemplo, *nomeação ou exoneração* (exoneração "ad nutum") *de cargos comissionados*. Referem-se a cargos que não precisam de motivação para sua nomeação ou exoneração.

A exoneração "*ad nutum*" se refere àquela aplicável aos ocupantes de cargo em comissão, e prescinde (abstrai/não precisa) de motivação da Administração, mas se esta motivou o ato que poderia não ser motivado, estará vinculada aos motivos que explicitou no ato em decorrência da chamada: **TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES**.

Os motivos vinculam todo o ato, e se não forem respeitados, o ato poderá ser apreciado pelo Judiciário, em decorrência da necessidade de observância da chamada Teoria dos Motivos Determinantes.

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

Segundo a TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, se tal motivação for declinada pelo agente público, passa a vincula-la aos termos em que foi mencionada.

#JáCaiuDelta

- Na exoneração de cargos de livre nomeação não é necessária, para a validade do ato, a enunciação dos motivos de fato pelo administrador.

- A exoneração *ad nutum* não necessita de explicitação do motivo para sua validade; todavia, se o administrador, por faculdade, declarar o motivo, esse fato passará a ser determinante para a configuração lícita do ato administrativo exoneratório.

- A existência real de um motivo de fato alegado para a realização de ato administrativo vincula o administrador, sendo um pressuposto de validade deste mesmo ato.

- Se um ato administrativo é realizado com motivo de fato inexistente, mesmo que exista motivação, ele é considerado ilícito com base na teoria dos motivos determinantes. (DPC ES, 2019).

Motivação aliunde

Estabelece o artigo 51, §1º da Lei 9784/99 que "*A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato*."

Tal situação configura o que a doutrina administrativa resolveu denominar motivação aliunde dos atos administrativos e ocorre todas as vezes que a motivação de um determinado ato remete à motivação de ato anterior que embasa sua edição.

Nestas situações, se, por exemplo, um parecer opina pela possibilidade de prática de ato de demissão de servidor, ao demitir o servidor, a autoridade não precisa repetir os fundamentos explicitados pelo parecer, bastando, na fundamentação do ato de demissão, declarar a concordância com os argumentos expedidos no ato opinativo.

Candidato, o que preconiza a teoria dos motivos determinantes?

Excelência, nos termos do art. 50 da Lei de Processo Administrativo, os atos praticados pela Administração Pública devem ser motivados, sendo essa a regra geral. Assim, quando de sua atuação, o agente público deve motivar o seu ato, ou seja, expor as razões de sua prática. Motivar, significa justificar o ato. Inobstante a regra seja a exigência de motivação dos atos, há determinados atos que dispensam a motivação, consubstanciando-se em verdadeira exceção, podemos citar, por exemplo, a exoneração dos cargos em comissão os quais prescindem de motivação.

Nesse contexto, a teoria dos motivos determinantes preconiza que **mesmo nas hipóteses em que a motivação do ato seja desnecessária, ou seja, dispensável, se o administrador opta em fazê-la, ficará vinculado as razões declinadas em seu ato.**

Dessa forma, mesmo que o ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, se tal motivação for declinada pelo agente público, passa a vincular aos termos em que foi mencionada.

Em relação as provas objetivas, a referida teoria já foi objeto de cobrança em concursos realizados pelo CESPE e VUNESP. Vejamos:

Com relação à teoria dos motivos determinantes, é correto afirmar: mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente. (VUNESP).

A teoria dos motivos determinantes cria para o administrador a necessária vinculação entre os motivos invocados para a prática de um ato administrativo e a sua validade jurídica (CESPE/2007).

Segundo a teoria dos motivos determinantes, mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, portanto, expressa motivação, se tal motivação for declinada pelo agente público, passa a vinculá-la aos termos em que foi mencionada (CESPE/2015 – DPE/RN).

MOTIVAÇÃO ≠ MOTIVO

Motivo → razão de fato ou de direito que autorizou ou determinou a prático de um ato.

Motivação → exigência de explicitação, de enunciação dos motivos.

1.10 Princípio da razoabilidade e proporcionalidade

Alguns doutrinadores entendem que a razoabilidade seria princípio expresso, pois ele seria o **devido processo legal substancial.**

Não se aceita esse entendimento no D. Administrativo, entendendo que é princípio implícito.

Pela razoabilidade decorre a imposição de que a administração pública atue dentro de padrões médios, aceito pela sociedade.

O agente não se pode valer de seu cargo ou função, com a falsa intenção de cumprir a lei para agir de forma ilegal e arbitrária fora dos padrões éticos e adequados ao senso comum.

Representa o princípio da razoabilidade certo limite para discricionariedade do administrador.

1.11 Principio da Segurança Jurídica, proteção à confiança e boa-fé

Segundo *Matheus Carvalho*, "o princípio da segurança jurídica trata-se de princípio geral do direito, base do Estado de Direito que garante aos cidadãos não serem surpreendidos por alterações repentinas na ordem jurídica posta. Configura corolário do direito como norma de pacificação social. Assim sendo, as modificações supervenientes de normas jurídicas não devem retroagir para atingir situações pretéritas, sob pena de se tornar

instável o sistema de regras imposto pelo Poder Público, causando instabilidade social. ” (Manual de Direito Administrativo, 2017, p. 97).

> Lei n. 9.784/99. Art. 2º: *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: 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.*

#JáCaiuCESPE #ConceitoCESPE

- Em virtude dos **princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica**, entende o STF que podem ser considerados válidos os atos praticados por agente público ilegalmente investido**.**

- Situação hipotética: Uma autarquia federal constatou, a partir de denúncia, que servidor efetivo com dois anos de exercício no cargo havia apresentado documentação falsa para a investidura no cargo. Assertiva: Nessa situação, conforme o STF, os atos praticados pelo servidor até o momento são válidos, em razão dos **princípios da proteção à confiança e da segurança jurídica**. (CERTO). TRF5 – Juiz Federal.

- O prazo decadencial para tornar sem efeito ato de aposentadoria serve para garantir o **princípio da segurança jurídica.**

- De acordo com o art. 54 da Lei n.º 9.784/1999, o direito da administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Trata-se de hipótese em que o legislador, em detrimento da legalidade, prestigiou outros valores. Tais valores têm por fundamento o princípio administrativo da **#segurançajurídica.**

- O princípio da proteção à confiança da administração pública corresponde ao aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica.

1.12 Princípio da intranscendência subjetiva

O *princípio da intranscendência subjetiva* significa que não podem ser impostas sanções e restrições que superem a dimensão estritamente pessoal do infrator e atinjam pessoas que não tenham sido as causadoras do ato ilícito.

Na jurisprudência do STF encontramos dois exemplos de aplicação desse princípio em casos envolvendo inscrição de Estados e Municípios nos cadastros de inadimplentes da União:

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

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

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

Segundo o Min. Luiz Fux, "não se pode inviabilizar a administração de quem foi eleito democraticamente e não foi responsável diretamente pelas dificuldades financeiras que acarretaram a inscrição combatida".

Logo, deve-se aplicar o princípio da intranscendência subjetiva das sanções, impedindo que a Administração atual seja punida com a restrição na celebração de novos convênios ou recebimento de repasses federais. Nesse sentido: STF. 1ª Turma. AC 2614/PE, AC 781/PI e AC 2946/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 23/6/2015 (Info 791).

Assim, "o princípio da intranscendência subjetiva das sanções inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos." (STF. 1ª Turma. ACO 3014 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25/05/2018).

A própria AGU admite esta tese:

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

O STJ comunga também desse entendimento, exigindo sempre que a gestão sucessora tenha tomado as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos. Por isso, editou a súmula 615. Vejamos:

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula 615-STJ: Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.

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

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

(...) O postulado da intranscendência impede que sanções e restrições de ordem jurídica superem a dimensão estritamente pessoal do infrator. Em virtude desse princípio, as limitações jurídicas que derivam da inscrição, em cadastros públicos de inadimplentes, das autarquias, das empresas governamentais ou das entidades paraestatais não podem atingir os Estados-membros, projetando, sobre estes, consequências jurídicas desfavoráveis e gravosas, pois o inadimplemento obrigacional – por revelar-se unicamente imputável aos entes menores integrantes da administração descentralizada – só a estes pode afetar.

Os Estados-membros e o Distrito Federal, em consequência, não podem sofrer limitações em sua esfera jurídica, motivadas pelo só fato de se acharem administrativamente vinculadas a eles as autarquias, as entidades paraestatais, as sociedades sujeitas a seu poder de controle e as empresas governamentais alegadamente inadimplentes e que, por tal motivo, hajam sido incluídas em cadastros federais (CAUC, SIAFI, CADIN, v.g.). (...)

STF. Plenário. ACO 1848 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 06/11/2014.

Também viola o princípio da intranscendência quando o Estado-membro é incluído nos cadastros de inadimplentes da União por irregularidades praticadas pelos outros Poderes que não o Executivo:

A imposição de sanções ao Executivo estadual em virtude de pendências dos Poderes Legislativo e Judiciário locais constitui violação do princípio da intranscendência, na medida em que o Governo do Estado não tem competência para intervir na esfera orgânica daquelas instituições, que dispõem de plena autonomia institucional a elas outorgadas por efeito de expressa determinação constitucional.

STF. Plenário. ACO 2995 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/02/2018.

DE OLHO NA SÚMULA!

Prezado candidato, as bancas tem cobrado cada vez mais o teor das súmulas em suas questões. Dessa forma, **reforçamos a importância da leitura (estudo) das súmulas abaixo destacadas** – ATENÇÃO para as súmulas **633** e **615** publicadas "*recentemente*".

Súmula 633-STJ: A Lei nº 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

Súmula 615-STJ: Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos.

Súmula vinculante 13-STF: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (#EssaéVELHAesemprecai).

Súmula 473-STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (#EssaéVELHAesemprecai).

Súmula 346-STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (#EssaéVELHAesemprecai).

Dos Informativos: Princípios da Administração Pública

2019

É possível a aplicação, por analogia integrativa, do prazo decadencial de 5 anos previsto na Lei do processo administrativo federal para Estados e Municípios que não tiverem leis sobre o tema

Súmula 633-STJ: A Lei nº 9.784/99, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 12/06/2019, DJe 17/06/2019.

2018

A nomeação da esposa do prefeito como Secretária Municipal não configura, por si só, nepotismo e ato de improbidade administrativa

A nomeação do cônjuge de prefeito para o cargo de Secretário Municipal, por se tratar de cargo público de natureza política, por si só, **não caracteriza ato de improbidade administrativa.** STF. 2ª Turma. Rcl 22339 AgR/SP, Rel. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 4/9/2018 (Info 914).

Em regra, a proibição da SV 13 não se aplica para cargos públicos de natureza política, como, por exemplo, Secretário Municipal. Assim, a jurisprudência do STF, em regra, tem excepcionado a regra sumulada e garantido a permanência de parentes de autoridades públicas em cargos políticos, sob o fundamento de que tal prática não configura nepotismo. **EXCEÇÃO**: poderá ficar caracterizado o nepotismo mesmo em se tratando de cargo político caso fique demonstrada a inequívoca falta de razoabilidade na nomeação por manifesta ausência de qualificação técnica ou inidoneidade moral do nomeado. STF. 1ª Turma. Rcl 28024 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 29/05/2018.

Princípio da Intranscendência Subjetiva das Sanções

Súmula 615-STJ: Não pode ocorrer ou permanecer a inscrição do município em cadastros restritivos fundada em irregularidades na gestão anterior quando, na gestão sucessora, são tomadas as providências cabíveis à reparação dos danos eventualmente cometidos. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/05/2018, DJe 14/05/2018.

2017

É possível aplicar, por analogia, o art. 54 da Lei nº 9.784/99 para o processo administrativo nos Estados e Municípios

O art. 54 da Lei nº 9.784/99 prevê que a Administração Pública federal possui o prazo de 5 anos para anular um ato administrativo ilegal, salvo comprovada má-fé (quando, então, não haverá prazo). Trata-se, portanto, de um prazo para o exercício da autotutela. A Lei nº 9.784/99, em princípio, deveria regular apenas e unicamente o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta. O processo administrativo na esfera dos Estados e dos Municípios deve ser tratado por meio de legislação a ser editada por cada um desses entes, em virtude da autonomia legislativa que gozam para regular a matéria em seus territórios. No entanto, **o STJ entende que, se o Estado ou o Município não possuir em sua legislação previsão de prazo decadencial para a anulação dos atos administrativos, deve-se aplicar, por analogia integrativa, o art. 54 da Lei nº 9.784/99**. Essa conclusão é baseada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. STJ. 1ª Seção. MS 18.338/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 14/06/2017.

2016

É válida a interrupção do serviço público por razões de ordem técnica se houve prévio aviso por meio de rádio

Em regra, o serviço público deverá ser prestado de forma contínua, ou seja, sem interrupções (princípio da continuidade do serviço público).

Excepcionalmente, será possível a interrupção do serviço público nas seguintes hipóteses previstas no art. 6º, § 3º da Lei n.º 8.987/95:

a) Em caso de emergência (mesmo sem aviso prévio);

b) Por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que o usuário seja previamente avisado;

c) Por causa de inadimplemento do usuário, desde que ele seja previamente avisado. Se a concessionária de energia elétrica divulga, por meio de aviso nas emissoras de rádio do Município, que haverá, daqui a alguns dias, a interrupção do fornecimento de energia elétrica por algumas horas em virtude de razões de ordem técnica, este aviso atende a exigência da Lei nº 8.987/95? SIM. A divulgação da suspensão no fornecimento de serviço de energia elétrica por meio de emissoras de rádio, dias antes da interrupção, satisfaz a exigência de aviso prévio, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95. STJ. 1ª Turma. REsp 1270339-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 15/12/2016 (Info 598).

Inconstitucionalidade de lei que preveja plantão criminal para escritório de prática jurídica da Universidade estadual

É inconstitucional lei estadual que preveja que o escritório de prática jurídica da Universidade Estadual deverá manter plantão criminal nos finais de semana e feriados para atender pessoas hipossuficientes que sejam presas em flagrante. **Esta lei viola a autonomia administrativa, financeira, didática e científica assegurada às universidades no art. 207 da CF/88 (inconstitucionalidade material).** Além disso, contém vício de iniciativa (inconstitucionalidade formal), na medida em que foi usurpada a iniciativa privativa do Governador. STF. Plenário. ADI 3792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22/09/2016 (Info 840).

Anulação de anistia e prazo decadencial

A Administração Pública **não pode,** depois de terem se passado mais de 5 anos, anular a anistia política concedida mesmo que, antes de completar este prazo, a AGU tenha emitido nota questionando os critérios adotados na concessão. A nota emitida pela AGU teve efeito similar ao de um parecer e, por isso, **não impediu o fluxo do prazo decadencial,** não podendo ser classificada como "exercício do direito de anular", para os fins do § 2º do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Vale ressaltar que, no caso concreto, não ficou demonstrada má-fé do interessado. Além disso, não houve flagrante inconstitucionalidade na concessão de anistia, mas sim nova interpretação da Administração Pública quanto ao efetivo enquadramento como anistiado político. STF. 1ª Turma. RMS 31841/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2016 (Info 833).

Princípio da intranscendência e atos praticados pelas gestões anteriores

Segundo a posição que prevalece no STF, se a irregularidade no convênio foi praticada pelo gestor anterior e a gestão atual, depois que assumiu, tomou todas as medidas para ressarcir o erário e corrigir as falhas (exs: apresentou todos os documentos ao órgão fiscalizador, ajuizou ações de ressarcimento contra o antigo gestor etc.), neste caso, **o ente (Estado ou Município) não poderá ser incluído nos cadastros de inadimplentes da União**. Assim, de acordo esta acepção, **o princípio da intranscendência subjetiva das sanções proíbe a aplicação de sanções às administrações atuais por atos de gestão praticados por administrações anteriores.** Nesse sentido: STF. 1ª Turma. AC 2614/PE, AC 781/PI e AC 2946/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em 23/6/2015 (Info 791). Vale ressaltar, no entanto, que o Min. Marco Aurélio recentemente manifestou-se contrariamente à tese afirmando que: "a inscrição do nome do Estado-Membro em cadastro federal de inadimplentes em face de ações e/ou omissões de gestões anteriores não configura ofensa ao princípio da intranscendência." (STF. 1ª Turma. ACO 732/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2016. Info 825).

Inclusão de entes federativos nos cadastros federais de inadimplência

É necessária a observância da garantia do devido processo legal, em especial, do contraditório e da ampla defesa, relativamente à inscrição de entes públicos em cadastros federais de inadimplência. Assim, a União, antes de incluir Estados-membros ou Municípios nos cadastros federais de inadimplência (exs: CAUC, SIAF) deverá assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. STF. Plenário. ACO 1995/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/3/2015 (Info 779). STF. 1ª Turma. ACO 732/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2016 (Info 825).

Não haverá cru se a pessoa nomeada possui um parente no órgão, mas sem influência hierárquica sobre a nomeação

Não há nepotismo na nomeação de servidor para ocupar o cargo de assessor de controle externo do Tribunal de Contas mesmo que seu tio (parente em linha colateral de 3º grau) já exerça o cargo de assessor-chefe de gabinete de determinado Conselheiro, especialmente **pelo fato de que o cargo do referido tio não tem qualquer poder legal de nomeação do sobrinho**. A incompatibilidade da prática enunciada na SV 13 com o art. 37 da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre pessoa designada e agente político ou servidor público, mas de presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionado à pessoa com relação de parentesco com quem tenha potencial de interferir no processo de seleção. STF. 2ª Turma. Rcl 18564/SP, rel. orig. Min. Gilmar Mendes, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 23/2/2016 (Info 815).

É válida a interrupção do serviço público por razões de ordem técnica se houve prévio aviso por meio de rádio

Em regra, o serviço público deverá ser prestado de forma contínua, ou seja, sem interrupções (princípio da continuidade do serviço público). Excepcionalmente, será possível a interrupção do serviço público nas seguintes hipóteses previstas no art. 6º, § 3º da Lei n.º 8.987/95: a) Em caso de emergência (mesmo sem aviso prévio); b) Por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, desde que o usuário seja previamente avisado; c) Por causa de inadimplemento do usuário, desde que ele seja previamente avisado. Se a concessionária de energia elétrica divulga, por meio de aviso nas emissoras de rádio do Município, que haverá, daqui a alguns dias, a interrupção do fornecimento de energia elétrica por algumas horas em virtude de razões de ordem técnica, este aviso atende a exigência da Lei nº 8.987/95? SIM. **A divulgação da suspensão no fornecimento de serviço de energia elétrica por meio de emissoras de rádio, dias antes da interrupção, satisfaz a exigência de aviso prévio, prevista no art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95.** STJ. 1ª Turma. REsp 1.270.339-SC, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 15/12/2016 (Info 598).

2015

Norma que impede nepotismo no serviço público não alcança servidores de provimento efetivo

A Constituição do Estado do Espírito Santo prevê, em seu art. 32, VI, que é "vedado ao servidor público servir sob a direção imediata de cônjuge ou parente até segundo grau civil". Foi proposta uma ADI contra esta norma. O STF julgou a norma constitucional, mas decidiu dar interpretação conforme à Constituição, no sentido de **o dispositivo ser válido somente quando incidir sobre os cargos de provimento em comissão, função gratificada, cargos de direção e assessoramento.** Em outras palavras, o STF afirmou que essa vedação não pode alcançar os servidores admitidos mediante prévia aprovação em concurso público, ocupantes de cargo de provimento efetivo, haja vista

que isso poderia inibir o próprio provimento desses cargos, violando, dessa forma, o art. 37, I e II, da CF/88, que garante o livre acesso aos cargos, funções e empregos públicos aos aprovados em concurso público. STF. Plenário. ADI 524/ES, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, red. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20/5/2015 (Info 786).

Possibilidade de divulgação de vencimentos dos servidores públicos com relação nominal

É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e do valor dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias. STF. Plenário. ARE 652777/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 23/4/2015 (repercussão geral) (Info 782)

Estado-membro não pode ser incluído nos cadastros de inadimplentes da União por irregularidades praticadas pelos outros Poderes que não o Executivo

O Estado só pode sofrer restrições nos cadastros de devedores da União por atos praticados pelo Poder Executivo. Dessa forma, atos do Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e dos entes da Administração Pública indireta (como as autarquias e as empresas públicas) não podem gerar sanções da União contra o Estado, diante da ausência de ingerência direta do Executivo sobre eles. STF. Plenário. ACO 1.612-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 13/2/2015. STF. Plenário. ACO 2.099 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 18/12/2015.

2014

Necessidade de garantir contraditório e ampla defesa para se realizar a autotutela

A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando estes forem ilegais. No entanto, se a invalidação do ato administrativo repercute no campo de interesses individuais, faz-se **necessária a instauração de procedimento administrativo que assegure o devido processo legal e a ampla defesa**. Assim, a prerrogativa de a Administração Pública controlar seus próprios atos não dispensa a observância do contraditório e ampla defesa prévios em âmbito administrativo. STF. 2ª Turma. RMS 31661/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/12/2013 (Info 732). STF. Plenário. MS 25399/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 15/10/2014 (Info 763).

Controle jurisdicional sobre atos administrativos

O STF suspendeu decisão de TRF que havia anulado portaria do Ministério das Comunicações tratando sobre aspectos técnicos da transmissão dos programas de TV (recursos de audiodescrição para deficientes visuais e intelectuais). Segundo a Corte, a complexidade da causa requer cautela por parte dos magistrados e maior consideração às soluções encontradas pelos órgãos técnicos especialistas na área. STF. Plenário. ADPF 309 Referendo-MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 25/9/2014 (Info 760).

Suspensão cautelar de gratificação supostamente indevida

Durante o processo administrativo instaurado para apurar a legalidade de determinada gratificação, a Administração Pública pode determinar, com fundamento no poder cautelar previsto no art. 45 da Lei nº 9.784/1999, a suspensão do pagamento da verba impugnada até a decisão definitiva do órgão sobre a sua validade no âmbito do procedimento aberto. STF. 2ª Turma. RMS 31973/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/2/2014 (Info 737).

O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal

Não existe direito adquirido à efetivação na titularidade de cartório quando a vacância do cargo ocorre na vigência da CF/88, que exige a submissão a concurso público (art. 236, § 3º). O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 **NÃO SE APLICA quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal.** O art. 236, § 3º, da CF é uma norma constitucional autoaplicável. Logo, mesmo antes da edição da Lei 8.935/1994 ela já tinha plena eficácia e o concurso público era obrigatório como condição para o ingresso na atividade notarial e de registro. STF. Plenário. MS 26860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/4/2014 (Info 741).

Suspensão administrativa do porte de arma de policial acusado de crime

A Polícia Militar pode, mediante decisão administrativa fundamentada, determinar a suspensão cautelar do porte de arma de policial que responde a processo criminal. STJ. 2ª Turma. RMS 42.620-PB, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/2/2014 (Info 537).

2013

Vedação ao nepotismo: inconstitucionalidade de lei estadual que preveja exceções

É inconstitucional lei estadual que excepciona a vedação da prática do nepotismo, permitindo que sejam nomeados para cargos em comissão ou funções gratificadas de até dois parentes das autoridades estaduais, além do cônjuge do Governador. STF. Plenário. ADI 3745/GO, rel. Min. Dias Toffoli, 15/5/2013 (Info 706).

Ausência de motivação do ato administrativo e correção do vício posteriormente

O ato de remoção de servidor público por interesse da Administração Pública deve ser motivado. Caso não o seja, haverá nulidade. No entanto, **é possível que o vício da ausência de motivação seja corrigido em momento posterior à edição dos atos administrativos impugnados.** Assim, se a autoridade removeu o servidor sem motivação, mas ela, ao prestar as informações no mandado de segurança, trouxe aos autos os motivos que justificaram a remoção, o vício que existia foi corrigido. STJ. 1ª Turma. AgRg no RMS 40.427-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3/9/2013 (Info 529).

O prazo do art. 54 da Lei 9.784/99 aplica-se às auditorias realizadas pelo TCU

O disposto no art. 54 da Lei 9.784/99 aplica-se às hipóteses de auditorias realizadas pelo TCU em âmbito de controle de legalidade administrativa. Em outras palavras, ao realizar controle de legalidade administrativa, o TCU somente poderá questionar a validade de atos que não tenham mais de 5 anos. Passado este prazo, verifica-se a decadência. STF. 1ª Turma. MS 31344/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 23/4/2013 (Info 703).

2012

Prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99 e ato praticado antes da vigência da Lei

Prazo de que dispõe a Administração Pública federal para anular um ato administrativo ilegal: **5 anos**, contados da data em que o ato foi praticado (art. 54 da Lei nº 9.784/99) A Lei 9.784/99 entrou em vigor em 01/02/1999. ***Se o ato administrativo tiver sido praticado antes da vigência dessa Lei, qual será o prazo e a partir de quando ele é contado?*** O STJ possui o entendimento de que o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, quanto aos atos administrativos anteriores à sua promulgação, **iniciou-se a partir da data de sua entrada em vigor, ou seja, na data de sua publicação, em 01/02/1999**. Assim, caso o ato ilegal tenha sido praticado antes da Lei nº 9.784/99, a Administração teve o prazo de 5 anos a contar da vigência da aludida norma para anulá-lo. STJ. 2ª Turma. REsp 1.270.474-RN, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2012 (Info 508).

Corte de serviços públicos essenciais e débitos pretéritos

Não é legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais quando a inadimplência do consumidor decorrer de débitos pretéritos, o débito originar-se de suposta fraude no medidor de consumo de energia apurada unilateralmente pela concessionária e inexistir aviso prévio ao consumidor inadimplente. STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 211.514-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18/10/2012 (Info 508).

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula vinculante 13-STF: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Súmula 473-STF: A administração **pode anular seus próprios atos**, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou **revogá-los**, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Súmula 346-STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Conteúdo 03: Poderes Administrativos

1. Introdução

Para que o Estado possa alcançar seus fins, o ordenamento jurídico confere aos agentes públicos algumas prerrogativas também denominadas **poderes administrativos**. Tais poderes são considerados **instrumentais**, uma vez que são concedidos com o único objetivo de possibilitar a consecução de interesses públicos, sendo atribuídos na exata medida reputada necessária para tanto (Ricardo Alexandre).

Dessa forma, contemplamos que os poderes da administração funcionam como **poderes-deveres**. Assim, sempre que o Estado "pode" atuar para alcançar o interesse público, ele na verdade deve. Não são faculdades, mas **instrumentos conferidos a Administração para alcançar o interesse da coletividade.**

Verifica-se que são PODERES INSTRUMENTAIS, "*instrumentos necessários a alcançar o interesse coletivo", ou seja, ela tem esse poder como forma/meio/instrumento de se alcançar as necessidades coletivas.*

Nessa linha, a doutrina enfatiza o caráter instrumental dos poderes administrativos para diferencia-los dos poderes estruturais do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).

- ☑ Possui **NATUREZA INSTRUMENTAL**, pois são prerrogativas reconhecidas a Administração para que esta use na busca do bem comum.

Diante do exposto, podemos conceituar os poderes da administração da seguinte forma, "***são prerrogativas que a ordem jurídica reconhece em favor da Administração Pública como instrumentos para garantir a supremacia o interesse público e a preservação do bem comum***".

Em face disto, os poderes da administração só serão legítimos enquanto busca alcançar o interesse coletivo, de modo que se extrapola o caráter da instrumentalidade ocorre o chamado – **ABUSO DE PODER.**

Ocorre abuso de poder quando o agente público se utiliza do poder dado a Administração para ir além do que a lei lhe ordena (*seja extrapolando a competência que lhe foi conferida, seja buscando finalidade diversa da imposta para o ato administrativo*).

Em síntese: **são poderes dado a administração como instrumentos necessários a execução do interesse da coletividade**.

Em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público, a autoridade investida em poderes administrativos, verificada a situação que lhe exige uma ação, não pode se omitir e deixar de praticar atos de sua competência legal.

Lembre-se, trata-se de um **PODER-DEVER**!

Por fim, cumpre destacarmos que os poderes conferidos a Administração Pública, aqui denominados de poderes da administração pública tem seu fundamento no **princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.**

2. Abuso de Poder

O prof. Ricardo Alexandre explica que o exercício de poder se dá de forma legítima quando desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável, e em atendimento à consecução dos fins públicos. Contudo, é possível que a autoridade, ao exercer o poder, ultrapasse os limites de sua competência ou o utilize para fins diversos do interesse público. Quando isto se verifica, diz-se que houve **ABUSO DE PODER**.

A expressão "*abuso de poder*" se divide em duas espécies:

- Excesso de poder;
- Desvio de poder.

Ocorre o denominado **abuso de poder** quando o agente o emprega o poder pelo simples poder, e não como instrumento na busca do interesse público. Poderá este ser de duas espécies: **excesso de poder** (extrapola a competência) e **desvio de poder** (busca finalidade diversa da proposta pelo ato).

Vejamos:

ABUSO DE PODER	
Excesso de poder	**Desvio de poder**
Vício de competência	Vício de finalidade
Ocorre quando a autoridade atua extrapolando os limites da sua competência.	Ocorre quando a autoridade pratica um ato que é de sua competência, mas o utiliza para uma finalidade diversa da prevista ou contrária ao interesse público.

a) Excesso de Poder

O excesso de poder é o extrapolamento da competência que foi atribuída ao Agente Público, ou seja, a atuação deste vai além do que lhe foi conferido, constituindo-se em um **vício de competência**. O excesso de poder é **vício sanável.**

b) Desvio de Finalidade (desvio de poder)

O desvio de poder se manifesta **quando a agente prática o ato visando outra finalidade que não aquela prevista pela lei.** Nessa hipótese, o agente busca fins diversos daquele previsto na regra de competência.

No desvio de poder, ela prática o ato desviando a finalidade originariamente prevista no ato administrativo. Por exemplo, a remoção do servidor público deve ocorrer em virtude do interesse da administração para organizar melhor o serviço, de modo que não posso deslocar um servidor público como forma de "puni-lo", pois estaria praticando o ato buscando uma finalidade diversa daquela prevista na lei. O desvio de poder é **vício na finalidade** e não comporta saneamento, ou seja, trata-se de **vício insanável**.

Assim, toda vez que o agente pratica o ato com um fim diverso daquele previsto na Lei, restará configurado o desvio de poder.

Vamos ESQUEMATIZAR:

ABUSO DE PODER	
Excesso de Poder	**Desvio de Poder/Finalidade**
O excesso de poder é o extrapolamento da competência que foi atribuída ao Agente Público, ou seja, a atuação deste vai além do que lhe foi conferido, constituindo-se em um vício de competência. O excesso de poder é vício sanável.	O desvio de poder se manifesta quando o agente prática o ato visando outra finalidade que não aquela prevista pela lei. O agente busca fins diversos daquele previsto na regra de competência. No desvio de poder, ela prática o ato desviando a finalidade originariamente prevista no ato administrativo, incidindo em um vicio na finalidade do ato.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(CESPE/2017 – Delegado de Polícia Civil – GO). A respeito dos poderes e deveres da administração, assinale a opção correta, considerando o disposto na CF.

a) A lei não pode criar instrumentos de fiscalização das finanças públicas, pois tais instrumentos são taxativamente listados na CF.

b) A eficiência, um dever administrativo, não guarda relação com a realização de supervisão ministerial dos atos praticados por unidades da administração indireta.

c**) O abuso de poder consiste em conduta ilegítima do agente público, caracterizada pela atuação fora dos objetivos explícitos ou implícitos estabelecidos pela lei.**

d) A capacidade de inovar a ordem jurídica e criar obrigações caracteriza o poder regulamentar da administração.

Comentário: *o poder regulamentar não pode inovar na ordem jurídica*.

e) As consequências da condenação pela prática de ato de improbidade administrativa incluem a perda dos direitos políticos e a suspensão da função pública.

Gab. C.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(TRE-BA/2017). Segundo a doutrina, ocorrerá desvio de poder se

a) o agente praticar ato buscando alcançar fim diverso daquele determinado pela lei.

b) o agente público agir fora dos limites de sua competência administrativa.

c) houver a remoção de um servidor por agente incompetente, como forma de punição daquele.

d) a autoridade praticar ato administrativo que vá além do que a lei permita.

e) houver violação ao requisito de motivo do ato administrativo, tornando-o arbitrário.

Gab. A. Desvio de poder (ou desvio de finalidade) ocorre quando a autoridade pratica um ato que é de sua competência, mas o utiliza para uma finalidade diversa da prevista ou contrária ao interesse público.

3. Formas de Exercício dos Poderes

Não obstante alguns doutrinadores mencionar poder vinculado e poder discricionário como espécies de poderes administrativos, o prof. Matheus Carvalho explica que discricionariedade e vinculação são na verdade **formas de exercício do poder**: *forma vinculada e forma discricionária.*

a) Forma vinculada

Inicialmente, é preciso recordarmos que toda atuação do Estado está vinculado a lei (**princípio da legalidade**), o que distingue a forma vinculada da discricionária é a forma como a lei prevê a prática do ato administrativo.

Em algumas situações, a lei estabelece todos os critérios objetivos da prática do ato, neste caso, a forma de exercício do poder é vinculada, fale-se então em "poder vinculado".

Por exemplo, o agente público que faltar mais 30 dias no serviço ensejará na demissão. Assim, se o agente público falta 30 dias não será demitido, todavia, se faltar mais de 30 não poderá deixar de ser demitido, pois o critério definido em lei é objetivo, é vinculado.

Não há margem de escolha no caso concreto, pois todos os elementos do ato administrativo são vinculados.

Ato vinculado: **é o ato que possui todos os elementos e pressupostos já preenchidos previamente por lei**, que autoriza a prática do ato. Tornando o administrador um mero "cumpridor de leis".

Corroborando, preleciona Ricardo Alexandre o "*ato administrativo vinculado é aquele cujos elementos e requisitos necessários à formalização são determinados pela lei, não permitindo que autoridade decida o seu conteúdo ou exerça qualquer juízo de conveniência e oportunidade quanto à sua produção".*

b) Forma discricionária

A lei determina a forma de atuação, porém **confere a administração** em algum ponto/critério uma determinada **margem de escolha**, que terá como elemento norteador a ***oportunidade e conveniência***.

Por exemplo, a aquisição de bem móvel adquirido por decisão judicial poderá ser feita nas modalidades de licitação leilão *ou* concorrência.

Denota-se que **existe uma margem de escolha**, que deverá ocorrer dentro dos limites da lei, tendo como parâmetro o mérito administrativo – a escolha será feita com base na oportunidade e conveniência.

Em algumas situações a discricionariedade é disfarçada na lei, quando estamos diante de leis que tratam de "**conceitos jurídicos vagos/ indeterminados**", necessitando uma valoração, que nesse caso será feita pelo agente público.

Por exemplo, a expressão "*passeata tumultuosa*" é um conceito jurídico vago. Deste modo, cada administrador no caso concreto deverá observar se aquela passeata é tumultuosa. Outro exemplo que podemos citar é o poder que a Administração Pública possui de fechar espetáculos pornográficos. Nessa esteira, o conceito de pornografia é indeterminado.

Essa margem de escolha conferida ao agente público é denominada de mérito (**conveniência e oportunidade**).

O **controle feito pelo judiciário** sob os atos administrativos limitar-se-á análise da sua legitimidade, ou seja, verificar se aquele ato foi praticado dentro dos limites da lei (controle de legalidade).

→**CONTROLE DE LEGALIDADE** do ato administrativo.

O poder judiciário pode controlar os limites do mérito que a lei admite.

O judiciário controla os atos discricionários no que tange aos aspectos de legalidade. Assim, mostra-se equivocada a afirmativa de que o poder judiciário não exerce controle face aos atos discricionários.

ATENÇÃO!

O Judiciário pode analisar os limites do mérito administrativo em sede de controle, ou seja, pode controlar o mérito, verificando se o mérito encontra-se dentro dos limites da lei.

Corroborando ao exposto, Ricardo Alexandre "*... é certa também a possibilidade do controle judicial sobre os excessos praticados no aparente uso da discricionariedade administrativa. Para tanto, têm sido aplicados os princípios da finalidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo considerados ilegais os atos administrativos que não os respeitem*".

Nessa linha, ato discricionário é aquele que possui parte dos pressupostos e elementos já preenchidos previamente pela própria lei, que autoriza a prática daquele ato, deixando os demais pressupostos ou em branco ou indefinidos para que sejam preenchidos motivadamente pelo administrador.

ATENÇÃO!

No caso da discricionariedade proveniente dos conceitos jurídicos indeterminados, o limite do mérito para fins de averiguação de sua legitimidade é o **princípio da razoabilidade e proporcionalidade**.

Isto porque, o princípio da razoabilidade é princípio constitucional, e se ele viola o referido, ele é ilícito (ilicitude/ilegitimidade).

No exercício do controle, o Judiciário deverá **restringir-se a declaração da ilegalidade daquele ato**, não devendo/podendo fazer substituir-se pela Administração.

Reiteramos, no exercício do controle, deve-se limitar a *declarar a nulidade do ato* e (!) *decretar a sua retirada*, ficando sob incumbência da administração pública praticar novo ato.

Vamos ESQUEMATIZAR:

Poder vinculado	Poder discricionário
A lei não reconhece à Administração Pública liberdade para decidir. No poder vinculado, a decisão é legislativa. O legislador decide – positiva na norma – de modo a não deixar qualquer margem decisória para a Administração, a qual, diante do caso concreto, se limitará a aplicar a lei. Exemplo: ato administração de licença - ato administrativo vinculado.	A lei reconhece à Administração Pública liberdade para decidir, a partir de critérios de oportunidade e conveniência (mérito). No poder discricionário, a decisão é administrativa, pois, por motivos legislativos, o legislador entende que a melhor decisão será tomada por quem aplica a lei e não por quem a elabora. Exemplo: autorizações – atos administrativos discricionários (portar armar, exercer atividade profissional, utilizar bem público).

Observação pontual:

- ☑ A distinção entre poder discricionário e poder vinculado diz respeito à **existência ou inexistência de algum grau de liberdade para os agentes públicos avaliarem a conveniência, a oportunidade e o conteúdo da prática de um ato administrativo** (Ricardo Alexandre, 2018).

4. Espécies de Poderes Administrativos

PODERES ADMINISTRATIVOS	
Normativo	Disciplinar
Refere-se à faculdade que tem o Chefe do Poder Executivo de expedir decretos que, em regra, possuem apenas a finalidade de explicar a lei.	Refere-se a possibilidade de punição interna das infrações funcionais dos servidores públicos e das demais pessoas que se vinculam à Administração.
Hierárquico	Polícia
É uma decorrência da forma como se organiza **a Administração Pública**, havendo agentes ou órgãos cujas atuações se encontram subordinadas a outros agentes ou órgãos superiores.	É destinado a disciplinar, restringir ou condicionar o exercício dos direitos individuais em prol dos interesses coletivos.

Cumpre agora estudarmos cada espécie de poder com suas características individuais.

4.1 Poder Normativo/Regulamentar

O exercício do poder regulamentar encontra fundamento no art. 84, IV, da Constituição Federal, consistindo na **competência atribuída aos Chefes de Poder Executivo para que editem normas gerais e abstratas destinadas a detalhar as leis, possibilitando a sua fiel execução** (regulamentos).

Nesse sentido, o poder regulamentar é o poder que a administração tem para a expedição de normas gerais e abstratas, inferiores a lei para sua fiel execução.

No exercício do poder regulamentar, o Estado não inova no Ordenamento Jurídico, criando direitos e obrigações, o que Administração faz é expedir normas que irá assegurar a fiel execução da lei, sendo esta última inferior.

> *"O poder normativo se traduz no poder conferido à Administração Pública de **expedir normas gerais,** ou seja, atos administrativos gerais e abstratos com efeitos erga omnes. Não se trata de poder para a edição de leis, mas apenas um mecanismo para **edição de complementares à lei**".*

Regulamento ou Decretos

Inicialmente, saliente-se que Regulamento e Decreto são referências ao mesmo ato normativo. Isso porque o Regulamento é o ato normativo privativo do chefe do Poder Executivo e Decreto é a sua forma.

Em outras palavras, pode-se dizer que o Regulamento é expedido por meio de um Decreto.

O regulamento é o ato, e o decreto é a forma do regulamento.

- ☑ Os regulamentos são publicados por meio de decreto, que é a forma de que se revestem os atos editados pelo chefe do Poder Executivo.

Regulamento	ATO
Decreto	FORMA

Somente o chefe do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito) tem competência para expediência de regulamentos/decretos.

O poder regulamentar é **privativo do Chefe do Executivo.**

- Regulamento →ATO.
- Decreto →FORMA.

O regulamento é apenas uma das espécies do poder normativo.

São as duas as espécies de regulamento existentes no Ordenamento Jurídico brasileiro: regulamentos executivos e os regulamentos autônomos.

O regulamento executivo é aquele criado para a fiel execução da lei, para executar o texto legal. Já os regulamentos autônomos, são aqueles expedidos para substituir a lei.

O **regulamento executivo** é norma geral e abstrata. É geral porque não tem destinatários determinados ou determináveis, atingindo quaisquer pessoas que se ponham nas situações reguladas; é abstrata porque dispõe sobre hipóteses que, se e quando verificadas no mundo concreto, gerarão as consequências abstratamente previstas.

O **regulamento autônomo**, por sua vez, diferentemente do regulamento executivo, não se presta a detalhar uma lei, podendo inovar na ordem jurídica, da mesma forma que uma lei. O regulamento autônomo (decreto autônomo) é considerado ato normativo primário porque retira sua força diretamente da Constituição.

No toacnte aos regulamentos autônomos, importante recordarmos que a Constituição Federal de 1988, na sua redação original, acabou com a figura do decreto autônomo no direito brasileiro. Entretanto, com a Emenda Constitucional 32/2001, a possibilidade foi reinserida na alínea a do inciso VI do art. 84 da CF.

Decretos autônomos (substitutivos à lei) – Art. 84, VI, da Constituição Federal. **É a única hipótese em que se admite o regulamento autônomo**.

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho (2019), "os *regulamentos autônomos* ***são regulamentos que atuam substituindo a lei e têm o condão de inovar o ordenamento jurídico, determinando normas sobre matérias não disciplinadas em lei. São substitutos da lei e não facilitadores da lei, uma vez que são expedidos sem contemplar qualquer lei anterior***".

A Constituição Federal, em seu art. 84, inciso VI, estabelece a competência do Presidente da República para, por meio de Decretos, determinar a extinção de cargo público vago e tratar da organização administrativa, desde que não implique em aumento de despesas e não crie órgãos públicos.

Existe no direito brasileiro, uma grande divergência. A doutrina moderna entende que a regra é o regulamento executivo, todavia, excepcionalmente se admite duas espécies de regulamentos autônomos.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o REsp 584.798/PE "'- Primeira Turma, julgado em 04/11/2004 e publicado no DJ de 06/12/2004, estabeleceu que são "os regulamentos autônomos vedados no ordenamento jurídico brasileiro, ***a não ser pela exceção do art. 84,VI da Constituição Federal*".**

Dessa forma, em consonância com o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência brasileira, **só são admissíveis duas espécies de Regulamentos Autônomos no ordenamento jurídico pátrio, quais sejam, as duas situações previstas no art. 84, VI da Carta Magna**.

São exceções à regra geral de que o chefe do Poder Executivo edita decretos para fiel execução da lei, sem o caráter de inovação da ordem jurídica.

Os decretos autônomos se submetem a controle de constitucionalidade direto. Assim, ao contrário do decreto meramente regulamentar (regulamento executivo), editado para detalhar a fiel execução da lei, o decreto autônomo (regulamento independente) **está sujeito a controle de constitucionalidade**.

Vamos ESQUEMATIZAR:

Regulamento executivo	Regulamento autônomo
Admissibilidade	Excepcionalmente, admitido.
Atos normativos secundários	Atos normativos primários
São atos normativos secundários editados pelo Chefe do Executivo com o objetivo de detalhar a execução dos atos normativos primários, **não** inovando na ordem jurídica.	Não se presta a detalhar uma lei, podendo inovar na ordem jurídica, da mesma forma que uma lei.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(CESPE/2016 – TJ AM Juiz Substituto). Os poderes administrativos são prerrogativas outorgadas aos agentes públicos para a consecução dos interesses da coletividade. A respeito desses poderes, assinale a opção correta.

a) O pagamento de multa aplicada em decorrência do poder de polícia não pode configurar condição para que a administração pratique outro ato em favor do interessado.

b) O poder restritivo da administração, consubstanciado no poder de polícia, não se limita pelos direitos individuais.

c) O poder vinculado refere-se à faculdade de agir atribuída ao administrador.

d) Entre os poderes administrativos incluem-se o poder disciplinar, o poder regulamentar e o poder jurídico.

e) **Poder regulamentar** é a prerrogativa concedida à administração pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.

Gab. E.

Em síntese:

Regulamentos Executivos	Regulamentos Autônomos
Explicita a lei para a sua fiel execução.	Trata de questão ainda não prevista em lei.
Art. 84, IV da CF.	Art. 84,VI da CF – alterado com o advento da EC de 32.
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;	Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) *organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*; b) *extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos*.
Não inova na ordem jurídica.	INOVA na ordem jurídica.
Ato normativo secundário.	Ato normativo primário.
Não Admite delegação.	Admite delegação.

Deslegalização

Consiste na possibilidade do Poder Legislativo através de lei, transferir para a Administração Pública a competência para editar normas sobre assuntos cuja complexidade e velocidade de transformação exigem uma nova dinâmica normativa, que possibilita inclusive, o exercício de discricionariedade técnica.

→A questão deixa de ser tratada pela lei e passa a ser tratada pelo ato administrativo. STF admite, desde que ocorra dentro dos parâmetros estabelecidos na lei.

Observação 1: A lei que promove a deslegalização deve definir os parâmetros dentro dos quais a administração deve atuar.

Observação 2: A deslegalização surge como instrumento de atuação para as agências reguladoras.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

O fenômeno da deslegalização, também chamada de *delegificação*, significa a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, passando-as para o domínio de regulamentos de hierarquia inferior.

CERTO. Conforme ensinamentos do Professor Ricardo Alexandre, em face da complexidade das atividades técnicas da Administração, modernamente, embora haja controvérsias quanto ao aspecto da constitucionalidade, a *doutrina majoritária tem aceitado que as competências para regular determinadas matérias sejam transferidas pelo próprio legislador para órgãos administrativos técnicos. Trata-se do fenômeno da deslegalização, pelo qual a* **normatização sai da esfera da lei para a esfera do regulamento autorizado**.

ATENÇÃO!

Cabe fazer, neste passo, uma nota conceitual. É que, muito embora o campo de liberdade de conformação do Executivo, segundo a Lei em pauta, seja manifestamente reduzido, nem por isso se pode afirmar que a hipótese não se amoldaria ao fenômeno da deslegalização, estudada com maestria pelos Professores do Direito Administrativo. Com efeito, consiste a deslegalização "**na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (domaine de la loi) passando-as ao domínio do regulamento** (domaine de lordonnance)" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras, In: Mutações do direito administrativo, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, p. 218).

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(TRE-PE/2017). Determinada agência reguladora, atuando em sua esfera de atribuições, editou ato normativo de apurada complexidade técnica com vistas a elucidar conceitos legais e regular determinado segmento de atividades consideradas estratégicas e de interesse público. Nessa situação hipotética, a atuação da agência configurou exercício do poder

a) de polícia.

b) regulamentar.

c) discricionário.

d) disciplinar.

e) hierárquico.

Gab. B.

4.2 Poder hierárquico

Segundo leciona o professor Ricardo Alexandre, o **poder hierárquico** *é aquele conferido à autoridade administrativa para* ***distribuir e escalonar funções de seus órgãos****, estabelecendo uma relação de coordenação e subordinação entre os servidores sob sua chefia*. Nesse sentido, a estrutura organizacional da Administração se baseia em dois pressupostos fundamentais: **distribuição de competências e hierarquia** (Ricardo Alexandre).

Assim, temos que o poder hierárquico configura um poder de estruturação INTERNA da atividade administrativa.

Trata-se de um poder INTERNO. Dessa forma, não existe manifestação de hierarquia externa, ou seja, entre pessoas jurídicas diferentes.

Se manifesta entre **órgãos e agentes da mesma pessoa jurídica**.

Não se pode falar em hierarquia entre pessoas jurídicas de órgãos diferentes.

ATENÇÃO – HIERARQUIA: controle interno entre órgãos e agentes de uma **MESMA PESSOA JURÍDICA**.

Não se admite hierarquia e/ou subordinação entre administração direta e indireta.

Existem formas de controle que não caracterizam hierarquia, pois não se desenvolvem dentro de uma mesma pessoa jurídica, é o caso do **controle finalístico da administração direta sob a indireta**.

A hierarquia pode se manifestar por meio de atos de coordenação (relação horizontal) e subordinação (relação vertical).

A hierarquia é característica que integra a estrutura das pessoas jurídicas da Administração direta e indireta.

> *Trata-se de atribuição concedida ao administrador para organizar, distribuir e principalmente escalonar funções de seus órgãos, ou seja, é o Poder que a Administração*

tem de se estruturar internamente determinando uma relação de hierarquia e subordinação entre seus órgãos e agentes.

Salienta-se que o Poder hierárquico configura um poder de ESTRUTURA INTERNA da atividade pública. Assim, não existe manifestação de hierarquia externa.

DELEGAÇÃO X AVOCAÇÃO

A hierarquia justifica as hipóteses de avocação e delegação de competência.

A delegação de atribuições, uma das manifestações do poder hierárquico, é o ato de conferir a outro servidor atribuições que, originalmente, eram de competência da autoridade delegante.

Delegar (extensão de competência) significa **estender competência,** que pode ser de agente de mesma hierarquia ou inferior.

Noutra banda, *avocar* (busca competência de outro agente) **significa trazer para si competência de outro agente**, e poderá ser feita tão **somente do agente inferior**, ou seja, só se avoca competência de agente subordinado (que eram originalmente subordinado).

A avocação é fenômeno inverso ao da delegação e consiste na possibilidade de o superior hierárquico trazer para si temporariamente o exercício de competências legalmente estabelecidas para órgão ou agente hierarquicamente inferior. Destacamos que, ao contrário da delegação, **não cabe avocação fora da linha hierárquica**, uma vez que a utilização do instituto depende de um poder de vigilância e controle somente existente nas relações hierarquizadas.

A avocação é medida excepcional.

A excepcionalidade da avocação nos permitem concluir que ela sempre deverá ser temporária.

Vamos ESQUEMATIZAR:

Delegação	Avocação
A delegação de atribuições, uma das manifestações do poder hierárquico, é o ato de conferir a outro servidor atribuições que, originalmente, eram de competência da autoridade delegante.	A avocação é o procedimento inverso ao da delegação de competência; ocorre quando o superior assume ou passa a desempenhar as atribuições que eram originalmente de seu subordinado. Segundo a doutrina, a regra é a possibilidade de avocação pelo superior de

	qualquer competência do subordinado, desde que a competência a ser avocada não seja privativa do órgão subordinado.

- Responsabilidade da prática do ato na Delegação

Candidato, de quem é a responsabilidade do ato praticado no exercício da delegação?

Discute-se acerca da responsabilidade pela prática do ato administrativo realizado mediante delegação.

Nesse sentido, a **Súmula n. 510 do Supremo Tribunal Federal,** estabelece **que a autoridade coatora é o agente que praticou o ato**, ainda que o tenha feito por delegação.

Súmula n. 510, STF - Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.

Com base nessa orientação, no julgamento do MS 24.732 MC/DF, o STF decidiu que o foro da autoridade delegante não se transmite a autoridade delegada. Assim, se o ato foi praticado pela autoridade delegada, qualquer medida judicial proposta contra este ato deverá respeitar o foro da autoridade delegada (Ricardo Alexandre, 2019).

Pelo exposto, contemplamos que a responsabilidade do ato é atribuída àquele que o praticou, mesmo que no exercício da função delegada.

- Vedação de Delegação e Avocação

Nos termos propostos pela Lei nº 9.784, **é vedada a delegação e avocação**:

- Para **EDIÇÃO DE ATOS NORMATIVOS**;
- Para **DECISÃO DE RECURSO HIERÁRQUICO**;
- Para **COMPETÊNCIA DEFINIDA COMO EXCLUSIVA**. (Obs.: *a privativa pode ser delegada*).

Tanto os empregados públicos (celetistas), quanto os estatutários, submetem-se a manifestação do Poder Hierárquico, seja o vínculo de emprego, estatutário ou temporário.

CF, Art.84, § único – esses decretos podem ser delegados ao ministro de estado, ao procurador geral da república e o advogado geral da união.

Atenção ao texto da lei. Trata-se de situação excepcional.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2018. Banca: CESPE. Órgão: PC-MA. Prova: Delegado de Polícia Civil). Com relação aos poderes administrativos, a prerrogativa da administração pública de editar atos normativos para ordenar a atuação de órgãos subordinados decorre do exercício do poder

a) discricionário.

b) disciplinar.

c) de polícia.

d) regulamentar.

e) hierárquico.

Gab. E.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2017. Banca: FAPEMS. Órgão: PC-MS. Prova: Delegado de Polícia). Quanto aos poderes da Administração Pública, assinale a alternativa correta.

a) O Poder Hierárquico é pressuposto do Poder Disciplinar.

b) O Poder Hierárquico pode ser exercido pela regulamentação de prática de ato em razão de interesse público concernente à segurança.

c) O Poder Disciplinar pode ser exercido por meio do disciplinamento de liberdade.

d) O Poder de Polícia pode ser exercido por meio da expedição de decretos autônomos.

e) A possibilidade de delegar e avocar atribuições decorre do Poder Disciplinar.

Gab. A.

4.3 Poder disciplinar

É o poder da Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades em relação àqueles sujeitos a disciplina interna da Administração, servidores públicos ou não.

Nas lições do prof. Ricardo Alexandre (2019), *o poder disciplinar autoriza à Administração Pública a apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e às demais pessoas sujeitas à disciplina*

administrativa em razão de um vínculo específico. Dessa forma, **somente está sujeito ao poder disciplinar aquele que possui algum vínculo específico com a Administração**, seja de natureza funcional ou contratual.

O poder disciplinar não alcança a coletividade como um todo, mas um grupo restrito de indivíduos (aqueles que mantêm com a Administração um vínculo/relação jurídica especial de sujeição/subordinação). Em suma, o critério não é ser servidor público, mas estar sujeito à autoridade administrativa (p. ex.: aluno de uma escola pública).

É o poder sancionatório, punitivo.

O *Poder Disciplinar* trata da atribuição pública de aplicação de sanções àqueles que estejam sujeitos à disciplina do ente estatal.

É um poder interno, sancionatório, por meio do qual a administração pública pode aplicar sanção as pessoas a este vinculado.

ATENÇÃO!

O poder disciplinar é um poder sancionatório, mas nem toda sanção configura poder disciplinar, visto que o poder disciplinar decorre da **existência de um vínculo especial entre o Estado e o sujeito que esta sendo punido**, do contrário estará diante da manifestação do poder de polícia. Logo: Estado punindo pessoas vinculados a ele é manifestação do poder disciplinar, por outro lado, já o Estado punindo particulares não vinculados é manifestação do poder de polícia.

Ex. sanção aplicada ao servidor público (vinculo específico) → poder disciplinar.

Ex. aplicação de multa ao particular → (sem vínculo) manifestação do poder de polícia.

Corroborando ao exposto, Ricardo Alexandre (2018):

> ***Não devem ser confundidas as penalidades decorrentes do poder disciplinar com aquelas provenientes do exercício do poder de polícia***. *Embora as sanções disciplinares e as sanções de polícia possuam natureza administrativa, estas são aplicadas a quaisquer pessoas que estejam colocando em risco ou causando transtornos à coletividade (aqui o vínculo entre Administração e administrado é geral), enquanto aquelas, nos termos anteriormente analisados, somente atingem os que possuem relação funcional ou contratual com a Administração.*

É um poder específico, posto que só será aplicado aqueles que tiverem uma vinculo especial com a Administração.

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho, “a sanção aplicada em razão do exercício deste Poder não é uma sanção comum porque, em verdade, estar-se-á diante **do poder de aplicar uma sanção decorrente de um vínculo especial** entre a administração pública e o indivíduo que está sendo penalizado”.

A aplicação das sanções disciplinares deve respeitar o devido processo legal, assegurando o contraditório e a ampla defesa.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(CESPE/2016 – Delegado de Polícia Civil – PE). Acerca dos poderes e deveres da administração pública, assinale a opção correta:

a) A autoexecutoriedade é considerada exemplo de abuso de poder: o agente público poderá impor medidas coativas a terceiros somente se autorizado pelo Poder Judiciário.

b) À administração pública cabe o poder disciplinar para apurar infrações e aplicar penalidades a pessoas sujeitas à disciplina administrativa, mesmo que não sejam servidores públicos.

c) Poder vinculado é a prerrogativa do poder público para escolher aspectos do ato administrativo com base em critérios de conveniência e oportunidade; não é um poder autônomo, devendo estar associado ao exercício de outro poder.

Comentário: *o conceito exposto na assertiva trata-se do poder discricionário, e não poder vinculado*.

d) Faz parte do poder regulamentar estabelecer uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos, incluindo o poder de delegar e avocar atribuições.

Comentário: *o conceito da assertiva revela a manifestação do poder hierárquico, e não poder disciplinar. O poder disciplinar refere-se ao poder de aplicar sanções as pessoas que possuem vínculo especial com a administração pública*.

e) O dever de prestar contas aos tribunais de contas é específico dos servidores públicos; não é aplicável a dirigente de entidade privada que receba recursos públicos por convênio.Comentário: *referidas entidades também possuem o dever de prestar contas perante o Tribunal de Contas.*

Gab. B.

Observações pontuais:

- O poder disciplinar autoriza à Administração Pública a apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e às demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa. Dessa forma, somente está sujeito ao poder disciplinar aquele que possui algum vínculo específico com a Administração, seja de natureza funcional ou contratual.
- **ATENÇÃO:**
  É lição comum na doutrina que o poder disciplinar é exercido de forma discricionária. A afirmação deve ser analisada com bastante cuidado no que concerne ao seu alcance. Caso o indivíduo sob disciplina administrativa cometa infração, não restará qualquer opção ao gestor senão aplicar-lhe a penalidade legalmente prevista, ou seja, a aplicação da pena é ato vinculado. A discricionariedade, quando existente, é relativa à graduação da penalidade ou à escolha entre as sanções legalmente cabíveis, uma vez que no direito administrativo não predomina o princípio da pena específica (que corresponde à necessidade de prévia definição em lei da infração funcional e da exata sanção cabível).
- A aplicação de qualquer penalidade requer um procedimento administrativo prévio, em que sejam assegurados ao interessado o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV, da Constituição Federal).

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(TRE-BA/2017) A **aplicação de advertência a servidor público**, em decorrência do cometimento de infração funcional, demonstra o exercício do poder:

a) regulamentar.

b) disciplinar.

c) hierárquico.

d) vinculado.

e) de polícia.

Gab. B. O poder disciplinar autoriza à Administração Pública a apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e às demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2018. Banca: VUNESP. Órgão: PC-BA. Prova: Delegado de Polícia). No âmbito da execução penal, a atribuição de apurar a conduta faltosa do detento cometida dentro do estabelecimento prisional durante o

cumprimento da pena, assim como realizar a subsunção do fato à norma legal, verificando se a conduta corresponde a uma falta leve, média ou grave, e aplicar eventual sanção é do diretor do estabelecimento prisional e decorre do poder

a) de polícia.

b) geral de cautela.

c) de tutela.

d) hierárquico.

e) disciplinar.

Gab. E.

4.3 Poder de Polícia

Conforme preleciona Ricardo Alexandre "o poder de polícia consiste na faculdade conferida ao Estado de **estabelecer regras restritivas e condicionadoras do exercício de direitos e garantias individuais, tendo em vista o interesse público**".

O poder de polícia não é um poder interno, decorre da Supremacia do Interesse Público, não dependendo para sua manifestação de nenhum vínculo especial (ao contrário do que exige o poder disciplinar).

O Art.78, CTN expõe o Conceito do Poder de Polícia, *in verbis:*

Art.78, CTN. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O poder de polícia exercido pela Administração, não se confunde com a polícia judiciária (CPP).

O poder de polícia enseja a possibilidade de cobrança de taxas.

Tem por finalidade restringir as liberdades individuais, o uso, gozo e disposição da propriedade para adequá-los ao interesse da coletividade.

"O poder de polícia limita o uso da propriedade do individuo para atender/adequar o interesse público".

A polícia administrativa se manifesta por atos de prevenção e repressão. Assim, quando exige a licença para construir, exerce ato de prevenção. Por outro lado, quando aplica multa, reveste-se de um ato de repressão.

A polícia administrativa incide sobre bens e direitos, condiciona o exercício de direitos e uso de bens.

A polícia judiciária incide sobre pessoas.

Vamos ESQUEMATIZAR:

Polícia administrativa	Polícia judiciária
Incide sobre bens, direitos ou atividades;	Atua apenas sobre as pessoas
É inerente e se difunde por toda a Administração.	É privativa de órgãos especializados, por exemplo, polícia civil, polícia militar ou polícia federal.
Age predominantemente de forma preventiva, mas também pode atuar de maneira repressiva.	Age predominantemente de forma repressiva, mas também pode atuar de maneira preventiva.
Atua na área do ilícito administrativo.	Atua no caso de ilícitos penais.

Podemos citar alguns exemplos que demonstram a dimensão da multiplicidade de situações em que o poder de polícia é empregado:

a) Apreensão de mercadoria estragada em depósito alimentício;
b) Suspensão de atividades lesivas ao meio ambiente;
c) Fiscalização exercida sobre pessoas físicas ou jurídicas pelos conselhos de fiscalização profissional;
d) Apreensão de mercadoria ilegal na alfândega;
e) Interdição de um estabelecimento que viole normas sanitárias;
f) Aplicação de uma multa a restaurante que infringiu normas ligadas à proteção da saúde pública;
g) Lavratura de auto de infração contra empresa que violou normas relativas à vigilância sanitária;
h) Demolição de edifício particular que ameaçava ruir;
i) Expedição de porte de arma de fogo.

➔ Poder de polícia é atividade típica de Estado, razão pela qual **não poderá ser delegado a particulares!**

É atividade típica de Estado e por isso não pode ser delegada a pessoa jurídica de direito privado, ainda que a pessoa jurídica de direito privado da Administração Indireta.

O poder de polícia pode se manifestar por intermédio de atos gerais, inclusive, leis, e pode também se manifestar por atos individuais. Ex.: norma que estipula que naquela determinada rua ninguém pode estacionar.

É possível ainda, que o poder de polícia se manifeste de forma preventiva ou repressiva.

A Polícia Administrativa pode ser **preventiva, repressiva e fiscalizadora.**

a) **Preventiva**, quando trata de disposições genéricas e abstratas como, por exemplo, as portarias e regulamentos que se materializam nos atos que disciplinam horário para funcionamento de determinado estabelecimento, proíbem desmatar área de proteção ambiental, soltar balões, entre outros.

b) **Repressiva**, ao praticar atos específicos observando sempre a obediência à lei e aos regulamentos, como por exemplo, dissolver passeata tumultuosa, apreender revistas pornográficas, aplicação de multa etc.

c) **Fiscalizadora**, quando previne eventuais lesões, como, por exemplo, vistoria de veículos, fiscalização de pesos e medidas entre outros.

Em síntese:

POLÍCIA ADMINISTRATIVA		
Preventiva	**Repressiva**	**Fiscalizadora**
Preventivo – definir a quilometragem, por exemplo.	Repressivo – penalização diante do descumprimento aplicando-lhe multa, por exemplo.	Fiscalizatório – fiscalização das condições sanitárias, por exemplo.

O poder de polícia, por fim, se manifesta por intermédio de atos discricionários ou vinculados.

Observação: Discricionaridade é uma característica/atributo do poder de polícia: como regra, os atos de polícia são atos discricionários.

Poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito

- **Sentido amplo** – o significado mais amplo da expressão corresponderia tanto aos atos do Executivo quanto aos do Legislativo (edição de leis) que condicionem a propriedade e a liberdade do indivíduo em prol do interesse coletivo.

- **Sentido estrito** – nesse sentido a expressão poder de polícia corresponderia unicamente aos atos do Poder Executivo que impliquem limitação da propriedade e da liberdade individual em favor da coletividade, quer estes sejam intervenções gerais e abstratas (como os regulamentos), quer sejam concretas e específicas (como as licenças e autorizações).

MUITA ATENÇÃO AGORA!

→ **O poder de polícia é discricionário?**

Para a doutrina tradicional, encampada por Hely Lopes Meirelles, uma das características do poder de polícia é a discricionariedade.

De fato, entende-se que a discricionariedade é a regra apresentada nos atos decorrentes do exercício do poder de polícia. Ou seja, a princípio, os atos de polícia são praticados pelo agente público, no exercício de competência discricionária, podendo definir a melhor atuação nos limites e contornos autorizados pela lei.

Nesse sentido, a maioria das bancas de concurso adotam A IDEIA DA DISCRICIONARIEDADE COMO CARACTERÍSTICA DO PODER DE POLÍCIA.

ATENÇÃO!

Com efeito, **não se pode dizer que o poder de polícia é sempre discricionário,** porque *ele também pode se manifestar por atos vinculados, como, por exemplo, as licenças para construção*. Nesses casos, a lei estabelece requisitos objetivos para a concessão da licença e, uma vez cumpridos os requisitos legais, o particular terá direito subjetivo à concessão do alvará pleiteado, sem que o agente público tenha qualquer margem de escolha.

Ante o exposto, contemplamos que o poder de polícia pode se manifestar tanto por atos vinculados quanto por atos discricionários.

Nessa linha, corroborando ao exposto, preleciona Ricardo Alexandre:

> *A discricionariedade consiste na liberdade de escolha da autoridade pública sobre a conveniência e oportunidade do exercício do poder de polícia. No entanto, embora a discricionariedade dos atos de polícia seja a regra, em algumas situações o exercício do poder de polícia é vinculado, não deixando margem para que a autoridade responsável possa fazer qualquer tipo de opção. A título de exemplo, comparemos os atos de concessão de alvará de licença e de autorização, respectivamente. No caso do alvará de licença, o ato*

é vinculado, *o que significa que a licença não poderá ser negada quando o requerente preencher os requisitos legais para sua obtenção*. (Direito Administrativo Esquematizado).

Delegação do Poder de Polícia

Candidato, é cabível delegação do poder de polícia?

O Poder de Polícia é considerado **atividade típica de Estado** e, portanto, **somente pode ser exercido pelas pessoas jurídicas de direitos público componentes da Administração Direta ou da Administração Indireta.**

No que tange à possibilidade de delegação, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1717, que analisava a constitucionalidade do art. 58 da lei 9649/98, declarou que os conselhos reguladores de profissão têm natureza jurídica de autarquia, uma vez que atuam no exercício do poder de polícia, ao estabelecer restrições ao exercício da liberdade profissional e que tal poder é indelegável a particulares.

MUITA ATENÇÃO AGORA!

ASPECTOS MATERIAIS DO PODER DE POLÍCIA

Para o STJ, as atividades de **ordem de polícia e de aplicação de sanções** derivam de indiscutível poder coercitivo do Estado e, justamente por isso, **não podem ser delegadas a pessoas jurídicas de direito privado**. Já as atividades de consentimento e fiscalização seriam compatíveis com a natureza de uma sociedade de economia mista, sendo, em tese, passíveis de delegação.

Dessa forma, temos que as atividades materiais (atividades de execução) "aspectos materiais" podem ser delegados. Por outro lado. não se admite porém a delegação dos atos próprios do Poder de Polícia (ordem de polícia e sanção de polícia).

CICLOS

- *1º Ordem de polícia;*
- ***2º Consentimento de polícia;***
- ***3º Fiscalização de Polícia;***
- 4º Sanção de polícia.

Os ciclos não são todos eles obrigatórios em um só ato do poder de polícia. **Os ciclos 2 e 3 admitem delegação**, consistente na execução material.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2016. Banca: FUNCAB. Órgão: PC-PA. Prova: Delegado de Policia Civil). "Afirmar que o poder de polícia não pode ser delegado por ser uma atividade adstrita à soberania estatal e o Estado não pode delegar aquilo que é ligado a sua soberania, trata -se de um posicionamento superado. Nem tudo ligado ao poder de polícia é vinculado à soberania do Estado, ou seja, ao poder de império, pois existem atividades ligadas ao poder de polícia que correspondem ao poder de gestão, que são justamente aquelas praticadas sem que o Estado utilize de sua supremacia sobre os destinatários". (PINHEIRO MADEIRA. 2014)

Assinale a alternativa em que se encontram as fases que podem ser delegadas a entidades privadas.

a) Sanção de polícia e consentimento de polícia.

b) Ordem de polícia e sanção de polícia.

c) Ordem de polícia e fiscalização de polícia.

d) Consentimento polícia fiscalização de polícia.

e) Ordem de polícia e consentimento de polícia.

Gab. D.

Atributos dos Atos de Polícia

a) **Discricionaridade:** conforme já explicado acima, a discricionariedade é uma característica, como regra do poder de polícia. Contudo, isso não significa que todos os atos que são manifestação do poder de polícia sejam discricionários. Corroborando, Ricardo Alexandre (2018):

> *A discricionariedade consiste na liberdade de escolha da autoridade pública sobre a conveniência e oportunidade do exercício do poder de polícia. No entanto, embora a discricionariedade dos atos de polícia seja a regra, em algumas situações o exercício do poder de polícia é vinculado, não deixando margem para que a autoridade responsável possa fazer qualquer tipo de opção.*

b) **Imperatividade** – poder que a administração pública tem de impor obrigações a particulares unilateralmente, independentemente da vontade daquele (concordância do particular).

c) **Exigibilidade ou coercibilidade** – poder que a administração pública tem de exigir o cumprimento do ato por meios de coerção indireta (Ex. aplicação de multa, caso estacione em local proibido).

d) **AUTOEXECUTORIEDADE/ EXECUTORIEDADE**: consiste no poder que a administração pública tem de utilizar meios diretos de cumprimento do ato por ele imposto. A administração pública executa o ato diretamente, sem ir ao Poder Judiciário.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, o atributo da autoexecutoriedade consiste na "faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário". Por exemplo, se um estabelecimento comercial estiver vendendo alimentos deteriorados, o Poder Público poderá apreendê-los e incinerá-los, não necessitando para tanto de qualquer ordem judicial.

No entanto, nem todas as medidas de polícia são dotadas de autoexecutoriedade. É lição corrente na doutrina que a autoexecutoriedade só existe em duas situações:

- quando estiver prevista expressamente em lei; ou
- mesmo não estando prevista expressamente em lei, se houver situação de urgência que demande a execução direta da medida.

Observação

Nem todos os atos de polícia gozam do atributo da autoexecutoriedade.

A autoexecutoriedade afasta o controle prévio do Poder Judiciário, não há necessidade do Estado ir ao judiciário para a realização do ato.

A doutrina tradicional entende que o poder de policia é uma manifestação de obrigação negativa. Todavia, a doutrina moderna já tem entendido que pode o poder de polícia também se manifestar por meio de obrigações positivas. Ex. Estatuto da cidade - prédio urbano x função social da propriedade. Função social do imóvel urbano.

O poder de polícia pode estabelecer obrigações positivas – fazer/não fazer ou de tolerar.

VOCÊ SABIA?

A administração pública possui interesse de agir para tutelar em juízo atos em que ela poderia atuar com base em seu poder de polícia

Um dos atributos do poder de polícia é a **autoexecutoriedade**. Isso significa que a Administração Pública pode, com os seus próprios meios, executar seus atos e decisões, sem precisar de prévia autorização judicial. *A Administração, contudo, **pode**, em vez de executar o próprio ato, ingressar com ação judicial pedindo que o Poder Judiciário determine essa providência ao particular*.
Ex: diante de uma irregularidade grave, a Administração Pública poderia, em tese, interditar o estabelecimento. Se ela, em vez de executar esta ordem diretamente, ajuíza ação pedindo que o Poder Judiciário determine essa providência, tal ação não pode ser julgada extinta por falta de interesse de agir.
A **autoexecutoriedade** não retira da Administração Pública a possibilidade de valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pelo Poder Público no exercício do poder de polícia são suficientes. STJ. 2ª Turma. REsp 1651622/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/03/2017.

Em síntese:

Atributos dos Atos de Polícia	
Discricionariedade* (como regra)	Imperatividade
A discricionariedade consiste na liberdade de escolha da autoridade pública sobre a conveniência e oportunidade do exercício do poder de polícia.	Todo ato administrativo que cria obrigação ao particular (os chamados atos restritivos), encerra um poder dado à administração pública de, unilateralmente, estabelecer uma obrigação aos particulares - desde que, obviamente, dentro dos limites da lei. Essa imposição de obrigações, independente da vontade do particular, configura o atributo da imperatividade.
Exigibilidade ou coercibilidade	Autoexecutoriedade
É o atributo do poder de polícia que faz com que o ato seja imposto ao particular, independentemente de sua concordância. Em outras palavras, o ato de polícia, como manifestação do *ius imperii* estatal, não depende da concordância do particular para que seja válido e eficaz.	O atributo da autoexecutoriedade consiste na "faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário". *Atenção! Nem todas as medidas de polícia são dotadas de autoexecutoriedade. É lição corrente na doutrina que a autoexecutoriedade só existe em duas situações: - quando estiver prevista expressamente em lei; ou - mesmo não estando prevista expressamente em lei, se houver situação de urgência que demande a execução direta da medida.

Poder de polícia originário e poder de polícia delegado

- O **poder de polícia originário** é aquele exercido pelos órgãos dos próprios entes federativos, cujo fundamento é a própria repartição de competências materiais e legislativas constante na Constituição Federal.

- Por sua vez, fala-se em **poder de polícia delegado** para fazer referência ao poder de polícia atribuído às pessoas de direito público da Administração Indireta, delegação esta que deve ser feita por meio de lei do ente federativo que detém o poder de polícia originário.

Prazo para aplicar penalidades

As sanções decorrentes do poder de polícia **devem respeitar um prazo prescricional de 5 (cinco) anos.**

93

Neste sentido, a Lei nº 9.873/99, em seu art. 1°, define que "*Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da pratica do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado*".

Verifica-se, portanto, que **o ente estatal deve respeitar o prazo quinquenal de prescrição para aplicação de sanções de polícia**, tendo início a contagem do prazo com a prática do ato lesivo pelo particular ou da cessação da conduta continuada que configure infração de caráter permanente, **ressalvadas a situação de o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, uma vez que, nestes casos, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.**

VOCÊ SABIA?

Se não houver lei estadual ou municipal prevendo o prazo prescricional da sanção de polícia, este prazo será de 5 anos, com base no art. 1º do Decreto 20.910/32

A legislação de cada ente deverá prever o prazo prescricional da sanção de polícia. No âmbito federal o prazo é de 5 anos, com fundamento na Lei n.º 9.873/99. **Caso não haja lei estadual ou municipal sobre o assunto, deverá ser aplicado o prazo prescricional de 5 anos por força, não da Lei n. 9.873/99**, mas sim do art. 1º do Decreto 20.910/32; As disposições contidas na Lei n.º 9.873/99 não são aplicáveis às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, pois o seu art. 1º é expresso ao limitar sua incidência ao plano federal. Assim, inexistindo legislação local específica, incide, no caso, o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1409267/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 16/03/2017.

Ademais, cumpre ressaltar que a legislação prevê a possibilidade de prescrição intercorrente, trienal, diante da inércia da Administração Pública no julgamento do processo administrativo.

Corroborando ao exposto, dispõe o art. 1°, §1° da Lei nº 9.873/99, "***Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de três anos***, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional de corrente da paralisação, se for o caso".

Lembre-se: os atos do poder de polícia pode impor tanto obrigações positivas (fazer) quanto negativas (não fazer/tolerar).

Observações pontuais:

- A Lei 9.873/1999 dispõe que **na Administração Pública Federal**, **direta e indireta**, prescreve em **cinco anos** a ação punitiva para apuração da infração e a consequente **aplicação da sanção de polícia**, contados da data da **prática do ato** ou, no caso de infração permanente ou continuada, **do dia em que tiver cessado** (art. 1.º). No entanto, se o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir **crime**, a prescrição reger-se-á pelo **prazo previsto na lei penal** (art. 1.º, § 2.º).
- A referida norma prevê, ainda, a possibilidade de prescrição intercorrente (que ocorre no curso do processo), quando o procedimento administrativo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração da responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso (art. 1.º, § 1.º).

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2017. Banca: IBADE. Órgão: PC-AC. Prova: Delegado de Polícia Civil). No que tange aos Poderes e Deveres da Administração Pública e dos administradores públicos, assinale a alternativa correta.

a) O dever-poder de policia pode ser integralmente delegado a pessoas jurídicas de direito privado.

b) De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o exercício da competência regulamentadora, no contexto do dever-poder normativo, não é exclusivo do Chefe do Poder Executivo. Assim, atos normativos podem ser exarados por agências reguladoras ou mesmo por órgãos colegiados da Administração direta ou indireta.

c) De ordinário, a noção de dever-poder hierárquico compreende a possibilidade do chefe expedir ordens aos seus subordinados, contudo, este dever-poder não comporta a possibilidade de controle ou mesmo a revisão de atos do subordinado pelo superior hierárquico.

d) O dever-poder normativo é incompatível com a existência dos denominados regulamentos autorizados, porque questões técnicas devem ser tratadas por leis e não por regulamentos expedidos no contexto da função administrativa.

e) A supremacia geral não fundamenta o dever-poder de polícia, mas sim o dever-poder disciplinar.

Gab. B.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2016. Banca: FUNCAB. Órgão: PC-PA. Prova: Delegado de Polícia Civil). Com relação aos Poderes da Administração, marque a opção correta.

a) O supremo Tribunal Federal decidiu que os conselhos reguladores de profissão têm natureza de autarquia. Tal decisão se fundamentou no fato de que elas atuam no exercício regular do poder de polícia, sendo este poder indelegável ao particular.

b) O poder de polícia poderá ser exercido pela administração indireta, dentre elas as autarquias e as sociedades de economia mista.

c) O poder de polícia é sempre discricionário, cabendo ao executor do ato de polícia decidir pela conveniência e oportunidade.

d) Não há contraditório quando o Estado age revestido do poder de polícia. No momento em que os agentes de vigilância sanitária apreendem mercadorias impróprias para o consumo, diante da flagrância, afasta-se o contraditório, por expressa determinação constitucional.

e) A sanção de polícia prescreve em 3 anos, contados da data do ato, ou no caso de infrações permanentes, do dia em que tiver cessado.

Gab. A.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2017. Banca: CESPE. Órgão: DPE-AC. Prova: Defensor Público). A estrutura hierárquica da administração pública permite a

a) delegação da competência para aplicação de sanções em sede de poder de polícia administrativa à pessoa jurídica de direito privado.

b) revisão por agente de nível hierárquico superior de ato administrativo ou processo administrativo que contiver vício de legalidade.

c) delegação de órgão superior a órgão inferior da atribuição para a edição de atos administrativos de caráter normativo.

d) delegação a órgão diverso da competência para a decisão de recurso administrativo.

e) avocação por órgão superior, em caráter ordinário e por tempo indeterminado, de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Gab. B.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

(Ano: 2017. Banca: FMP Concursos. Órgão: MPE-RO. Prova: Promotor de Justiça Substituto). Assinale a alternativa INCORRETA quanto ao poder de polícia.

a) É constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício do poder de polícia de trânsito, inclusive para a imposição de sanções administrativas previstas em lei.

b) As atribuições da guarda municipal previstas na Constituição da República são definidas em sentido exemplificativo, e não exaustivo.

c) O poder de polícia se manifesta exclusivamente por intermédio de deveres de abstenção ou obrigações de não fazer acometidas aos particulares.

d) O poder de polícia não se limita à atuação do Estado no concernente à prestação de segurança pública direcionada à coletividade.

e) Até mesmo instituições policiais podem cumular funções típicas de segurança pública com exercício de poder de polícia.

Gab. C.

Dos Informativos: Poderes Administrativos

2019

Agência de turismo que faça câmbio é equiparada à instituição financeira e está sujeita à fiscalização do BACEN

A agência de turismo devidamente credenciada para efetuar operações de câmbio é equiparada a instituição financeira e subordina-se à regular intervenção fiscalizatória do Banco Central. Consideram-se instituições financeiras as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros (art. 17 da Lei nº 4.595/64). STJ. 1ª Turma. REsp 1.434.625-CE, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 09/04/2019 (Info 647). Obs: esse mesmo entendimento pode ser aplicado para a seara dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 1º, I, da Lei nº 7.492/86): STJ. 5ª Turma. RHC 9.281/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 30/10/2000.

O termo "bombeiro civil" pode ser utilizado pelos profissionais de empresas privadas atuantes no ramo

Profissionais de empresas privadas que exerçam atividade de prevenção e combate ao incêndio podem adotar a nomenclatura "bombeiro civil". O art. 2º da Lei nº 11.901/2009 dispõe que são "bombeiros civis" os empregados contratados tanto por empresas públicas quanto privadas que exerçam atividade de prevenção e combate ao incêndio. A Lei nº 12.664/2012 não revogou a Lei nº 11.901/2009, mas apenas proibiu o uso de uniformes que possuam insígnias, distintivos e emblemas representativos das instituições públicas. STJ. 1ª Turma. REsp 1.549.433-DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 09/04/2019 (Info 648).

2018

Apreensão de veículo utilizado no carregamento de madeira sem autorização

O art. 2º, § 6º, inc. VIII, do Decreto n. 3.179/1999 (redação original), quando permite a liberação de veículos e embarcações mediante pagamento de multa, não é compatível com o que dispõe o art. 25, § 4º, da Lei n. 9.605/1998; entretanto, não há ilegalidade quando o referido dispositivo regulamentar admite a instituição do depositário fiel na figura do proprietário do bem apreendido por ocasião de infração nos casos em que é apresentada defesa administrativa - anote-se que não se está defendendo a simplória liberação do veículo, mas a devolução com a instituição de depósito (e os consectários legais que daí advêm), observado, entretanto, que a liberação só poderá ocorrer caso o veículo ou a embarcação estejam regulares na forma das legislações de regência (Código de Trânsito Brasileiro, p. ex.). STJ. 1ª Seção. REsp 1.133.965-BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25/04/2018 (Info 625).

Competência do DNIT para fiscalizar trânsito nas rodovias e estradas federais

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT detém competência para a fiscalização do trânsito nas rodovias e estradas federais, podendo aplicar, em caráter não exclusivo, penalidade por infração ao Código de Trânsito Brasileiro, consoante se extrai da conjugada exegese dos arts. 82, § 3º, da Lei nº 10.233/2001 e 21 da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro). STJ. 1ª Seção. REsp 1588969-RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 28/02/2018 (recurso repetitivo) (Info 623).

Fiscalização prévia do camarão in natura

É obrigatória a prévia fiscalização do camarão in natura, ainda que na condição de matéria-prima, antes do beneficiamento em outros Estados da Federação, podendo tal atividade ser realizada no próprio estabelecimento

rural onde se desenvolve a carcinicultura. STJ. 1ª Turma.REsp 1536399-PI, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 08/02/2018 (Info 620).

2017

A administração pública possui interesse de agir para tutelar em juízo atos em que ela poderia atuar com base em seu poder de polícia

Um dos atributos do poder de polícia é a autoexecutoriedade. Isso significa que a Administração Pública pode, com os seus próprios meios, executar seus atos e decisões, sem precisar de prévia autorização judicial. A Administração, contudo, **pode, em vez de executar o próprio ato, ingressar com ação judicial** pedindo que o Poder Judiciário determine essa providência ao particular. Ex: diante de uma irregularidade grave, a Administração Pública poderia, em tese, interditar o estabelecimento. Se ela, em vez de executar esta ordem diretamente, ajuíza ação pedindo que o Poder Judiciário determine essa providência, tal ação não pode ser julgada extinta por falta de interesse de agir. A autoexecutoriedade não retira da Administração Pública a possibilidade de valer-se de decisão judicial que lhe assegure a providência fática que almeja, pois nem sempre as medidas tomadas pelo Poder Público no exercício do poder de polícia são suficientes. STJ. 2ª Turma. REsp 1651622/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/03/2017.

Ante a omissão do órgão estadual na fiscalização o IBAMA pode exercer o seu poder de polícia administrativa

Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, o IBAMA pode exercer o seu poder de polícia administrativa, porque não se pode confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar. STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1484933/CE, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 21/03/2017.

Se não houver lei estadual ou municipal prevendo o prazo prescricional da sanção de polícia, este prazo será de 5 anos, com base no art. 1º do Decreto 20.910/32

A legislação de cada ente deverá prever o prazo prescricional da sanção de polícia. No âmbito federal o prazo é de 5 anos, com fundamento na Lei n.º 9.873/99. Caso não haja lei estadual ou municipal sobre o assunto, deverá ser aplicado o prazo **prescricional de 5 anos** por força, não da Lei n. 9.873/99, mas sim do art. 1º do Decreto 20.910/32; As disposições contidas na Lei n.º 9.873/99 não são aplicáveis às ações administrativas punitivas desenvolvidas por Estados e Municípios, pois o seu art. 1º é expresso ao limitar sua incidência ao plano federal. Assim, inexistindo legislação local específica, incide, no caso, o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. STJ. 2ª Turma. AgInt no REsp 1409267/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 16/03/2017.

2016

Não cabe ao Banco Central fiscalizar o Serasa

O Banco Central tem o dever de exercer o controle do crédito e fiscalizar a atividade das instituições financeiras. O Serasa não é uma instituição financeira, considerando que não exerce coleta, intermediação nem aplicação de recursos financeiros, nem a custódia de valor de propriedade de terceiros, seja como atividade principal ou acessória. Logo, não é da atribuição do Banco Central a fiscalização das atividades do Serasa. STJ. 4ª Turma. REsp 1.178.768-SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 1/12/2016 (Info 595).

O IBAMA possui interesse jurídico e pode exercer poder de polícia administrativa ambiental dentro de área cuja competência para o licenciamento seja do Município ou do Estado.

A atividade fiscalizatória das atividades nocivas ao meio ambiente concede ao IBAMA interesse jurídico suficiente para exercer seu poder de polícia administrativa, ainda que o bem esteja situado em área cuja competência para o licenciamento seja do Município ou do Estado. Nos termos da legislação federal de regência, a competência concorrente não inibe a atuação do IBAMA, ainda mais não tendo havido a interferência de órgão ambiental local. STJ. 2ª Turma. REsp 1560916/AL, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06/10/2016.

O PROCON possui poder de polícia para impor sanções administrativas relacionadas à violação do CDC

O PROCON detém poder de polícia para impor multas (art. 57 do CDC) decorrentes de transgressão às regras ditadas pela Lei n.º 8.078/90. Assim, a sanção administrativa aplicada pelo PROCON reveste-se de legitimidade, em virtude de seu poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) para cominar multas relacionadas à transgressão do CDC. STJ. 1ª Turma. AgInt no REsp 1594667/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa, julgado em 04/08/2016.

Atribuição para classificar como medicamento produto importado

Se a ANVISA classificou determinado produto importado como "cosmético", a autoridade aduaneira não poderá alterar essa classificação para defini-lo como "medicamento". Incumbe à ANVISA regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública (art. 8º da Lei nº 9.782/99). Assim, é da Agência a atribuição de definir o que é medicamento e o que é cosmético. STJ. 1ª Turma. REsp 1.555.004-SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/2/2016 (Info 577).

2015

Poder de polícia de trânsito e guardas municipais

As guardas municipais podem realizar a fiscalização de trânsito? SIM. As guardas municipais, desde que autorizadas por lei municipal, têm competência para fiscalizar o trânsito, lavrar auto de infração de trânsito e impor multas. O STF definiu a tese de que é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício do poder de polícia de trânsito, inclusive para a imposição de sanções administrativas legalmente previstas (ex: multas de trânsito). STF. Plenário. RE 658570/MG, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 6/8/2015 (repercussão geral) (Info 793).

Incompetência do INMETRO para fiscalizar balanças gratuitamente disponibilizadas por farmácias

O Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO) não é competente para fiscalizar as balanças de pesagem corporal disponibilizadas gratuitamente aos clientes nas farmácias. STJ. 1ª Turma. REsp 1.384.205-SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 5/3/2015 (Info 557).

2013

As ações propostas pelo profissional contra o poder de polícia realizado pelo Conselho Profissional são julgadas pela Justiça Federal comum (e não pela Justiça do Trabalho)

A atividade fiscalizatória exercida pelos conselhos profissionais não pode ser incluída entre as competências estabelecidas no art. 114 da Constituição Federal, uma vez que não há relação de trabalho entre o Conselho de Fiscalização Profissional e os profissionais perante ele registrados. O que há entre eles é uma relação de natureza estatutária (isto é, regrada por atos normativos, e não por contrato), pertencente ao domínio do Direito Administrativo. Desse modo, se o profissional (ex: médico) não concorda com uma determinação do respectivo Conselho (ex: CRM) e decide ingressar com ação judicial questionando a medida, tal demanda não é de competência da Justiça do Trabalho, mas sim da Justiça Federal comum. STJ. 1ª Seção. CC 127.761/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28/08/2013.

2012

A cobrança da taxa de localização e funcionamento, pelo município, dispensa a comprovação da atividade fiscalizadora, face à notoriedade do exercício do poder de polícia pela Municipalidade

É prescindível (dispensável) a comprovação, pelo ente tributante, do efetivo exercício do poder de polícia, a fim de legitimar a cobrança da Taxa de Fiscalização de Anúncios, da Taxa de Fiscalização de Localização e Funcionamento e da Taxa de Fiscalização Sanitária. STJ. 1ª Turma. AgRg no Ag 1320125/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 20/11/2012.

O PROCON tem competência para aplicar multa à Caixa Econômica Federal por infração às normas do Código de Defesa do Consumidor, independentemente da atuação do Banco Central do Brasil

O PROCON é órgão competente para aplicar multa à Caixa Econômica Federal em razão de infração às normas de proteção do consumidor, pois sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente os consumidores, é legítima sua atuação na aplicação das sanções administrativas previstas em lei, decorrentes do poder de polícia que lhe é conferido. A atuação do PROCON não inviabiliza, nem exclui, a atuação do BACEN, autarquia que possui competência privativa para fiscalizar e punir as instituições bancárias quando agirem em descompasso com a Lei n.º 4.565/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1148225/AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/11/2012.

De 👀 na Súmula!!!

De Olho na Súmula!

Súmula Vinculante 38: É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

De Olho na Súmula!

Súmula vinculante 49: Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

De Olho na Súmula!

Súmula 19-STJ: A fixação do horário bancário, para atendimento ao público, é da competência da União.

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula 312-STJ: No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula 467-STJ: Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental.

Conteúdo 04: Organização Administrativa

O estudo da organização administrativa corresponde à definição e conhecimento **acerca das pessoas, entes e órgãos que compõem o aparelho administrativo do Estado, no desempenho da atividade administrativa.**

> *O conceito de Organização Administrativa parte do entendimento sobre a Estruturação do Estado, o conhecimento sobre as pessoas, entidades, órgãos e serviços públicos que vão culminar na função administrativa que conhecemos. Nas palavras do mestre José dos Santos Carvalho Filho a função administrativa é dentre todas a mais ampla, uma vez que é através dela que o Estado cuida da gestão de todos os seus interesses e os da coletividade. (Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012).*

O estudo da organização administrativa consiste em conhecer as pessoas que fazem parte do Estado. Assim, trata do estudo do conjunto de pessoas que integram a estrutura do Estado.

Segundo o art. 4º deste do Decreto n. 200/67 a Administração Pública compreende a direta, que se constítui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República, e da administração indireta, que compreende as seguintes categorias – todas dotadas de personalidade jurídica: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista.

É cediço que a prestação de serviços públicos pode ser feita **diretamente pelos entes federativos** ou, em determinadas situações, podem ser **transferidas a particulares ou entidades especializadas** criadas no âmbito da própria Administração Pública, responsáveis pela execução destas atividades na busca do interesse público.

Algumas atividades a Administração desenvolve diretamente através de seus entes políticos, que são as entidades federadas, sendo elas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tais como, os serviços de saúde, educação, segurança pública. Todavia, buscando dar eficiência a atividade pública, está se especializa para melhor atender as finalidades do Estado, transferindo parte de determinados serviços.

Princípio da especialidade x princípio da eficiência: buscando dar eficiência o Estado especializa suas atividades transferindo a execução de determinados serviços para outra pessoa jurídica.

Ex.: Empresas de correio que só presta serviço postal. INSS só presta serviço previdenciário.

Essa transferência da execução dos serviços é denominado de **descentralização**.

1. Descentralização e Desconcentração

Descentralização é o fenômeno pelo qual o Estado transfere a execução da prestação do seu serviço para uma entidade especializada na execução dessa atividade, a fim de dar maior eficiência a mesma.

Nas lições do prof. Ricardo Alexandre[1]:

> *Na* **descentralização administrativa**, *em vez de desenvolver suas atividades administrativas por si mesmo, o Estado transfere a execução dessas atividades a particulares ou a outras pessoas jurídicas, de direito público ou privado. Dito de outro modo, a descentralização administrativa* ***consiste na distribuição ou transferência de atividades ou serviços da Administração Direta para a Administração Indireta ou para particulares****, o que pressupõe a existência de pelo menos duas pessoas, a pessoa política que transfere as atribuições e a pessoa física ou jurídica (de direito público ou de direito privado) que recebe as atribuições. Cumpre esclarecer que, embora o ente que está distribuindo suas atribuições exerça controle sobre as atividades ou serviços transferidos,* ***inexiste relação hierárquica entre a pessoa que transfere e a que recebe as atribuições.***

A descentralização pode ser feita a particulares ou para pessoas que são criadas pelo próprio Estado – que são os entes da administração indireta: (1) *Autarquias, (2) Fundações Públicas, (3) Sociedades de Economia Mista e (4) Empresas públicas*.

A transferência dos serviços a pessoas jurídicas diversas recebe o nome de descentralização, haja vista o fato de que a prestação, até então, centralizada é entregue a outra entidade.

A descentralização poderá ser feita mediante a transferência na prestação de serviços públicos a particulares, por meio de contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, nos termos da legislação aplicável. No entanto, a descentralização pode ser executada com a transferência na prestação do serviço a pessoas jurídicas criadas pela própria Administração Pública, especializadas na execução daquela atividade. São os chamados entes da Administração Indireta ou entes da Administração Descentralizada, os quais se dividem em autarquias (incluindo as associações públicas), empresas públicas, fundações públicas e sociedades de economia mista.

[1] Alexandre, Ricardo Direito administrativo / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

Cumpre destacar que mesmo que a Administração preste o serviço diretamente, ela deverá ser eficiente, é por isso, que ela internamente se dissolve em órgãos, entre os quais a competência é dividida.

Essa distribuição interna entre órgãos é denominado de **Desconcentração.** Vale ressaltar que, a desconcentração pode ocorrer tanto no âmbito da administração direta, quanto na indireta.

Mesmo nas situações em que a prestação dos serviços é feita de forma centralizada, ou seja, nas hipóteses em que a Administração Direta executa as atividades diretamente, sem transferência a terceiros, a busca pela eficiência se mantém e, como forma de garantir uma maior especialização, mesmo no bojo de uma mesma pessoa jurídica, os entes públicos devem providenciar uma divisão interna de competências.

Sendo assim, quando a União se responsabiliza pela prestação, por exemplo, do serviço de saúde, o faz mediante a distribuição interna de competência entre órgãos responsáveis por essa atividade, como o Ministério da Saúde, o Sistema Único de Saúde, os Hospitais Públicos, entre outros.

Essa distribuição interna de competências, entre órgãos e agentes de uma mesma pessoa jurídica é denominada de desconcentração administrativa.

Corroborando ao exposto, Ricardo Alexandre: [2]

> A **desconcentração administrativa** *consiste na distribuição interna de competências, no âmbito da mesma pessoa jurídica. Com efeito, na desconcentração administrativa as* ***atribuições são distribuídas entre os órgãos que integram a mesma instituição****, no que difere da descentralização administrativa, que pressupõe a distribuição de competência para outra pessoa, física ou jurídica (entidade). A desconcentração administrativa se dá tanto na administração direta quanto na administração indireta de todos os entes federativos.*

Candidato, é possível falarmos em manifestação de hierarquia no âmbito da desconcentração?

O prof. Ricardo Alexande explica que como a desconcentração pressupõe a existência de diversos órgãos, quer sejam órgãos da Administração Direta ou das pessoas jurídicas da Administração Indireta, e como tais órgãos

[2] Alexandre, Ricardo Direito administrativo / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

internamente estão dispostos segundo uma relação de subordinação hierárquica, costuma-se afirmar que a desconcentração administrativa está relacionada ao princípio da hierarquia.

Para melhor compreensão da distinção dos dois fenômenos. Vejamos o quadro abaixo:

DESCONCENTRAÇÃO	DESCENTRALIZAÇÃO
- Distribuição interna de competências entre órgãos e agentes de uma mesma pessoa jurídica;	- Transferência dos serviços públicos as pessoas jurídicas diversas.
- A prestação não é transferida para outra entidade;	- A prestação é transferida para pessoa jurídica diversa, sendo essa quem realiza a atividade;
- Não há criação de uma nova pessoa jurídica;	- É criada uma nova pessoa jurídica diversa, que possuirá autonomia; pressupõe a existência de duas pessoas;
- Há manifestação do poder hierárquico.	- Não há manifestação do poder hierárquico, havendo apenas vinculação, em virtude do qual é feito o chamado "controle finalístico".
A desconcentração viabiliza a especialização da função dentro da sua estrutura estatal, sem que isso implique a criação de uma nova pessoa jurídica. Criação de centros de competências denominados de órgãos públicos.	Transferência da atividade administrativa para outra pessoa.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?
Ano: 2018 Banca: CESPE Órgão: PC-SE Prova: CESPE - 2018 - PC-SE - Delegado de Polícia. No que se refere aos institutos da centralização, da descentralização e da desconcentração, julgue o item a seguir.

Na administração pública, desconcentrar significa atribuir competências a órgãos de uma mesma entidade administrativa.

Gab.CERTO.

Como #JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?
Ano: 2018 Banca: CESPE Órgão: PC-SE Prova: CESPE - 2018 - PC-SE - Delegado de Polícia. No que se refere aos institutos da centralização, da descentralização e da desconcentração, julgue o item a seguir.

A diferença preponderante entre os institutos da descentralização e da desconcentração é que, no primeiro, há a ruptura do vínculo hierárquico e, no segundo, esse vínculo permanece.

Gab. CERTO.

Não se esqueça, prezado candidato! **Na desconcentração <u>há manifestação do poder hierárquico</u>, enquanto que na descentralização não há, havendo tão somente um controle, denominado pela doutrina de supervisão ministerial ou ainda, controle finalístico**.

2. Orgãos Públicos

Inicialmente, quanto aos órgãos públicos, preciso que você grave uma informação importantíssima que é cobrada corriqueiramente em provas: ÓRGÃO PÚBLICO **não tem personalidade jurídica própria**. Gravou? Podemos então prosseguir.

Órgão – são centros especializados de competência, sem personalidade jurídica própria, com capacidade processual ativa (capacidade postulatória). Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro dispõe que "*o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas partes integrantes; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo*".

Candidato, defina órgão público apontando as suas principais características.

Excelência, os órgãos públicos **são compartimentos ou centro de atribuições que se encontram inseridos dentro de determinada pessoa jurídica.** Desse modo, não se confundem com a pessoa jurídica; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são apenas parcelas integrantes do todo. Cumpre recordarmos ainda que os órgãos públicos é resultado da desconcentração, em que é feita a distribuição interna dentro de uma pessoa jurídica para atender e buscar de forma mais eficiente as finalidades do Estado.

Podemos apontar como características dos órgãos a sua criação e extinção por lei, a ausência de personalidade jurídica própria e via de regra, falta de capacidade processual. Nessa esteira, temos:

- Os órgãos públicos são criados e extintos por lei.
- Os órgãos **não possuem personalidade jurídica própria**. Nessa esteira, em decorrência da ausência de personalidade jurídica própria é que conforme ensina a teoria do órgão, quando o ente ou entidade manifestam as suas vontades, por meio de seus órgãos, sua atuação é imputada à pessoa jurídica que integram.
- Não possuem, via de regra, capacidade processual. Ressalta-se, a jurisprudência, excepcionalmente, reconhecem a capacidade processual ou "personalidade judiciária" de órgãos públicos de natureza constitucional quando se tratar da defesa de suas competências ou prerrogativas funcionais, violadas por ato de outro órgão.

Vamos ESQUEMATIZAR?

ÓRGÃOS	
Conceito	Características

São centros de competência que se encontram inseridos dentro de uma mesma pessoa jurídica.	Criação e extinção por lei; Não possuem personalidade jurídica própria; Não possuem, via de regra, capacidade processual.

CONECTANDO AS INFORMAÇÕES

Características dos Órgãos
- Os órgãos podem ser definidos como compartimentos ou centro de atribuições que se encontram dentro de determinada pessoa jurídica; - Não se confundem com a pessoa jurídica; a pessoa jurídica é o todo; enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo; - A divisão em órgãos é fenômeno que existe tanto na estrutura das pessoas políticas (Administração Pública Direta) quando na estrutura das entidades da Administração Pública Indireta; - Não possuem personalidade jurídico, esta é atributo apenas da pessoa jurídica a que pertencem; - A atuação dos órgãos é imputada a pessoa jurídica que integram (teoria do órgão); - Em regra, os órgãos não possuem capacidade processual, mas a doutrina e a jurisprudência, excepcionalmente, reconhecem a capacidade processual ou personalidade judiciária de órgãos públicos de natureza constitucional quando se tratar da defesa de suas competências ou prerrogativas funcionais, violadas por ato de outro órgão.

Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.

Embora os órgãos públicos não possuam personalidade jurídica própria.a lei pode conferir a determinados órgãos capacidade processual ativa. Então, embora não tenham personalidade jurídica, mas gozam de capacidade processual ativa, que consiste no poder de figurar no polo ativo da demanda em nome próprio (por exemplo, Defensorias Públicas e Ministério Público);

Capacidade processual ativa: não obstante não possuam em nenhuma situação, personalidade jurídica própria, determinados órgãos públicos gozam de capacidade processual ativa, tais como os órgãos independentes e autônomos. A referida capacidade processual é decorrente de previsão legal.

Nesses casos, terão capacidade postulatória para agirem judicialmente, em nome próprio. Pode-se citar como exemplos a competência conferida ao Ministério Público e à Defensoria Pública para proporem ações civis públicas, nos moldes da lei 7.347/85.

É que eles agem em defesa de prerrogativas institucionais e sua capacidade decorre sempre da legislação aplicável.

Assim, temos que embora não possuam personalidade jurídica própria, alguns órgãos possuem capacidade processual ativa (capacidade postulatória), que significa que podem configurar no polo ativo da demanda proposta por eles. Os órgãos independentes e autônomos, por exemplo, podem ter capacidade postulatória, desde que estipulados por lei.

E o que se entende por órgãos independentes e autônomos?

Independentes são órgãos que não estão hierarquicamente subordinados a nenhum outro, uma vez que se encontram no topo da hierarquia daquele Poder estatal, se sujeitando somente ao controle que é exercido entre os Poderes estruturais do Estado. Têm origem constitucional e representam cada um dos Poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário. Suas atribuições são exercidas por agentes políticos.·.

Ex.: Presidência da República (União), Governadoria (Estado).

Autônomos são órgãos imediatamente subordinados aos órgãos independentes e diretamente subordinados aos seus agentes. Gozam de ampla autonomia administrativa e financeira, são órgãos diretivos, com funções de coordenação e planejamento, tem orçamento próprio para gerir o exercício de sua atividade.

Ex.: Ministério da Fazenda (União), Secretaria de Segurança Pública (Estado).

3. Teorias que justificam a atuação do Estado (relação do Estado com os agentes públicos)

O Estado, por ser uma pessoa jurídica (ente abstrato), manifesta sua vontade sempre por meio de pessoas naturais: os agentes públicos. Para explicar essa ficção jurídica, que faz com que um ato praticado por uma pessoa física (agente público) seja atribuído e enseje a responsabilização do Estado, surgiram algumas teorias que serão vistas a seguir.

a) **Teoria da Representação**

A teoria da representação sustentava a ideia de que o agente público seria um representante do Estado, o Estado, por sua vez, seria um ente público incapaz. A teoria em estudo foi severamente criticada posto que o Estado não poderia ser visto como um ente incapaz, uma vez que esse é titular de obrigações e de direitos na ordem jurídica, não dependendo de Representação.

Corroborando ao entendimento, explica o nobre prof. Ricardo Alexandre[3]:

> *A* **teoria da representação**, *equiparava o Estado a uma pessoa incapaz e considerava o agente público como um representante do Estado, à semelhança de um representante de incapazes (como o tutor ou curador). Essa tese não vingou pelo fato de não explicar a contento como o Estado, que seria um incapaz, poderia outorgar validamente a sua própria representação. Além disso, essa teoria, da mesma forma que a anterior, trazia o inconveniente de não permitir a responsabilização do Estado quando seu representante ultrapassasse os poderes da representação.*

109

b) **Teoria do Mandato**

Estabelece que o agente público atua como mandatário do Estado, ou seja, a conduta do agente público é imputado ao Estado em virtude desse mandato firmado entre administração e o agente público. Igualmente, não foi aceita, visto que a relação entre entidade e agente não é contratual. Ademais, o Estado não poderia celebrar esse contrato de mandato, posto que não poderia ser representado. Assim, a referida teoria, igualmente, também não foi aceita.

Nessa linha, Ricardo Alexandre [4]:

> *Essa teoria era baseada em um instituto típico do Direito Civil: o contrato de mandato. Pelo contrato de mandato, o mandante confere, por meio de uma procuração, poderes a outra pessoa, o mandatário, para que esta pratique determinados atos em nome do mandante e sob a responsabilidade deste. A principal crítica a essa tese, que a fez fracassar, foi o fato de não explicar como o Estado, que não tem vontade própria, poderia outorgar o mandato. Outro inconveniente dessa linha de raciocínio é que, à semelhança do contrato de mandato, ela não permitia a responsabilização do Estado (mandante) perante terceiros quando seus agentes (mandatários) agissem com excesso de poderes, ou seja, quando extrapolassem as atribuições que lhe foram conferidas. Tal conclusão não é compatível com o atual estágio do Direito Administrativo no que toca à responsabilização civil do Estado.*

---

[3] Alexandre, Ricardo Direito administrativo / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

[4] Alexandre, Ricardo Direito administrativo / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

c) **Teoria do Órgão; da Imputação volitiva***[5]

Segundo esta teoria, a atuação do agente e do Estado se confundem, de modo que **toda atuação do agente público deve ser imputada ao órgão que ele representa e não à pessoa do agente.** A conduta do agente público manifestada é a vontade do próprio Estado.

Corroborando ao exposto, o prof. Ricardo Alexandre [6] explica detalhadamente:

> *A teoria do órgão foi elaborada na* ***Alemanha****, por* ***Otto Gierke****, e hoje é universalmente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. De acordo com essa tese, o Estado (pessoa jurídica) manifesta suas vontades por meio dos órgãos que integram a sua estrutura administrativa. Com efeito, quando os agentes que atuam nesses órgãos manifestam a sua vontade é como se o próprio Estado se manifestasse. Em outras palavras, como o órgão é apenas parte do corpo do ente político ou da entidade administrativa, todas as manifestações de vontade dos órgãos são consideradas como manifestações de vontade da própria pessoa jurídica da qual fazem parte.*

Candidato, qual a teoria adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro para explicar a relação entre o Estado e o agente, justificando, por via consequencial, a responsabilidade do Estado?

Excelência, várias foram as teorias criadas para tentar explicar a relação do Estado e o agente/órgão. Nessa esteira, o Ordenamento Jurídico Brasileiro, por sua vez, adotou a chamada TEORIA DO ÓRGÃO.
A teoria do órgão foi elaborada na Alemanha, por Otto Gierke, e hoje é universalmente aceita pela doutrina e pela jurisprudência. De acordo com essa tese, o Estado manifesta suas vontades por meio dos órgãos que integram a sua estrutura administrativa. Com efeito, quando os agentes que atuam nesses órgãos manifestam a sua vontade é como se o próprio Estado se manifestasse. Em outras palavras, como o órgão é apenas parte do corpo do ente político ou da entidade administrativa, todas as manifestações de vontade dos órgãos são consideradas como manifestações de vontade da própria pessoa jurídica da qual fazem parte.

A teoria do órgão é também conhecida como "teoria da imputação volitiva".

4. Classificação de Órgãos

Candidato, muitas classificações têm sido elaboradas para os órgãos públicos, iremos fazer o estudo daquelas que são exigidas nos concursos públicos com maior frequência. Certo? Prosseguimos!

[5] Foi a teoria adotada no OJ Brasileiro.
[6] Alexandre, Ricardo Direito administrativo / Ricardo Alexandre, João de Deus. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

4.1 Quanto à hierarquia ou quanto à posição estatal

a) **Independentes**: são aqueles que não estão hierarquicamente subordinados a nenhum outro, uma vez que se encontram no topo da hierarquia daquele Poder estatal, *sujeitando-se somente ao controle que é exercido entre os Estruturais do Estado*. Ex.: Presidência da República (União). Governadoria; Prefeitura, em regra são os órgãos que representam os Poderes.

b) **Autônomos**: são órgãos imediatamente **subordinados aos órgãos independentes** e diretamente subordinados aos seus agentes. Auxiliares diretos dos órgãos independentes. *Possuem autonomia administrativa e financeira*. Ex.: Ministério da Fazenda, Ministério da Saúde, Ministério da Educação, Secretária de Segurança Pública.

#JÁCAIU esse assunto em prova de concurso?

Os órgãos autônomos são aqueles situados no alto da estrutura organizacional da Administração Pública, logo abaixo dos órgãos independentes e a estes subordinados; possuem ampla autonomia administrativa, financeira e técnica; exercem função de direção, planejamento, supervisão e controle, observadas, no entanto, diretrizes traçadas pelos órgãos independentes. (VUNESP, Defensor Público, 2012).

c) **Superiores**: são dependentes, e não possuem autonomia, dependem do orçamento a ser definido pelo órgão autônomo, por outro lado, não possuem também autonomia administrativa, dependendo da estruturação definida pelo órgão autônomo. Possuem, todavia, **poder de decisão**.

Os órgãos superiores possuem apenas poder de direção e controle sobre assuntos específicos da sua competência, não tem autonomia, não tem independência, dependendo de controle de uma chefia mais alta, mas ainda conservam o poder de decisão.

Possuem poder de decisão.

d) **Subalternos**: são órgãos com reduzido poder de decisão, constituindo-se, em verdade, em meros órgãos de execução da atividade administração, colocam a mão na massa, desenvolvendo a atividade. São órgãos de mera execução de atividade, seguem ordem e executa a atividade administrativa.

Vamos ESQUEMATIZAR?

Independentes	Autônomos	Superiores	Subalternos
São independentes, eis que não estão hierarquicamente subordinados a nenhum outro, encontrando-se no topo do Poder Estatal, sujeitando-se apenas ao controle exercido entre os Poderes estruturais do Estado (freios e contrapesos). Tem assento constitucional e representam cada um dos Poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário. Suas atribuições são exercidas por agentes políticos. Possuem independência, não sofrendo qualquer relação de subordinação. Ex.: Presidência da República (União); Governadoria (Estado). Não estão subordinados a nenhum outro órgão.	Possuem autonomia, mas **não independência,** porquanto estão imediatamente subordinados aos órgãos independentes e diretamente subordinados a seus agentes. Ex.: Ministérios (União); Secretarias Estaduais e Municipais. Estão imediatamente subordinados aos órgãos independentes, porém possui autonomia financeira e administrativa.	Possuem poder de direção e controle sobre assuntos específicos de sua competência, com poder de decisão, mas não gozam nem de independência nem de autonomia. Estão subordinados aos órgãos autônomos. Ex.: Secretaria da Receita Federal; Gabinetes; Procuradorias. Estão subordinados aos autônomos, não possuem autonomia financeira e administrativa, MAS POSSUEM PODER DE DECISÃO no exercício de sua atividade).	Não têm poder de decisão, sendo órgãos de mera execução. Ex.: zeladoria, almoxarifado, seções administrativas (seção de recursos humanos e seção de expediente, etc.). Órgão de mera execução de atividade pública.

4.2 Quanto ao âmbito de atuação/esfera

a) **Central:** é aquele órgão que tem atribuição em toda extensão na pessoa jurídica que ele integra, a qual faz parte, não há restrição na participação. *"São aqueles que possuem atribuição em todo território nacional, estadual, municipal. Enfim, tem competência em toda área da pessoa jurídica que integram"*.

b) **Local:** tem competência para atuação apenas em determinado ponto do território daquela pessoa jurídica que eles compõem.

4.3 Quanto à estrutura

a) **Simples**: também denominados de unitários, os órgãos simples possuem uma estrutura formada por uma única unidade orgânica, possuem um só centro de competência.

b) **Composto**: tem estrutura formada por mais um de um órgão, que se associam para a formação de um outro, por exemplo, o Congresso Nacional – o qual é formado, pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. CN é composto e colegiado.

4.4 Quanto a atuação funcional (manifestação de vontade).

a) **Singular**: é um órgão de único titular, é aquele que atua pela manifestação de vontade de um único agente que é o seu chefe e representante.

b) **Colegiado**: é aquele órgão que atuam e decidem pela manifestação da vontade de seus membros, funcionando por um colegiado de agentes. Exemplo: Assembleia Legislativa.

4.5 Quanto às funções

a) **ativo**: é aquele órgão que executa a atividade pública diretamente. "*São órgãos que atuam diretamente no exercício da função administrativa, manifestando vontade e praticando atos essenciais ao cumprimento dos fins desta pessoa jurídica".*

b) **consultivo**: são órgãos de consultam que manifestam opinião. Emitem opinião. São aqueles órgão quem atuam na emissão de pareceres jurídicos, assumindo a função de aconselhamento da atuação dos demais órgãos estatais. Praticam atos que dão suporte e auxilio técnico ou jurídico, por meio de atos opinativos. Ex.: Ministério Público.

c) **controle**: são órgãos que atuam na atividade de controle dos demais órgãos e agentes públicos, seja esse controle exercido internamente no âmbito de uma mesmo Poder do Estado ou externamente, quando se manifesta entre Poderes Estatais diversos. Ex.: TCU. Controladoria Geral da União. CNJ.

5. Entes da Administração Indireta

A administração pública indireta decorre da descentralização de serviços (Descentralização).

Consiste na instituição pelo Estado, por meio de lei, de uma pessoa jurídica de direito público ou privado à qual se atribui a titularidade e execução de determinados serviços públicos.

Todas as quatro entidades obedecem há 4 regras básicas e comuns:

1º - possuem personalidade jurídica própria; possui patrimônio próprio, receita, autonomia administrativa.

2º - sua criação e extinção dar-se-á por meio de lei;

3º - tem finalidade pública e

4º ficam sujeitas ao controle (controle finalístico) da Administração Direta.

Características Gerais

I – **Personalidade jurídica** – os entes da administração indireta tem personalidade jurídica própria. Assim, contemplamos que não se confundem com os entes da administração direta responsáveis pela sua criação.

Os entes, em virtude dessa característica possuem patrimônio próprio, capacidade de autoadministração, e receita própria, regime de pessoal próprio.

Obs.: por possuírem personalidade jurídica própria, a pessoa jurídica responde pelos danos que causarem a terceiros nessa qualidade (e não o Ente Federal).

II – **Criação e Extinção mediante lei específica**

***CRIA → Autarquias.

***AUTORIZA a criação → Fundações, Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista.

Quando a lei autoriza a criação, a entidade somente passará a existir juridicamente com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente.

Quanto a criação das Autarquias, estas não dependerão de registro posterior, visto que basta a aprovação da lei para a pessoa jurídica passar a existir. Assim, fala-se que a lei cria as autarquias e autoriza a criação das demais entidades.

A própria lei que cria, já define a finalidade para qual a entidade foi criada.

No caso das Autarquias, a publicação da lei já cria a entidade, sendo desnecessários quaisquer registros.

No tocante as Fundações, a lei exige a edição de lei complementar para estabelecer a finalidade para qual a referida foi criada.

Fundação pública e LC – estabelece quais são as atividades para quais se admite a criação de fundações públicas.

A criação de qualquer entidade da administração indireta depende de uma lei especifica, seja criando diretamente ou autorizando a sua criação.

III – **Finalidade pública**

Os fins a serem perseguidos pelos entes da administração indireta serão sempre públicos.

Obs.: A entidade possui finalidade pública ainda que desenvolva atividade econômica, e esta lhe gere lucro, o que não pode é sua atividade ser norteada com a finalidade de auferir esse lucro, mas sim, de assegurar os fins coletivos. O lucro será mera consequência da atividade, e não uma finalidade a ser alcançada.

IV – **Controle da Administração Indireta**

Os entes da Administração indireta se sujeitam ao Controle pela Administração Direta da pessoa politica a qual são vinculadas. O controle é exercício a fim de averiguar se o ente está cumprido a finalidade para a qual foi criado.

Esse controle pode ser denominado de controle finalístico. Também pode ser designado como vinculação ou tutela administrativa, ou ainda de supervisão ministerial no âmbito federal.

Segundo Marinela – este controle tem como finalidade "*assegurar o cumprimento dos objetivos fixados em seus atos de criação: harmonizar sua atuação como a política e programação do Governo; zelar pela obtenção de eficiência administrativa; zelar pela autonomia administrativa, operacional e financeira".*

Observação → Não há hierarquia entre entidades com personalidade jurídicas diversas porque o poder hierárquico se manifesta internamente, ou seja, entre órgãos e agentes de uma mesma pessoa jurídica.

Desse modo, recordar que entre as entidades da Administração Direta sob os entes da Indireta existe o denominado controle/tutela administrativa/supervisão ministerial e, não hierarquia.

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA
a) Possuem personalidade jurídica própria; b) Seu regime jurídico pode ser de direito público ou de direito privado, conforme a espécie de entidade; c) São manifestação da descentralização por serviço, funcional ou técnica (outorga); d) Integram a chamada "Administração Indireta" do Estado; e) Dependem de lei em sentido estrito para serem criadas; f) Possuem capacidade de autoadministração, mas não têm autonomia política para legislar; g) Possuem patrimônio próprio; h) Estão vinculadas (não são subordinadas) a órgãos da Administração Direta do respectivo ente político instituidor, sofrendo controle em sua atuação por parte destes. "***Controle ou tutela administrativa***"

Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.

5.1 Autarquias

As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por meio de lei específica, para desenvolver atividades **típicas de Estado** (regime de Fazenda Pública), não estando subordinados ao ente que a constituiu, mas sujeitando-se, todavia, ao denominado **controle finalístico**.

→*Pessoa Jurídica de Direito Público*: significa que tem regime de Fazenda Pública, todas as regras da administração pública direta, seja com relação as prerrogativas seja em face das limitações impostas, aplicam-se as Autarquias.

As autarquias desenvolvem atividade típica do Estado, colocada dentro do Ordenamento Jurídico como de execução obrigatória.

Executam as mesmas atividades que são prestadas pelas entidades da Administração Direta, daí porque se fala que ela exerce atividade típica de Estado.

Autarquia – *serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônios, receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*.

Criação por lei: a criação de autarquia ocorre somente por lei específica (CF, art. 37, XIX). Conforme ensina Ricardo Alexandre, o vocábulo "somente", além de ressaltar a necessidade de lei para a criação do ente autárquico, também demonstra a suficiência da lei para tanto, de forma que a personalidade jurídica da autarquia **se inicia imediatamente com a vigência da respectiva lei instituidora**, não sendo necessário registro de atos constitutivos em cartório para tal fim.

- *Gozam de imunidade tributária*;

As autarquias possuem privilégios fiscais, sendo beneficiadas pelas imunidades tributárias recíprocas. Destaco! A imunidade abrange somente os impostos.

- *Possuem privilégios processuais*;

As autarquias possuem, igualmente, privilégios processuais, de modo que *tem prazo em DOBRO para quaisquer manifestações* (Novo CPC). Por outro lado, sujeitam-se a remessa obrigatória, também denominado de duplo grau de jurisdição obrigatório.

ATENÇÃO: Com o NOVO CPC, os prazos serão em dobro para tudo!

- *Execução fiscal;*

Os débitos das autarquias são pagos pela ordem cronológica de precatórias – art. 100, da CF.

- *Submetem-se a remessa necessária*; duplo grau de jurisdição obrigatório.

Súmula 620, STF. Essa súmula já restou superado pela edição de lei que alterou o Código de Processo Civil.

- *Bens impenhoráveis*;

Os bens das autarquias são bens públicos, logo não podem ser penhorados.

A Impenhorabilidade é uma das características dos bens públicos.

Obs.: Os débitos das Autarquias são pagas através de uma ordem cronológica de pagamento dos débitos judiciais (precatórios).

- *Responsabilidade Objetiva*;

Possui responsabilidade civil objetiva pelos seus atos, conforme preconiza o §6º, do artigo 37 da Constituição Federal "*as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*".

Os atos e contratos das autarquias são administrativos, assim, possuem cláusulas exorbitantes, seus atos possuem os mesmos atributos do ato administrativo, ex. presunção de veracidade.

- *Regime de Pessoal*;

É o mesmo regime aplicado as pessoas que integram a estrutura da administração pública direta.

2005 – retorno do Regime Jurídico Único: no âmbito Federal o regime estatutário; regime aplicável as autarquias.

- *Prescrição quinquenal*;
- *Atos e contratos*

Os atos praticados pelas autarquias são atos administrativos, logo, gozam dos mesmos atributos dos atos administrativos em geral.

Noutra banda, os contratos realizados também são igualmente administrativos, razão pela qual gozam das mesmas características desses, por exemplo, a existência de cláusulas exorbitantes.

Nessa linha, preceitua Ricardo Alexandre "*é no gozo de **prerrogativas** estatais que as autarquias editam **atos administrativos**, com todos os **atributos** inerentes ao regime jurídico destes, e firmam **contratos administrativos**, sendo beneficiárias das **cláusulas exorbitantes** típicas desse tipo de avença. Já como decorrência das **restrições** a que estão sujeitas, os contratos firmados pelas autarquias devem ser precedidos de **licitação** (salvo nos casos de inexigibilidade e dispensa) e a admissão do seu pessoal deve se dar mediante **concurso público**".*

Vamos ESQUEMATIZAR?

AUTARQUIAS
As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Indireta, criadas por lei específica, que possuem capacidade de autoadministração, sendo encarregadas do desempenho descentralizado de atividades administrativas típicas do Poder Público, sujeitando-se a controle pelo ente criador.
São pessoas jurídicas, ou seja, **possuem personalidade jurídica**, distinta da do ente que a criou. Por isso, podem **exercer direitos** e **contrair obrigações** em **nome próprio**.
Pessoas de "direito público", porque se submetem a **restrições** e gozam de **prerrogativas** típicas do **regime jurídico publicista**. Por conseguinte, elas somente podem ser **criadas** por **lei específica**, conforme previsto no art. 37, XIX, da CF/1988.

São pessoas administrativas, possuindo apenas capacidade de **autoadministração**. Nisso se diferenciam das pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), uma vez que, ao contrário destas, **não possuem autonomia política**, ou seja, **não podem criar o próprio direito**.
As autarquias são criadas para o desempenho de **atividades típicas do poder público** (**não podendo explorar atividade econômica**, por exemplo).
Devemos esclarecer que existe uma **RELAÇÃO DE VINCULAÇÃO** entre as autarquias e as pessoas políticas que a criaram, daí **não decorrendo qualquer relação de hierarquia ou subordinação** entre a criatura e seu criador. Apesar disso, as autarquias se submetem a **controle finalístico** por parte do ente criador (**tutela**), exercido nos termos legais.
CARACTERÍSTICAS
Personalidade jurídica de direito público; Criação e extinção por lei específica; Edição de atos administrativos e contatos administrativos; Admissão de pessoal precedida de concurso público; Bens públicos – alienabilidade condicionada, impenhorabilidade e imprescritibilidade); Sujeição a controle finalístico; Aplicação dos privilégios processuais que beneficiam a Fazenda Pública; Responsabilidade objetiva; Gozo da imunidade tributária recíproca;

Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.

Autarquias de controle ou autarquias profissionais ou corporativas

Conselhos profissionais são entidades autárquicas.

A Lei nº 9.649/98 estabelece em seu art. 58, que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

Por fim, a lei ainda dispõe que os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.

ATENÇÃO!

Porém, o STF na ADI 1717, entendeu que essas autarquias profissionais não exercem atividade por meio de delegação, mas exercem poder de polícia, e como o sendo, não admitem delegação (poder de polícia é atividade típica de Estado).

"Na ADI nº 1717 foi declarado que os conselhos reguladores de profissão tem natureza jurídica de autarquia, uma vez que atuam no exercício do poder de polícia, ao estabelecer as restrições ao exercício da liberdade profissional e que tal poder é indelegável a particulares".

Observações pontuais:

- Os Conselhos Profissionais são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional. Os Conselhos são dotados de poder de polícia e poder arrecadador.
- Como os Conselhos de Fiscalização Profissional têm natureza jurídica de autarquia, devem ser aplicados aos seus servidores os arts. 41 da CF/88 e 19 do ADCT, razão pela qual não podem ser demitidos sem a prévia instauração de processo administrativo. Assim, o servidor de órgão de fiscalização profissional não pode ser demitido sem a prévia instauração de processo administrativo disciplinar.
- Como os Conselhos Profissionais são autarquias exercendo uma atividade tipicamente pública (fiscalização do exercício profissional), precisam respeitar a regra do art. 37, II, da CF/88, que exige concurso público para a contratação de servidores. Assim, quando os Conselhos de Fiscalização Profissional vão fazer a contratação de seu pessoal é imprescindível a realização de concurso público.
- Por serem autarquias federais, os Conselhos Profissionais têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União (art. 71, II, CF/88).

VOCÊ SABIA?

Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização **NÃO** se submetem ao regime de precatórios. (Info 861, STF).

O sistema de precatório foi concebido para assegurar a igualdade entre os credores, com impessoalidade e observância de ordem cronológica, sem favorecimentos. Outra finalidade do sistema de precatório é permitir que as entidades estatais possam programar os seus orçamentos para a realização de despesas. Portanto, o precatório está diretamente associado à programação orçamentária dos entes públicos.

E qual a fundamentação para isso? Apesar de os Conselhos de Fiscalização Profissional serem considerados autarquias especiais, **eles não participam do orçamento público**, não recebem aporte do Poder Central nem se confundem com a Fazenda Pública. **Por essa razão, não se submetem ao regime de precatórios**.

Os conselhos de fiscalização profissional têm autonomia financeira e orçamentária. Portanto, sua dívida é autônoma em relação ao Poder Público. Desse modo, inserir esse pagamento no sistema de precatório transferiria para a União a condição de devedora do Conselho de Fiscalização.

Autarquias em Regime Especial

➔ Universidades Públicas:

Algumas autarquias, por terem regime legal diferenciado, gozam de mais liberdade em face dos entes da administração direta do que as demais autarquias, as comuns. São as chamada autarquias em regime especial.

As Universidades Públicas são autarquias em regime especial, porque gozam de autonomia pedagógica, maior liberdade de atuação em relação aos demais entes da administração indireta. Características: a) Indicação de dirigentes; b) Mandato certo dos dirigentes; c) Autonomia pedagógica.

As Universidades Públicas tem o poder de escolher a metodologia de ensino que será utilizado dentro da sua instituição. O ministério supervisor faz controle tão somente para fins de averiguar se está alcançando a meta.

Os dirigentes nomeados, são indicados pelos próprios membros da Autarquia, ou seja, da própria universidade. Assim, são os próprios membros das Autarquias que indicam os dirigentes para serem nomeados.

Ademais, após a nomeação os dirigentes cumpriram mandato certo, não podendo ser exonerado por qualquer razão, em consequência disto, tem maior liberdade de atuação, que ensejará maior independência da autarquia. Não podem ser exonerados livremente.

Em síntese: diante da maior liberdade entregue aos dirigentes, a entidade autárquica se torna mais independente.

➔ Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras são autarquias criadas para *regulamentar a prestação de serviços públicos que foram transferidos a entidades privadas*.

Assim, as referidas agências, irão fazer o serviço de fiscalização.

Fundamento: Lei nº 9.986;

A criação de agências reguladoras se deu com o Programa Nacional de Desestatização. Com o objetivo de reduzir o déficit público, passou-se à iniciativa privada atividades que eram dispendiosas para o Estado, transferindo a prestação de serviços a entidades privadas. Ocorre que, esse afastamento do Estado passou a demandar a existência de órgãos reguladores, nascendo, assim, a necessidade da criação desta espécie de autarquia denominada de "Agências Reguladoras".

Ela é criada em regime especial para fiscalizar, regular, normatizar a prestação de serviços públicos realizados por particulares, evitando a busca desenfreada pelo lucro dentro do serviço público.

→PODER NORMATIVO: As agências reguladoras gozam de poder normativo – criar normas gerais e abstratas dentro dos ditames legais.

O poder normativo da agência reguladora se limita aos prestadores do serviço, são os referidos que ficam sujeitos as referidas normas, e não o usuário. O ato normativo das agências reguladoras são as resoluções.

→ESCOLHA DOS DIRIGENTES

Forma diferenciada de escolha dos dirigentes: os dirigentes da agência reguladoras são escolhidos pelo Presidente da República com aprovação posterior do Senado Federal.

→ MANDATO CERTO

Após a nomeação, o dirigente cumprirá mandato certo, o que significa que terá maior garantia em sua atuação, de modo que só perderá o cargo mediante renúncia expressa ou processo administrativo, admitido neste ultimo a defesa.

→QUARENTENA

Após sair do cargo, o dirigente cumprirá o denominado período da quarentena (4 meses). Durante o período da quarentena o ex-dirigente não poderá prestar serviços em nenhuma empresa em que realizou procedimento de fiscalização, ou seja, em nenhuma empresa regulada que ele dirigia, evitando-se com isto a transferência de informações privilegiadas.

Cumpre destacar que, durante esse período o ex-dirigente continua vinculado, recebendo a remuneração integral do cargo de dirigente.

As peculiaridades que dão as agências reguladoras a condição de regime especial são basicamente três:

a) função → serve para regular, normatizar e fiscalizar os diversos serviços públicos,

b) nomeação de dirigentes → será feita pelo Presidente da República, com prévia aprovação do Senado Federal;

c) dirigentes com mandatos fixo, sendo-lhe assegurando maior garantia, submetem-se ao período da quarentena.

A Lei nº 9.986 estipula que o regime de pessoal da agência reguladora é celetista, logo são empregados públicos, referido entendimento é considerado INCONSTITUCIONAL, aplica-se o regime jurídico único, o qual no âmbito Federal é o regime estatutário.

Os servidores das agências reguladoras são servidores estatutários, inobstante o teor disposto na Lei 9.986.

A **CONSULTA** é a modalidade de licitação prevista para as agências reguladoras.

Existem agências reguladoras atuando na regulamentação de serviços exclusivos delegados.

Tem ainda os serviços prestados por particulares, mas de interesse público, e tem os que desenvolvem atividade econômica. E agências reguladoras em atividade de fomento.

Cuidado! Não devemos confundir as agências reguladoras com as agências executivas.

➔ Agência Executiva

Não são autarquias em regime especial: são autarquias comuns.

As agencias executivas são autarquias ou fundações públicas que, por iniciativa da administração Direta, recebem status de agência e, por estarem sempre ineficientes, celebram contrato de gestão com o Ministério supervisor.

Ao celebrar o contrato de gestão, a autarquia comum ganha status de agência executiva, adquirindo vantagens especiais, mas, em troca, compromete-se a cumprir um plano de reestruturação definido no próprio contrato de gestão para se tornar mais eficiente, o que envolve reduzir custos e aperfeiçoar serviços.

Enquanto durar o contrato de gestão, ela terá esse status de "agência executiva", de modo que extinto o contrato de gestão, ela volta a ser uma agência comum.

A Lei nº 9649/98 estabelece a possibilidade de criação das Agências Executivas ao definir que, para isso, devem estar presentes dois requisitos, quais sejam, a autarquia ou fundação pública ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento e ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor. Tais contratos devem ser celebrados com periodicidade mínima de um ano e estabelecerão os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

Agência Executiva X Agência Reguladora

As Agências Executivas não se confundem com as Agências Reguladoras, pois não são criadas para regulação de quaisquer atividades nem gozam de regime legal especial de nomeação de dirigentes e autonomia financeira. Também não possuem poder de edição de normas gerais de fiscalização de atividades.

São em verdade, autarquias comum, que por estarem ineficientes celebram contrato de gestão, comprometendo-se a atingir determinadas metas, adquirindo essa natureza enquanto perdurar o contrato de gestão.

Obs.: Não existe subordinação entre a agência executiva e os entes que realizaram contrato de gestão, há uma vinculação.

AGÊNCIAS REGULADORAS	AGÊNCIAS EXECUTIVAS
São autarquias em regime especial;	Autarquias ou Fundações que recebem nova qualificação;
As **agências reguladoras** são pessoas jurídicas de direito público, com **natureza jurídica de autarquias de regime especial**, cuja função é regulamentar, controlar e fiscalizar determinado setor econômico ou atividades que constituem objeto de delegação de serviço público ou de concessão para exploração de bem público.	As **agências executivas** não se constituem em um novo tipo de entidade. Trata-se apenas de uma **qualificação** atribuída a entidades já preexistentes – **autarquias** e **fundações públicas** – que preencham determinados requisitos.

As agências reguladoras são denominadas de Autarquias em regime especial, pois possuem: - Poder normativo técnico (competência para editar normas técnicas concernentes aos setores que regulam, que encontra limites na lei); - Autonomia decisória (decidem em última instância administrativa os conflitos existentes no âmbito das atividades reguladas); - Independência administrativa (dirigentes possuem mandato por tempo determinado e gozam de relativa estabilidade); (Ricardo Alexandre).	É necessário a observância dos referidos requisitos para poder receber a referida qualificação: 1. ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento; e 2. ter celebrado um contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor (pelo prazo mínimo de um ano). (Ricardo Alexandre)

Fundações Públicas

Inicialmente iremos conceituar a Pessoa Jurídica "fundação" que, para o Direito Civil, trata-se de "um patrimônio destacado por um fundador para uma finalidade específica".

Para uma conceituação mais abrangente, usaremos as palavras de Fernanda Marinela, "*uma pessoa jurídica composta por um patrimônio personalizado, que presta atividade não lucrativa e atípicas de poder público, mas de interesse coletivo, como educação, cultura, pesquisa e outros, sempre merecedoras de amparo Estatal".*

Trata-se, portanto, de personificação de um patrimônio, com determinada finalidade de cunho não econômico.

As fundações públicas serão assim caracterizadas quando forem formadas a partir da personificação de um patrimônio destinado a um fim público, por exemplo, a FUNAI.

Dessa forma, contemplamos que, o que torna uma fundação em púbica é a destinação para qual foi dado o seu patrimônio.

Personalidade jurídica das Fundações

P/ prova! Pode ser criada com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, sendo a própria lei da entidade que irá definir a sua personalidade.

Adotando o entendimento majoritário, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que podem ser criadas fundações públicas com personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Em qualquer dos casos, a natureza jurídica da entidade deverá ser extraída da lei específica instituidora.

Se criada com personalidade jurídica de direito público, será denominada de Autarquia Fundacional/ Entidade autárquica, aplicando a elas o mesmo regramento aplicável as Autarquias.

As fundações de direito público, também denominadas de autarquias fundacionais, são instituídas por meio de lei específica e seus contratos administrativos devem ser submetidos de procedimento licitatório, na forma da lei.

As fundações públicas de direito privado seguem o regime hibrido (misto): regime similar ao das empresas estatais.

VOCÊ SABIA?

Embora haja controvérsia sobre o assunto, prevalece o entendimento na doutrina e na jurisprudência do STF de que as fundações públicas podem ser constituídas sob o regime de direito público ou privado.

124

Seguindo a esteira desse entendimento e atentando para as características essenciais da entidade, podemos afirmar que, nos casos em que se enquadram como pessoas jurídicas direito público, as fundações públicas são consideradas como espécie do gênero autarquia, daí por que esse tipo de fundação pública também é chamado de "fundação autárquica". Assim, à semelhança das autarquias, as fundações públicas de direito público são criadas diretamente pela lei. Por consequência, o início da personalidade jurídica das fundações autárquicas coincide com a vigência da respectiva lei instituidora, não sendo necessário levar ao registro seus atos constitutivos.

As fundações públicas quando constituídas como p. jurídica de direito público possuem as mesmas características das Autarquias. Contudo, situação distinta ocorre quando forem constituídas sob o regime de direito privado.

VEJAMOS:

FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PÚBLICO	FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO
Personalidade jurídica de direito público;	Personalidade jurídica de direito privado;
Criação direta por lei;	Criação autorizada por lei, dependente do registro após a autorização;
Edição de atos e contratos administrativos;	Edição de atos PRIVADOS e celebrado de contratos administrativos (precedidos licitação);
Admissão de pessoal precedida de concurso público;	Admissão de pessoal precedida de concurso público;
Regime Jurídico Único;	Regime jurídico trabalhista – CLT;
Bens públicos;	Bens privados;
Sujeição a controle finalístico;	Sujeição a controle finalístico;
Aplicação dos privilégios processuais que beneficiam a Fazenda Pública;	Não possuem privilégios processuais;
Sujeição às regras da responsabilidade civil objetiva;	Sujeição às regras da responsabilidade civil objetiva;
Gozo da imunidade tributária recíproca;	Gozo da imunidade tributária recíproca.

Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.

Conteúdo 05: Empresas Estatais

A expressão "empresas estatais" engloba as empresas públicas e as sociedades de economia mista, ambas possuem personalidade jurídica de direito privado, a lei AUTORIZA A SUA CRIAÇÃO e o registro é quem cria propriamente a sua pessoa.

Destaco! São sempre pessoas jurídicas de direito privado.

A **EMPRESA PÚBLICA** é legalmente conceituada como "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios" (Lei 13.303/2016, art. 3º).

Por outro lado, a Lei considera **SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA** "a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta" (Lei 13.303/2016, art. 4º).

Pelo exposto, verificamos que ambas:

a) possuem personalidade jurídica de direito privado (como aliás decorre do art. 173, §1º, II da CF/88);

b) tem sua criação autorizada pela lei (o que também é previsto pelo art. 37, XIX da CF/88);

c) estão sob o controle do Poder Público.

Da análise do conceito legal de empresa pública e sociedade de economia mista, notamos que as referidas *possuem características similares*, com exceção de três objetos, quais sejam:

Empresas Públicas	Sociedade de Economia Mista
1º Possui capital 100% público. Capital integralmente público.	1º O capital é misto, sendo a maioria "votante" de D. público. Capital misto: maioria do capital votante é do poder público.
2º Admite qualquer forma societária, inclusive, S/A.	2º Necessariamente deverão ser constituídas pela FORMA S/A.
3º Descolamento de competência p/ J Federal. Competência da J. Federal. 109, I, CF.	3º Não descola a competência para a Justiça Federal, se proposta em face de SEM

ATENÇÃO!

1º Por expressa previsão legal, as **sociedades de economia mista** devem possuir a forma de sociedade anônima. Assim, "a única forma jurídica admitida para a composição da Sociedade de economia mista é a sociedade anônima".

2º A **empresa pública** é uma pessoa jurídica de direito privado que possui o capital exclusivamente público, criada com finalidade de prestar serviços ou para explorar atividades econômicas.

Tanto as Empresas Públicas como as sociedades de economia mista, possuem personalidade jurídica de DIREITO PRIVADO, o que significa que elas não possuem as prerrogativas de Estado, tais como, imunidade tributária, privilégio processual, etc.

Não gozam de privilégios fiscais que não sejam extensivos a todas as pessoas de direito privado.

No tocante ao regime de pessoal, os agentes que atuam na prestação de serviços públicos, são classificados como empregados, sendo sua relação de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (regime celetista), prestando serviço mediante a celebração de contrato de emprego, não sendo possível a regulação da atividade por meio de regime estatutário de servidores.

São empregados da Administração, não assumem cargos públicos, sua relação é regido pela CLT.

Não gozam os referidos de estabilidade prevista na CF. Não assumem cargo público efetivo.

Quando precisarem reclamar, os servidores das empresas estatais irão interpor ação perante a Justiça do Trabalho.

Os contratos e regramentos dessas empresas são regidos pelo direito civil, sem nenhuma prerrogativa inerente a supremacia do interesse público sobre o privado.

Por fim, as empresas públicas e sociedades de economia mista, por ostentarem a qualidade de pessoas jurídicas de direito privado, não gozam de prerrogativas processuais aplicadas ao Estado. Não há dilação dos prazos, não incidirá a remessa necessária das decisões, execução fiscal, precatório, a estas nada se aplicam.

ATENÇÃO!

Inobstante não possuam as prerrogativas públicas, sujeitam-se as limitações da Administração Pública, razão pela qual deverão fazer licitação e ficam sujeitas ao controle finalístico.

"Não gozam de prerrogativas inerentes ao Estado, se submetendo, entretanto, às limitações do Estado que decorrem dos princípios administrativos".

Desse modo, fala-se que o regime das Empresas Estatais é HIBRIDO, que poderá ser mais público ou mais privado a depender da atividade que a Pessoa Jurídica criada exercerá.

Assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta, têm sua atuação disciplinada por um **regime jurídico híbrido**, sujeitando-se em regra ao direito privado, mas com algumas típicas derrogações oriundas do direito público.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são criadas para exploração de atividade econômica ou prestação de serviço. Seja prestadora de serviço, ou seja, exploradora de atividade econômica, essas empresas atuam buscando a finalidade pública.

Não posso buscar o lucro, embora ele possa existir por via consequencial, contanto que não seja o objetivo da criação da empresa estatal.

→Destaca-se, que quando são prestadoras do serviço público as empresas estatais se aproximam mais do regime de direito público, e quando exploram atividade econômica aproximam-se mais do regime de direito privado.

Atenção!

Conforme entendimento mais razoável, a legislação de falências não pode se aplicar às empresas públicas e as sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, inclusive porque há impenhorabilidade dos bens atrelados à prestação do serviço, sendo impossível a concorrência dos credores.

No entanto, no que tange as empresas estatais que exploram atividades econômicas, será plenamente aplicável o regime de falências e recuperações, em observância ao disposto na CF. art. 173§1°, III.

A LEI DE FALÊNCIAS E DE RECUPERAÇÃO não se aplicam as empresais estatais prestadoras de serviços públicos, mas as exploradoras de atividade econômica se aplicam.

EMPRESA PÚBLICA	SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA
Trata-se de pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública Indireta de qualquer dos entes políticos, cuja criação é **autorizada por lei específica**, constituída sob qualquer forma jurídica e com capital exclusivamente público, destinando-se à exploração de atividade econômica.	Considera-se sociedade de economia mista a pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração Pública Indireta de qualquer dos entes federados, cuja criação é **autorizada por lei específica**, constituída sob a forma de sociedade anônima, com a participação obrigatória de capital público e privado, cuja maioria das ações com direito a voto pertence à pessoa política instituidora ou a entidades integrantes da Administração Pública, destinando-se à exploração de atividade econômica.
Capital exclusivamente público	Conjugação de capitais públicos e privados, as sob controle societário do poder público;
Podem ser constituídas sob qualquer forma jurídica admitida em direito;	Somente podem se constituir como sociedade anônima;
Foro competente: a) Justiça Federal (empresas públicas federais), ressalvadas as causas relativas à falência, acidentes de trabalho e às sujeitas à Justiça Eleitoral e à	Foro competente: Justiça estadual, qualquer que seja o ente político ao qual estejam vinculadas (União,

Justiça do Trabalho; ou b) Justiça Estadual (empresas públicas estaduais, municipais ou distritais), com semelhantes ressalvas.	Estados, DF ou Municípios), com semelhantes ressalvas.

Fonte: Direito Administrativo, Ricardo Alexandre e João de Deus, 2018.

AUTORIZAÇÃO para CRIAÇÃO: a empresa pública e a sociedade de economia mista dependem de autorização legal específica para a sua criação, conforme previsto no art. 37, XIX, da Constituição Federal. Estando legalmente autorizado, o poder competente, normalmente o Poder Executivo, deve elaborar os atos constitutivos e **providenciar o registro** na junta comercial ou no cartório de registro civil da pessoa jurídica, conforme a natureza da entidade seja empresária ou civil, respectivamente. Desse modo, contemplamos que no momento da aprovação da lei há apenas uma autorização para a criação da entidade, ou seja, esta ainda não existe juridicamente. A empresa pública ou a sociedade de economia mista somente é criada, vale dizer, só adquire personalidade jurídica, com o efetivo registro de seus atos constitutivos no órgão competente.

Exceção: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos

As *Empresas de Correios e Telégrafos atuam na prestação de serviços públicos exclusivos de Estado*, **quais sejam o serviço postal e o correio aéreo nacional, e por isso, goza de regime de Fazenda Pública, razão pela qual gozam de todas as prerrogativas de Estado**.

Não é possível que esses serviços sejam delegados a pessoas jurídicas de direito privado. Tem Regime de Fazenda Pública, embora seja uma empresa estatal.

É possível, todavia se delegar a particulares o serviço de encomendas e impressos, trata-se de exceção.

Os bens das empresas estatais que estejam relacionados a prestação do serviço público gozam da prerrogativa da indisponibilidade, enquanto que as exploradora de atividade econômica são penhoráveis, não tem privilégios.

Por fim, no tocante a responsabilidade civil se as empresas estatais se forem prestadoras de serviço possuem responsabilidade objetiva (§6º, art. 37), porém se são exploradoras de atividade econômica, o regime de responsabilidade será regido pelo direito privado.

A vedação da cumulação de cargos se estendem aos empregados das empresas estatais. (Art. 37, XVII, CF).

VOCÊ SABIA?

É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. STF. Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/3/2017 (Info 858).

Empresas Subsidiárias

As empresas controladas são entidades societárias autônomas, constituídas com a finalidade de apoiar e executar atividades de interesse e suporte da empresa estatal, auxiliando no exercício de suas atividades.

A criação e extinção das empresas subsidiárias às empresas estatais também depende de lei específica que as autorize. Dessa forma, as empresas estatais não podem criar subsidiárias sem permissão legal expressa (art. 37, XX, da CF).

Art. 37, XX. *Depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como, a participação de qualquer delas em empresa privada*.

É possível que a lei que autorizou a criação da empresa pública já preveja a criação de subsidiárias, hipótese na qual estará dispensada a exigência prevista ao teor do art. 37, XX, da Constituição Federal.

VOCÊ SABIA?

A Constituição Federal prevê também que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada (art. 37, XX). Quanto a esse aspecto, há relevante controvérsia acerca da possibilidade de a própria lei autorizativa da criação da empresa governamental autorizar, também, a criação de subsidiária. Há quem defenda que a norma permissiva deveria ser específica, uma vez que o citado mandamento constitucional fala em "autorização legislativa, em cada caso". O Supremo definiu seu entendimento sobre a matéria no julgamento da ADI 1649/DF, deixando assentado que "**é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora**". Dito de outro modo, a lei que autorizou a criação da entidade primária (empresa pública ou sociedade de economia mista) pode previamente autorizar que tal entidade venha a instituir empresas subsidiárias, antecipando o objeto a que se destinarão.

TERCEIRO SETOR

O terceiro setor também é denominado de Entes de cooperação, Entes do terceiro setor ou Entidades paraestatais.

São entes privados que não integram a administração direta ou indireta, mas que exercem atividades de interesse público sem finalidade lucrativa, ao lado do Estado (Integram o chamado 3º setor).

A expressão “Paraestatal” significa ao lado do Estado, paralelo ao Estado.

#Administração dialógica (associada) é o oposto da Administração monológica, é a administração do diálogo, existe um diálogo entre o Estado e o particular. É a atuação de particulares em diálogo com o Estado. São particulares que não possuem finalidade lucrativa.

No *terceiro setor da economia* estão presentes as entidades privadas que atuam, sem finalidade lucrativa, visando garantir o interesse da sociedade, executando atividades de interesse social, gozando, desta forma, de benefícios pagos pelo ente estatal, como forma de incentivar a atuação do particular (recebem vantagens, porém se submetem ao controle Estatal).

A doutrina costuma chamá-las de entidades paraestatais, haja vista sua atuação ao lado da Administração Pública, praticando atos e realizando atividades de interesse do Estado, na busca de trazer benefícios à sociedade.

Obs.: As entidades do terceiro setor não precisam fazer concurso público para a contratação de pessoal. Contratam os empregados pelo regime da CLT.

a) Serviços Sociais Autônomos (SSA) – Sistema S.

São as entidades do sistema S. Essas entidades, embora sejam entidades privadas, dependem de lei específica autorizando a sua criação. Os serviços sociais autônomos atuam na assistência, ensino, capacitação a determinadas categoriais profissionais ou sociais, para indústria e comércio.

Podem receber orçamento público, assim como podem cobrar contribuições com natureza jurídica de tributo (parafiscalidade: poder de cobrar tributos).

As contribuições são utilizadas na execução das entidades de serviços sociais autônomos.

Submetem-se a controle exercido pelo Tribunal de Contas (art. 71, CF).

Obs.: Não só os serviços sociais autônomos, como todos que compõem o terceiro setor fica submetido ao controle do Tribunal de Contas.

O vínculo entre o serviço social autônomo e a administração pública deriva da lei.

#MOMENTODIZERODIREITO #MARCINHOEXPLICA

Candidato, o que são os chamados “Serviços sociais autônomos”?

Serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de **direito privado**, **sem** fins lucrativos, criadas por lei, e que se destinam a prestar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais.

Os serviços sociais autônomos são também conhecidos como "sistema S" pelo fato de geralmente começarem com a letra "S" e por estarem ligadas aos Sindicatos.
Exemplos: SESI, SENAC, SESC, SENAI, SEST, SENAT etc.

Posso dizer que os serviços sociais autônomos integram a Administração Pública?
NÃO. Não integram a Administração Pública direta ou indireta. São pessoas jurídicas de direito privado que cooperam com o Estado, mas que com este não se confundem, sendo considerados entes paraestatais.
Tais entidades gozam, assim, de autonomia administrativa. Importante ressaltar, no entanto, que essa autonomia tem limites e o TCU exerce um controle finalístico sobre elas fiscalizando a aplicação dos recursos recebidos. Tal sujeição decorre do art. 183 do Decreto-lei 200/1967 e do art. 70 da CF/88.

Características dos serviços sociais autônomos
Segundo o STF, podemos apontar as seguintes características dos serviços sociais autônomos:
a) dedicam-se a atividades privadas de interesse coletivo cuja execução não é atribuída de maneira privativa ao Estado;
b) atuam em regime de mera colaboração com o Poder Público;
c) possuem patrimônio e receita próprios, constituídos, majoritariamente, pelo produto das contribuições compulsórias que a própria lei de criação institui em seu favor; e
d) possuem a prerrogativa de autogerir seus recursos, inclusive no que se refere à elaboração de seus orçamentos, ao estabelecimento de prioridades e à definição de seus quadros de cargos e salários, segundo orientação política própria.

Deve-se esclarecer que as entidades do Sistema "S" não se confundem nem se equiparam a outros organismos criados após a CF/88, como a Associação dos Pioneiros Sociais — APS; a Agência de Promoção de Exportações do Brasil — APEX; e também a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial — ABDI, cuja configuração jurídica teria peculiaridades próprias.

Qual é a fonte de renda dos serviços sociais autônomos?
Os serviços sociais autônomos são mantidos por meio de contribuição compulsória paga pelos empregadores com base na folha de salários. Esta contribuição possui natureza jurídica de tributo, sendo chamada de "Contribuição para os serviços sociais autônomos" e está prevista no art. 240 da CF/88:

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

Exceção: a contribuição que é destinada ao SEBRAE não se enquadra no art. 240 da CF/88, possuindo natureza de contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149 da CF/88) e não necessitando de edição de lei complementar para ser instituída (STF. Plenário. RE 635682/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, 25/4/2013. Info 703).

Posso afirmar que os recursos geridos pelos serviços sociais autônomos são considerados recursos públicos?
NÃO. Segundo entende o STF, os serviços sociais autônomos do denominado sistema "S", embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da Administração Pública.
Assim, quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos, perde o caráter de recurso público (STF. Plenário. ACO 1953 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/12/2013).

Os serviços sociais autônomos estão sujeitos às regras da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93)?

NÃO. Segundo o TCU, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância da Lei nº 8.666/93 por não se enquadrarem na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da referida Lei. Assim, os serviços sociais autônomos, ao contratarem, deverão obedecer as regras previstas nos seus regulamentos próprios devidamente publicados (Regulamento Simplificado do Sistema "S") (Decisão nº 907/1997 — Plenário TCU).

Os funcionários dos serviços sociais autônomos são estatutários ou celetistas?
Celetistas, ou seja, os funcionários dos serviços sociais autônomos são contratos e regidos pela CLT considerando que, repita-se, tais entidades não integram a Administração Pública.

Os serviços sociais autônomos precisam realizar concurso público para contratar seu pessoal?
NÃO. Os serviços sociais autônomos, por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a Administração Pública, mesmo que desempenhem atividade de interesse público em cooperação com o ente estatal, NÃO estão sujeitos à observância da regra de concurso público (art. 37, II, da CF/88) para contratação de seu pessoal (STF. Plenário. RE 789874/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/9/2014. Repercussão geral. Info 759).
Vale ressaltar, no entanto, que o fato de as entidades do Sistema "S" não estarem submetidas aos ditames constitucionais do art. 37, não as exime de manterem um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Os serviços sociais autônomos não precisam realizar concurso público para contratar seu pessoal**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/496e05e1aea0a9c4655800e8a7b9ea28>. Acesso em: 02/09/2017.

De quem é a competência para julgar as causas envolvendo os serviços sociais autônomos?

Por não se enquadrarem em nenhuma das hipóteses do art. 109, da Constituição Federal, as ações propostas em face das entidades do serviço social autônomo devem tramitar na justiça estadual, sem que haja qualquer prerrogativa de foro. Neste sentido, a súmula 516, do Supremo Tribunal Federal estabelece que "O Serviço Social da Indústria (SESI) estão sujeito a jurisdição da justiça estadual". Nesse sentido, o Informativo do STF:

> *Em regra, a competência é da Justiça Comum Estadual. STF. RE 414375/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 31/10/2006. Súmula 516-STF: O Serviço Social da Indústria (SESI) está sujeito a jurisdição da justiça estadual.*

INFORMATIVO!

Os serviços sociais autônomos gozam de imunidade tributária? SIM. O art. 150, VI, "c" da CF/88 prevê que as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, gozam de imunidade tributária quanto aos impostos, desde que atendidos os requisitos previstos na lei. As entidades do chamado "Sistema S", tais como SESI, SENAI, SENAC e SEBRAE, também gozam de imunidade porque promovem cursos para a inserção de profissionais no mercado de trabalho, sendo consideradas instituições de educação e assistência social. Se o SENAC adquire um terreno para a construção de sua sede, já havendo inclusive um projeto nesse sentido, deverá incidir a imunidade

nesse caso considerando que o imóvel será destinado às suas finalidades essenciais. STF. 1ª Turma. RE 470520/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/9/2013 (Info 720).

INFORMATIVO!

Os serviços sociais autônomos gozam das prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Pública (ex.: prazo em dobro para recorrer)? NÃO. As entidades paraestatais não gozam dos privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública. STF. AI 841548 RG, julgado em 09/06/2011.

b) Entidades de Apoio (*Fundações – Associações – Cooperativas*)

As entidades de apoio podem ser associações, fundações ou cooperativas, que não tem finalidade lucrativa, atuam ao lado de hospitais e universidade, fomentando, auxiliando na pesquisa. Executam de interesse do próprio órgão, que lhes são inerentes.

O vínculo que possuem são o denominado "convênio".

Cessão de bens; cessão de servidores e transferência de verba orçamentária.

Deve realizar procedimento simplificado de licitação para seus contratos, para justificar a impessoalidade na contração a ser firmada, isto porque realiza contratações com dinheiro público.

Se submetem ao controle do Tribunal de Contas.

c) Organizações Sociais (OS)

Criada através da edição da Lei nº 9.637/98.

Entidades privadas sem fins lucrativos;

Não há necessidade de lei autorizadora para sua criação;

Criada por particulares.

Criados na prestação se serviços públicos não exclusivos de Estado: são serviços que o Estado tem o dever de prestar e o particular tem a faculdade em prestá-los independentemente de delegação.

São serviços que o particular pode prestar por iniciativa própria.

Celebração de "Contrato de gestão", através dessa contração ela ganha a qualidade de OS.

As organizações sociais são particulares, sem fins lucrativos, criadas pela lei 9.637/98, para prestação de serviços públicos não exclusivos de Estado, tais como ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, entre outros definidos na própria lei. Assim como as demais entidades

paraestatais, não integram a estrutura da Administração Pública direta ou indireta, não dependendo de lei para a sua criação e as atividades por ela exercidas são aqueles serviços não exclusivos.

Possui orçamento próprio; submete-se a controle pelo Tribunal de Contas.

Conforme o art. 24, XXIV da Lei nº 8.666, as organizações sociais tem dispensa de licitação, sendo, inclusive, declarada constitucional a referida dispensa.

Conselho de Administração deve ser composto também por um servidor público.

d) OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público)

Criadas através da Lei nº 9.790/99.

É uma entidade privada criada por particulares, sem fins lucrativos, que atua na prestação de serviços públicos não exclusivos de Estado.

Celebram Termo de Parceria, que o qualifica como OSCIP: (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público).

Verba orçamentária.

Controle pelo Tribunal de Contas.

Dependem de licitação.

Se submetem ao controle do próprio ente que celebrou o termo de parceria.

→Não podem se qualificar como OSCIP: cooperativas; entidades religiosas; as sociedades empresariais; partidos políticos, confederações sindicais e os OS (organizações sociais).

→Havendo verba orçamentária e se o sujeito cumpre os requisitos legais o ente possui o direito de celebrar o termo de parceria, trata-se de ATO VINCULADO.

É possível a remuneração dos dirigentes?

Os dirigentes da OSCIP, desde que sejam empregados podem receber remuneração fixa (a remuneração não pode ser variável sob pena de configurar a divisão de lucro).

e) Organização da Sociedade Civil

Criada através da edição da Lei nº 13.019/2014 (alterado em Dezembro 2015).

São entidades privadas, que atuam sem finalidade lucrativa na prestação de serviços de interesse público não exclusivos de Estado.

Três espécies de vínculos

1º Termo de colaboração – planos de trabalho propostos pela administração pública em regime de mútua cooperação. A administração apresenta um plano de trabalho e o particular adere o plano de trabalho junto com a Administração.

Criada para atuar ao lado do Estado.

- transferência de recursos do Poder Público ao particular;

2º Termo de fomento – os planos de trabalho proposto são criadas pela entidade privada em regime de mútua cooperação. O plano de trabalho é apresentado pelo particular.

- transferência de recursos do Poder Público ao particular;

3º Acordo de cooperação – atuação ao lado do Estado, mas sem depender a transferência de recurso público, pois o serviço é autossuficiente.

Sem transferência de recurso.

Podem se qualificar como OS as entidades sem fins lucrativos, as sociedades cooperativas e as entidades religiosas (c/ finalidade filantrópicas).

Procedimento de manifestação de interesse social

Organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivamente a parceria.

A entidade que apresenta a proposta pode se tornar OSC através do chamamento público, celebrando a parceria. Assim, contemplamos que o fato de ter apresentado a proposta não a dispensa a possibilidade de participação do chamamento público.

Chamamento público

- publicação no edital no site do órgão interessado.
- classificação das propostas pela comissão de seleção.

- Comissão: composição 2/3 dos servidores;
- Julgamento objetivo – vinculação ao edital

- habilitação da entidade

- Entidade Sem fins lucrativos;
- A entidade precisa ter 1,2 ou 3 anos de existência exercendo essas atividades;
- Experiência no objeto;
- Capacidade técnica e operacional.

Obs.: No caso de acordo de cooperação basta a comprovação da entidade de que possui objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social.

- Encerramento

- Homologação e adjudicação

Obs.: Em algumas hipóteses será dispensável ou inexigível o certame.

Inexigibilidade – inviabilidade de competição.

Dispensa – rol exaustivo.

1. No caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público – mesmas condições da vencedora – máximo de 180 dias.

2. Nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem pública – assistência social, saúde ou educação.

3. de perturbação a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança.

4. atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Impugnação – 5 dias a partir da publicação da justificativa de dispensa ou inexigibilidade.

Contratos firmados entre as Organizações da Sociedade Civil e Terceiros: procedimento seletivo simplificado via internet.

Prestação de Contas.

Além disso, deve apresentar relatório de execução do objeto: elaborado pela organização da sociedade civil, assinado pelo seu representante legal, contendo as atividades desenvolvidas para o cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados.

Relatório de execução financeira: assinado pelo seu representante legal e o contador responsável, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas.

Prazo de até 150 dias.

Na hipótese de irregularidade, é possível a aplicação de sanções.

Responsabilização da Organização da Sociedade Civil e Aplicação de Penalidades

a) advertência;

b) suspensão temporária da participação em chamamento público e impedimento de celebrar termos de fomento, termos de colaboração e contratos com órgãos e entidades da esfera de governo da administração pública sancionadora, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

c) declaração de inidoneidade para participar em chamamento público ou celebrar termos em fomento, termos de colaboração – Ministro do Estado ou do Secretário Estadual ou Municipal.

É possível aplicar o regime de precatórios às empresas públicas?

Não se submetem ao regime de precatório as empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e autonomia administrativa que exerçam atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro. STF. 1ª Turma. RE 892727/DF, rel. orig. Min. Alexandre de Morais, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 7/8/2018 (Info 910).

Legitimidade do Município para defesa dos consumidores

Município tem legitimidade ad causam para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos consumeristas questionando a cobrança de tarifas bancárias.
Em relação ao Ministério Público e aos entes políticos, que têm como finalidades institucionais a proteção de valores fundamentais, como a defesa coletiva dos consumidores, **não se exige pertinência temática e representatividade adequada**. STJ. 3ª Turma. REsp 1.509.586-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/05/2018 (Info 626).

Carros dos conselhos profissionais não podem ser registrados como veículos oficiais

Os conselhos de fiscalização profissional não possuem autorização para registrar os veículos de sua propriedade como oficiais. STJ. 1ª Turma. AREsp 1.029.385-SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, julgado em 05/12/2017 (Info 619).

É constitucional a previsão de que a ANVISA pode proibir produtos e insumos em caso de violação da legislação ou de risco iminente à saúde, inclusive cigarros com sabor e aroma

É constitucional o art. 7º, III e XV, da Lei nº 9.782/99, que preveem que compete à ANVISA:
III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;
XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

Entendeu-se que *tais normas consagram o poder normativo desta agência reguladora*, sendo importante instrumento para a implementação das diretrizes, finalidades, objetivos e princípios expressos na Constituição e na legislação setorial.
Além disso, o STF, após empate na votação, manteve a validade da Resolução RDC 14/2012- ANVISA, que proíbe a comercialização no Brasil de cigarros com sabor e aroma. Esta parte do dispositivo não possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. Significa dizer que, provavelmente, as empresas continuarão ingressando com ações judiciais, em 1ª instância, alegando que a Resolução é inconstitucional e pedindo a liberação da comercialização dos cigarros com aroma. Os juízes e Tribunais estarão livres para, se assim entenderem, declararem inconstitucional a Resolução e autorizar a venda. Existem, inclusive, algumas decisões nesse sentido e que continuam valendo.
STF. Plenário. ADI 4874/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 1º/2/2018 (Info 889).

É possível aplicar o regime de precatórios às empresas públicas e sociedades de economia mista?

As empresas públicas e sociedades de economia mista não têm direito à prerrogativa de execução via precatório. STF. 1ª Turma. RE 851711 AgR/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 12/12/2017 (Info 888). Em regra, as empresas estatais estão submetidas ao regime das pessoas jurídicas de direito privado (execução comum). No entanto, é possível sim aplicar o regime de precatórios para empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviços públicos e que não concorram com a iniciativa privada. Assim, é aplicável o regime dos precatórios às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial. STF. 1ª Turma. RE 627242 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto

Barroso, julgado em 02/05/2017. STF. Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/3/2017 (Info 858).

2017

Conselho de Contabilidade, no exercício de fiscalização, pode requisitar dos contadores os livros e fichas contábeis de seus clientes

O ato do Conselho de Contabilidade que requisita dos contadores e dos técnicos os livros e fichas contábeis de seus clientes, a fim de promover a fiscalização da atividade contábil dos profissionais nele inscritos, não importa em ofensa aos princípios da privacidade e do sigilo profissional. STJ. 1ª Turma. REsp 1.420.396-PR, Rel. Min. Sérgio Kukina, julgado em 19/09/2017 (Info 612).

Quem pode ser responsável técnico em drogarias

É facultado aos técnicos de farmácia, regularmente inscritos no Conselho Regional de Farmácia, a assunção de responsabilidade técnica por drogaria, independentemente do preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 15, § 3º, da Lei nº 5.991/73, c/c o art. 28 do Decreto nº 74.170/74, entendimento que deve ser aplicado até a entrada em vigor da Lei nº 13.021/2014.
Obs: após a Lei nº 13.021/2014 apenas farmacêuticos habilitados na forma da lei poderão atuar como responsáveis técnicos por farmácias com manipulação e drogarias. STJ. 1ª Seção. REsp 1.243.994-MG, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 14/6/2017 (recurso repetitivo) (Info 611).

Associação de Municípios não pode ajuizar ação para tutelar direitos dos Municípios

Advocacia Pública Associação de Municípios e Prefeitos não possui legitimidade ativa para tutelar em juízo direitos e interesses das pessoas jurídicas de direito público. STJ. 1ª Seção. REsp 1.503.007-CE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14/6/2017 (Info 610).

Técnico de futebol não precisa ser inscrito no Conselho Regional de Educação Física

O exercício da profissão de técnico ou treinador profissional de futebol não se restringe aos profissionais graduados em Educação Física, não havendo obrigatoriedade legal de registro junto ao respectivo Conselho Regional. STJ. 2ª Turma. REsp 1.650.759-SP, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 6/4/2017 (Info 607).

Suspensão ou cancelamento do registro do profissional que atrasar anuidades

Segundo o art. 8º da Lei nº 12.514/2011, para que os Conselhos Profissionais ajuízem execução fiscal cobrando anuidades em atraso, é necessário que o total da quantia executada seja de, no mínimo, quatro vezes o valor da anuidade.
Mesmo sem poder executar a dívida, o Conselho Profissional poderá adotar uma outra sanção contra o inadimplente: poderá suspender ou cancelar seu registro profissional.
Assim, o fato de os conselhos não poderem executar dívidas inferiores a quatro vezes o valor cobrado anualmente da pessoa física ou jurídica inadimplente, não impede que seja feita a suspensão ou o cancelamento do registro do profissional que deixar de efetuar o pagamento das anuidades. Isso está previsto no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 12.514/2011.
No caso específico dos Engenheiros e Arquitetos, o cancelamento do registro somente pode acontecer desde que o atraso seja de, no mínimo, duas anuidades consecutivas (art. 64 da Lei nº 5.194/66).

STJ. 2ª Turma. REsp 1.659.989-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 25/4/2017 (Info 603).

Lojas que vendam animais vivos e medicamentos veterinários não precisam se inscrever no Conselho Regional de Medicina Veterinária

Não estão sujeitas a registro perante o respectivo Conselho Regional de Medicina Veterinária, nem à contratação de profissionais nele inscritos como responsáveis técnicos, as pessoas jurídicas que explorem as atividades de comercialização de animais vivos e a venda de medicamentos veterinários, pois não são atividades reservadas à atuação privativa do médico veterinário.
STJ. 1ª Seção. REsp 1.338.942-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26/4/2017 (recurso repetitivo) (Info 602).

Conselhos profissionais <u>não estão sujeitos ao regime de precatórios</u>
Os pagamentos devidos, em razão de pronunciamento judicial, pelos Conselhos de Fiscalização (exs: CREA, CRM, COREN, CRO) não se submetem ao regime de precatórios. STF. Plenário. RE 938837/SP, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Marco Aurélio, julgado em 19/4/2017 (repercussão geral).

2016

Portaria interministerial produzida, em conjunto, por dois Ministérios não pode ser revogada por portaria posterior editada por apenas uma das Partes

A portaria interministerial editada pelos Ministérios da Educação e do Planejamento demanda a manifestação das duas Partes para a sua revogação. Ex: o art. 7º do Decreto 6.253/2007 determinou que os Ministérios da Educação e da Fazenda deveriam editar um ato conjunto definindo os valores, por aluno, para fins de aplicação dos recursos do FUNDEB. Atendendo a este comando, em março de 2009, os Ministros da Educação e da Fazenda editaram a Portaria interministerial 221/2009 estipulando tais valores. Ocorre que alguns meses depois, o Ministro da Educação editou, sozinho, ou seja, sem o Ministro da Fazenda, a Portaria 788/2009 revogando a Portaria interministerial 221/2009 e definindo novos valores por aluno para recebimento dos recursos do FUNDEB. **O STJ concluiu que esta segunda portaria não teve o condão de revogar a primeira.** A regulamentação do valor por aluno do FUNDEB **<u>exige um ato administrativo complexo</u>** que, para a sua formação, impõe a manifestação de dois ou mais órgãos para dar existência ao ato (no caso, portaria interministerial). <u>Por simetria, somente seria possível a revogação do ato administrativo anterior por autoridade/órgão competente para produzi-lo.</u> Em suma, o primeiro ato somente poderia ser revogado por outra portaria interministerial das duas Partes. STJ. 1ª Seção. MS 14.731/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 14/12/2016 (Info 597).

Multas previstas em resoluções criadas por agências reguladoras

<u>Não há violação do princípio da legalidade</u> na aplicação de multa previstas em resoluções criadas por agências reguladoras, <u>haja vista que elas foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação</u>. STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 825.776/SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 05/04/2016.

Os Conselhos de Fiscalização Profissional estão isentos de custas processuais?

NÃO. Os Conselhos Profissionais, **apesar de sua natureza autárquica**, **não estão isentos do pagamento de custas judiciais, conforme previsão expressa do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 9.289/96.**

Assim, o benefício da isenção do preparo conferido aos entes públicos previstos no art. 4º, caput, da Lei 9.289/1996 é inaplicável aos Conselhos de Fiscalização Profissional. STF. 1ª Turma. RMS 33572 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 09/08/2016. STJ. 1ª Seção. REsp 1338247/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10/10/2012 (recurso repetitivo).

2015

É possível aplicar o regime de precatórios às sociedades de economia mista

É aplicável o regime dos precatórios às sociedades de economia mista **prestadoras de serviço público próprio do Estado e de natureza não concorrencial.** STF. Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/3/2017 (Info 858). STF. 2ª Turma. RE 852302 AgR/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 15/12/2015 (Info 812).

Os Conselhos de Fiscalização Profissional, se forem de âmbito nacional, podem ajuizar ADI, ADC e ADPF?

NÃO. Os Conselhos Federais de Fiscalização Profissional (ex: Conselho Federal de Corretores de Imóveis – COFECI) não podem propor ações de controle concentrado de constitucionalidade porque não estão no rol do art. 103 da CF/88, que é taxativo. Os conselhos de fiscalização profissional têm como função precípua o controle e a fiscalização do exercício das profissões regulamentadas, exercendo, portanto, poder de polícia, atividade típica de Estado, razão pela qual detêm personalidade jurídica de direito público, na forma de autarquias. Sendo assim, tais conselhos não se ajustam à noção de entidade de classe, expressão que designa tão somente aquelas entidades vocacionadas à defesa dos interesses dos membros da respectiva categoria ou classe de profissionais. STF. Plenário. ADC 34 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/03/**2015**. STF. Plenário. ADPF 264 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 18/12/2014. Exceção: o Conselho Federal da OAB é legitimado para propor ADI, ADC e ADPF (art. 103, VII, da CF/88).

Para que o Conselho Profissional demita um servidor seu, é necessário processo administrativo?

SIM. Como os Conselhos de Fiscalização Profissional têm natureza jurídica de autarquia, devem ser aplicados aos seus servidores os arts. 41 da CF/88 e 19 do ADCT, razão pela qual não podem ser demitidos sem a prévia instauração de processo administrativo. Assim, o servidor de órgão de fiscalização profissional não pode ser demitido sem a prévia instauração de processo administrativo disciplinar. STF. 2ª Turma. RE 838648 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 07/04/2015. Exceção: OAB (STF ADI 3026).

Os Conselhos Profissionais exercem atividade tipicamente pública

Os Conselhos Profissionais são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional. Os Conselhos são dotados de poder de polícia e poder arrecadador. STF. 1ª Turma. MS 28469, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2015.

Os Conselhos Profissionais exercem atividade tipicamente pública

Os Conselhos Profissionais são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional. Os Conselhos são dotados de poder de polícia e poder arrecadador. STF. 1ª Turma. MS 28469, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2015.

2014

Os serviços sociais autônomos não precisam realizar concurso público para contratar seu pessoal

Os serviços sociais autônomos precisam realizar concurso público para contratar seu pessoal?

NÃO. Os serviços sociais autônomos, por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a Administração Pública, mesmo que desempenhem atividade de interesse público em cooperação com o ente estatal, **NÃO estão sujeitos à observância da regra de concurso público** (art. 37, II, da CF/88) para contratação de seu pessoal. Obs.: vale ressaltar, no entanto, que o fato de as entidades do Sistema "S" não estarem submetidas aos ditames constitucionais do art. 37, não as exime de manterem um padrão de objetividade e eficiência na contratação e nos gastos com seu pessoal. STF. Plenário. RE 789874/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/9/2014 (repercussão geral) (Info 759).

Nomeação e destituição de dirigentes de agências reguladoras e prévia aprovação da ALE

É CONSTITUCIONAL lei estadual que prevê que os dirigentes de determinada agência reguladora somente poderão ser nomeados após previamente aprovados pela Assembleia Legislativa. Por outro lado, é INCONSTITUCIONAL a lei estadual que estabelece que os dirigentes de agência reguladora somente poderão ser destituídos de seus cargos por decisão exclusiva da Assembleia Legislativa, sem qualquer participação do Governador do Estado. Essa previsão viola o princípio da separação dos poderes (at. 2º da CF/88). STF. Plenário. ADI 1949/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/9/2014 (Info 759).

Nomeação de dirigentes de entidades e prévia aprovação da ALE

É constitucional lei estadual que condiciona a nomeação dos dirigentes de AUTARQUIAS e FUNDAÇÕES à prévia aprovação da Assembleia Legislativa. Por outro lado, é inconstitucional exigir essa prévia aprovação da ALE se os dirigentes forem de EMPRESAS PÚBLICAS e SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. É inconstitucional a exigência de que os dirigentes de entidades da administração indireta forneçam à ALE a declaração atualizada de seus bens e de suas ocupações para serem fiscalizados pelo Parlamento. Tal situação viola a separação de poderes. STF. Plenário. ADI 2225/SC, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 21/8/2014 (Info 755).

Personalidade judiciária das Câmaras Municipais e das Assembleias Legislativas

A personalidade jurídica da Câmara Municipal e da Assembleia Legislativa é ampla? Elas podem atuar em juízo em qualquer caso? NÃO. Elas até podem atuar em juízo, mas **apenas para defender os seus interesses estritamente institucionais**, ou seja, aqueles relacionados ao funcionamento, autonomia e independência do órgão. A Câmara dos Vereadores ajuizou ação contra a União pedindo que esta liberasse os repasses do Fundo de Participação do Município (FPM) que tinham sido retidos. A Câmara possui legitimidade ativa para essa demanda? NÃO. Para se aferir se a Câmara de Vereadores tem legitimação ativa, é necessário analisar se a pretensão deduzida em juízo está, ou não, relacionada a interesses e prerrogativas institucionais do órgão. Para o STJ, uma ação pedindo a liberação

de FPM é uma pretensão de interesse apenas patrimonial do Município e que, portanto, não está relacionado com a defesa de prerrogativa institucional da Câmara Municipal. STJ. 2ª Turma. REsp 1.429.322-AL, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 20/2/2014 (Info 537).

O Conselho de Fiscalização Profissional pode ajuizar ação civil pública?

SIM. O art. 5º da Lei nº 7.347/85 (Lei da ACP) elencou o rol dos legitimados concorrentes para a propositura de ação civil pública, nos quais se incluem as autarquias, em cuja categoria estão os Conselhos profissionais. STJ. 2ª Turma. REsp 1388792/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 06/05/2014.

Os Conselhos Profissionais, para contratarem "funcionários", precisam fazer concurso público?

SIM. Como os Conselhos Profissionais são autarquias exercendo uma atividade tipicamente pública (fiscalização do exercício profissional), precisam respeitar a regra do art. 37, II, da CF/88, que exige concurso público para a contratação de servidores. Assim, quando os Conselhos de Fiscalização Profissional vão fazer a contratação de seu pessoal é imprescindível a realização de concurso público. STF. 1ª Turma. MS 28469, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/06/2015. STF. 2ª Turma. RE 758168 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 24/06/2014.

Exceção: OAB. O STF decidiu que a OAB, quando vai contratar seus empregados, não precisa realizar concurso público (STF ADI 3026).

2013

Serviços sociais autônomos gozam de imunidade tributária

Os serviços sociais autônomos gozam de imunidade tributária?

SIM. O art. 150, VI, "c" da CF/88 prevê que as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, gozam de imunidade tributária quanto aos impostos, desde que atendidos os requisitos previstos na lei. As entidades do chamado "Sistema S", tais como SESI, SENAI, SENAC e SEBRAE, **também gozam de imunidade porque promovem cursos para a inserção de profissionais no mercado de trabalho, sendo consideradas instituições de educação e assistência social.** Se o SENAC adquire um terreno para a construção de sua sede, já havendo inclusive um projeto nesse sentido, deverá incidir a imunidade nesse caso considerando que o imóvel será destinado às suas finalidades essenciais. STF. 1ª Turma. RE 470520/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 17/9/2013 (Info 720).

Os recursos geridos pelos serviços sociais autônomos não são considerados recursos públicos

Os recursos geridos pelos serviços sociais autônomos são considerados recursos públicos?

NÃO. Segundo entende o STF, os serviços sociais autônomos do denominado sistema "S", embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da Administração Pública. Assim, quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos, **perde o caráter de recurso público**. STF. Plenário. ACO 1953 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 18/12/2013.

2011

Os serviços sociais autônomos não gozam das prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Pública

Os serviços sociais autônomos gozam das prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Pública (ex.: prazo em dobro para recorrer)? NÃO. As entidades paraestatais não gozam dos privilégios processuais concedidos à Fazenda Pública. STF. AI 841548 RG, julgado em 09/06/2011.

Inscrição no Conselho nem sempre é necessária para o exercício da profissão

Para o exercício de toda e qualquer profissão, é necessário que a pessoa se inscreva no respectivo Conselho Profissional (ex: o músico é obrigado a se inscrever na Ordem dos Músicos do Brasil)? NÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. Na verdade, a regra é a liberdade. Assim, apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional (exs: advogado, médico etc.). A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão. Logo, para que o músico exerça sua profissão não é indispensável a sua prévia inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil. STF. Plenário. RE 414426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 01/08/2011.

2006

Competência para julgar as causas envolvendo os serviços sociais autônomos

De quem é a competência para julgar as causas envolvendo os serviços sociais autônomos? Em regra, a competência é da Justiça Comum Estadual. STF. RE 414375/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 31/10/2006.

DE OLHO NA SÚMULA!

Súmula 516-STF: O Serviço Social da Indústria (SESI) está sujeito a jurisdição da justiça estadual.

Conteúdo 06: Licitação

Trata-se de procedimento administrativo anterior aos contratos celebrados pela Administração. Não obstante a regra da exigência do procedimento, existem situações em que a Administração Público poderá contratar sem licitar (dispensa e inexigibilidade), trata-se de medida excepcional, isto porque, em regra, é necessária a licitação, para observar três finalidades básicas:

- Seleção da proposta mais vantajosa (interesse público);
- Garantia da isonomia; assegurar um tratamento igualitário para todos os concorrentes.
- Garantia do Desenvolvimento nacional.

Regra	Exceção
Quando o Poder Público tiver por objetivo celebrar contratos para a realização de obras, serviços, compras e alienações de bens, a regra é a realização de licitação.	Em que pese a regra, a própria Constituição Federal prevê a possibilidade de exceções a essa regra, desde que previstas em lei, hipótese em que se poderá contratar diretamente, sem licitação;
Fundamento: CF, Art. 37. XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.	Tratam-se das hipóteses de: a. dispensa de licitação; b. inexigibilidade de licitação.
Finalidade	
1. Obter a proposta mais vantajosa: garantir contratos mais vantajosos para a administração pública. 2. Garantir a isonomia das contratações públicas; 3. Garantir o desenvolvimento nacional;	

1. Conceito

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção de proposta mais vantajosa, com observância do principio da isonomia, conduzindo por um órgão dotado de competência especifica.

→ Trata-se de **processo administrativo** destinado às contratações da administração pública direta e indireta que ostenta três finalidades básicas: isonomia, proposta mais vantajosa ao interesse público e desenvolvimento sustentável.

2. Finalidades do Procedimento Licitatório

As finalidades são: viabilizar a contratação mais vantajosa à Administração e assegurar ao administrado a oportunidade de concorrer, em igualdade de condições, com os demais interessados (isonomia).

Além da **busca pela melhor proposta** e **isonomia**, a Lei nº 12.349 de 2010 acrescentou à redação do art. 3º, da Lei 8.666 de 93, a **busca do Desenvolvimento Nacional** como uma das finalidades do procedimento licitatório.

145

3. Fundamentos e Competência

Art. 22, XXVII – Compete a União legislar sobre normas gerais sobre licitação.

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III;*

Lei 8.666/93: é norma geral de licitação, e a Lei 10.520 (Pregão) e a Lei 12.462 (RDC – Regime diferenciado de contratações).

CF, Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Competência para legislar sobre licitação

A União detém competência para legislar sobre as normas gerais de licitação, podendo os Estados e Municípios legislar sobre o tema para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades.

VOCÊ SABIA?

Viola a competência privativa da União lei estadual que exija nova certidão negativa não prevista na Lei 8.666/93: É inconstitucional lei estadual que exija Certidão negativa de Violação aos Direitos do Consumidor dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais.

Esta lei é inconstitucional porque **compete privativamente à União** legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII, da CF/88). Info 838, STF.

4. Princípios norteadores da Licitação

4.1 Princípio da publicidade: significa transparência na atuação estatal. Nesse sentido, cumpre destacarmos que publicidade não é sinônimo de publicação. A publicidade é a garantia de transparência, a licitação deve ser pública, mas deve observar o sigilo das propostas.

Corroborando ao exposto, preleciona Ricardo Alexandre, a Administração Pública tem o dever de agir em público, *garantindo aos administrados o conhecimento do que os administradores estão realizando* de forma a possibilitar o controle social da conduta administrativa. Tratando-se especificamente de licitação, estatui o art. 3.º, § 3.º, da Lei 8.666/1993 que "a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura". Em decorrência do mesmo princípio, qualquer cidadão pode acompanhar o desenvolvimento da licitação, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos (Lei 8.666/1993, art. 4.º, *in fine*).

4.2 Princípio do sigilo das propostas: as propostas apresentadas pelos licitantes são sigilosas até a data de abertura dos envelopes, a ser feita em conjunto por todos os concorrentes, em sessão pública. Até este momento, previamente determinado pelo edital, um licitante não pode saber da proposta do outro, pois a violação ao sigilo da proposta representa improbidade administrativa, e crime definido na própria lei de licitações.

Nesse sentido, propõe o texto legal:

> Art. 3, § 3 da Lei - A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, **salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**.

4.3 Princípio da vinculação do instrumento convocatório: o instrumento convocatório da licitação é, em regra, o edital, exceto no convite, em que a lei define a convocação mediante carta convite que se trata de um instrumento convocatório simplificado.

O edital ou a carta convite estabelece normas que obrigam os licitantes, bem como, a própria Administração Pública, inclusive as normas no que tange ao critério do vencedor a ser utilizado nas licitações.

Edital – instrumento convocatório. Estabelece todas as normas que regulamentam o procedimento licitatório.

O edital também define o critério de escolha do vencedor, é o denominado critério de julgamento objetivo.

> Art. 41 da Lei nº 8.666 de 93 - **A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada**.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o instrumento convocatório "é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu". Se a Administração descumpre as regras contidas no instrumento convocatório, ao qual se encontra vinculada, o fato ensejará a nulidade do certame.

4.4 Princípio do Julgamento Objetivo: o ato convocatório tem de conter os critérios objetivos de julgamento que não se subsumem às escolhas dos julgadores. Portanto, o administrador não se deve valer de critérios que não estejam previamente definidos no edital para definição do vencedor do certame.

Nessa linha, corroborando ao exposto, Ricardo Alexandre "*segundo o princípio do julgamento objetivo, o julgamento das propostas deve ser feito de acordo com os critérios objetivos fixados no instrumento convocatório. Esse princípio vem enunciado no art. 44, caput e § 1.º, do Estatuto, que dispõe que no julgamento das propostas a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, sendo "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*".

- São os chamados tipos de licitação (não se confunde com as modalidades).

Os tipos de licitação correspondem aos critérios de julgamento (menor preço; melhor técnica; técnica e preço e, por fim, maior lance).

a) **menor preço**;

Obs.: O art. 3º, §2º da Lei 8.666 estabelece critérios objetivos de desempate.

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II - produzidos no País; **empresa brasileira*.

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. **se as empresas investe em tecnologia e pesquisa no Brasil*.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

**se alguma das empresas comprova reserva de vaga para portadores de deficiência ou para reabilitados da previdência.*

Trata-se de hipótese nova de desempate trazida pelo Estatuto do Portador de Deficiência. (2015).

Obs.: *os critérios de desempate estão definidos legalmente e são critérios sucessivos e não alternativos, ou seja, a Administração deve analisá-los na ordem que forem estipulados na lei, não podendo escolher quais pretende utilizar* (Manual de D. Administrativo, Matheus Carvalho, 2014).

Na hipótese de ainda assim não ser resolvido o empate, será feito um sorteio. Corroborando ao exposto, contempla o art. 45, §2º da Lei 8.666 de 93:

Art. 45. § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Cuidado → quando uma das empresas for Microempresa ou Empresa de pequeno porte!

A Lei Complementar 123/06, em seu art. 45, I estabelece que "*a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado*".

- A microempresa terá preferência no desempate, antes de empregar os critérios de desempate.

O art. 44; §1º da LC 123/06 dispõe: Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas .de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada

→Até 10% maior, comparada com a outra empresa, ainda é considerada empatada.

→Até 5% maior, no pregão.

Dispõe o art. 44, §2º multimencionada lei complementar que "*Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço*".

b) **melhor técnica**;

Obs.: só poderá ser utilizado para serviços de natureza intelectual ou para serviços de informática.

- Serviços de natureza intelectual;

- Aquisição de produtos e serviços de informática (serviços de informática);

c) **técnica e preço**;

d) **maior lance**.

4.5 Princípio do procedimento formal: o procedimento administrativo da licitação é sempre um procedimento formal. Nesse sentido, dispõe o art. 4, parágrafo único da Lei - O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Observações:

5. Intervalo mínimo: prazo entre a publicação e a realização do evento, para assegurar a isonomia aos concorrentes do conhecimento do procedimento licitatório.

É o prazo mínimo definido em lei que deve ser respeitado entre a publicação do instrumento convocatório e a data da abertura dos envelopes de documentação e de propostas. Se este prazo mínimo não for observado pelo ente público, a licitação poderá ser considerada fraudulenta.

Prazo só começa a contar a partir da data da última publicação ou da data em que for disponibilizado o edital.

Atenção! Observe-se que o prazo previsto na lei é "mínimo". Dessa forma, pode ser concedido um prazo maior os licitantes, a critério do Administrador Público, que deve buscar, sempre, fixar um prazo suficiente para participação dos interessados.

Comissão de Licitação: o procedimento licitatório é realizado pela Comissão, a qual ficará responsável pelo procedimento.

Esta é designada pela autoridade máxima do órgão, por meio de um ato jurídico formalizado por decreto, portaria resolução ou ato da diretoria, para realizar procedimento licitatório; ficando a autoridade responsável pela elaboração do edital e exposição de motivos da contratação.

Em regra, a comissão licitante é composta por, pelo menos, 3 (três) membros, sendo 2 (dois) deles servidores públicos qualificados dos quadros permanentes do órgão responsável pela licitação, consoante disposto no art. 51 da lei 8.666/93.

→3 membros, sendo pelo menos 2 servidores efetivos do órgão público que está realizando o procedimento licitatório.

A lei estabelece a responsabilidade dos membros da comissão de licitação é solidária.

- Comissão Especial é aquela designada para determinado certame licitatório.

- Comissão permanente, por sua vez, é a responsável por todas as licitações daquele órgão, no período de sua investidura, período esse que não pode ultrapassar um ano.

ATENÇÃO! A lei define que, após um ano, é vedada a recondução de todos os membros da comissão licitante, para o período subsequente. Ou seja, depois de um ano, a comissão deve ser alterada, ainda que com a modificação de um único membro.

6. Obrigatoriedade de Licitação:

Conforme exposto previamente acima, a regra geral é a necessidade da administração pública como um todo, previamente à celebração de contratos administrativos, realizar licitação, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido, estão obrigados a realizar licitação, nos moldes do art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666 de 93:

"*Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*".

Assim, é obrigado a realizar procedimento licitatório: Administração Direita, Indireta. Demais entes mantidos ou subvencionados pelo dinheiro público e fundos especiais.

Esquematizando

OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO
Entes da Administração Direta;
Entes da Administração Indireta;

Entes mantidos ou subvencionados pelo dinheiro público e fundos especiais.

Obs.: Empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica →o art.173, §1º, inciso III, da CF dispõe que é possível a criação de uma lei específica para reger a licitação dessas empresas. Ocorre que, não tendo havido a edição de regime específico, lhes é aplicada a Lei 8.666/93, em sua integralidade, devendo ser respeitado o art. 37, XXI da Constituição Federal, independente da finalidade da empresa estatal. Contudo, deve-se ressaltar a possibilidade da edição de regulamento para facilitar e tornar mais simples o procedimento licitatório dessas empresas (art. 119, da Lei n. 8666//93).

Até o presente momento, não há regramento específico, assim, aplica-se a Lei nº 8.666 de 93.

Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei.

Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial.

TCU: entende que teriam inexigibilidade de licitação quando referente a atividade fim. Sendo necessária porém para a atividade meio.

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2014) "O *TCU entende que, de fato, as empresas estatais precisam licitar, mas deve-se admitir exceção. Quando a empresa estatal exploradora de atividade econômica licita para contratações referentes à sua atividade fim, está sendo impedida de concorrer com igualdade no mercado. Isso porque a rapidez do mercado não 'se coaduna com a burocracia da licitação e a realização de procedimento licitatório. Nestes casos, iria de encontro ao interesse público. Assim, o Tribunal entende que não precisam realizar procedimento licitatório, por motivo de inexigibilidade, uma vez que não há interesse público na licitação*".

7. Modalidades de Licitatórias

a) Concorrência estabelecida com base o valor da contratação!
b) Tomada de preço estabelecida com base o valor da contratação!
c) Convite estabelecida com base o valor da contratação!

d) Concurso
e) Leilão
f) Pregão – regulamentada na Lei 10.520 de 2002.

Obs.: Levando-se em consideração que as três primeiras espécies são fixadas com base o valor do contrato a ser celebrado, é possível que o emprego da modalidade mais complexa para a modalidade mais simples, não admitindo-se o inverso. (Quem pode o mais, pode o menos: posso utilizar modalidades mais amplas, para contratações mais básicas).

Por outro lado, a utilização nas modalidades de concurso, leilão e pregão é o objeto.

→O texto expressamente vedou a criação de novas modalidades licitatórias, bem como, a combinação das modalidades licitatórias já existe.

7.1 Concorrência

É escolhida em razão do valor quando se tratar de um numerário alto (para obras e serviços de engenharia acima de 3 milhões e 300 mil ou compras e serviços que não sejam de engenharia acima de 1 milhão e 430 mil – art. 23).

Legislação

Em 2018, o Presidente da República editou um decreto atualizando os valores do art. 23 da Lei nº 8.666/93. Trata-se do Decreto nº 9.412/2018.

Vejamos a situação do atual cenário:

> **Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:**
>
> **I - para obras e serviços de engenharia:**
>
> **c) na modalidade concorrência - acima de R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e**
>
> **II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:**
>
> **c) na modalidade concorrência - acima de R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).**

Concorrência	
Obras	Acima de R$ **3.300.000,00** (três milhões e trezentos mil reais).
Aquisição de bens	Acima de R$ **1 milhão e 430 mil**.

Exceções

Hipóteses em que a concorrência é modalidade de licitação obrigatória independentemente do valor da contratação:

1ª. **Concessão de Serviço Público**;

- exceção da exceção:

Em caso de concessão de serviço, a lei traz uma exceção. Se o serviço estiver previsto na política nacional de desestatização a modalidade vai ser leilão (exemplo: aeroportos, telefonia)!

2ª. **Concessão de Direito Real de Uso**; Decreto Lei 271 de 67.

3ª. **Contratos de obra por meio de Empreitada integral**;

Obs.: empreitada global não se confunde com empreitada integral. Cuidado!

4ª. **Contratos de aquisição ou alienação de imóvel**;

- exceção da exceção:

Se o imóvel for decorrente de decisão judicial ou dação em pagamento, a modalidade pode ser concorrência ou leilão. A concorrência continua sendo possível, mas deixa de ser obrigatória, passando a ser uma modalidade alternativa.

5ª. **Licitação internacional**.

Desse modo, contemplamos que a concorrência também pode ser escolhida em razão do objeto quando se tratar de concessão de serviço público, quando for hipótese de concessão de direito real de uso de bem público, na hipótese de contratos de obra por meio de empreitada integral; na aquisição ou alienação de imóvel, ou, por fim, na licitação internacional (conta com a participação de empresas estrangeiras "que não tenham sede no país").

- exceção da exceção:

Se o órgão tiver um cadastro internacional de licitantes, pode fazer licitação internacional na modalidade de topada de preço, desde que compatível com o valor.

Poderá ainda ser feito na modalidade de convite, caso não tenha fornecedor no país, e estiver no limite do valor do convite.

Desse modo, contemplamos que na licitação internacional, excepcionalmente, podemos ter tomada de preços quando o valor corresponder ao estabelecido para a tomada de preços e houver cadastro de empresas estrangeiras. E podemos ter convite quando o valor corresponder ao estabelecido para o convite e não houver fornecedor no país.

Prazo mínimo

O prazo de intervalo mínimo – se a licitação for do tipo técnica ou técnica + preço, o prazo é de 45 dias corridos; se for do tipo preço o prazo é de 30 dias corridos.

Esquematizando

Intervalo Mínimo	
Técnica ou Técnica e Preço	45 dias
Preço ou outra espécie	30 dias
Empreitada integral	45 dias

7.2 Tomada de Preço

É modalidade de licitação prevista para obras e serviços de engenharia de **até** R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e para compras e serviços não incluídos no inciso I: **até** R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais);

Legislação

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia: b) na modalidade tomada de preços - **até** R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e II - para compras e serviços não incluídos no inciso I: b) na modalidade tomada de preços - **até** R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais); e

DECRETO Nº 9.412, DE 18 DE JUNHO DE 2018.

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

b) na modalidade tomada de preços - ATÉ R$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

155

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

b) na modalidade tomada de preços - ATÉ R$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais);

- Cadastro: habilitação prévia

Em princípio, participará da tomada de preço os licitantes que estejam cadastrados no órgão ou que realizem seu cadastramento até três (3) dias antes.

→ Quem participa da modalidade tomada de preços são os licitantes cadastrados. Antecipa-se a fase de habilitação com o cadastramento. O licitante recebe o certificado de registro cadastral e isso agiliza o procedimento.

E se o licitante não estiver cadastrado como participará da licitação? Podem participar os licitantes que preencham os requisitos para o cadastramento até o terceiro dia anterior a entrega dos envelopes. Basta fazer um requerimento para se cadastrar, apresentando os documentos devidos.

Cadastro tem validade de um (1) ano.

→SÓ participa da tomada de preço o licitante que estiver cadastrado ou que cumpra os requisitos para cadastro três dias antes.

Prazo mínimo

O prazo de intervalo mínimo – se a licitação for do tipo técnica ou técnica + preço, o prazo é de 30 dias corridos; se for do tipo preço o prazo é de 15 dias corridos.

Esquematizando

Intervalo Mínimo	
Técnica ou Técnica e Preço	30 dias

Outra espécie “tipo”	15 dias

7.3 Convite

É modalidade de licitação prevista para obras e serviços de engenharia até 330 mil reais e para outros bens e serviços que não os de engenharia abrange até 176 mil reais.

Pequeno valor → até R$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);ou até R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) - (bens e serviços).

DECRETO Nº 9.412, DE 18 DE JUNHO DE 2018.

Art. 1º Os valores estabelecidos nos incisos I e II do caput do art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ficam atualizados nos seguintes termos:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

II - para compras e serviços não incluídos no inciso I:

a) na modalidade convite - até R$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais);

Licitantes convidados no nº mínimo de 3 (SALVO, restrição de mercado) + cadastrados no prazo de 24h, quando demonstrarem interesse: podem participar da modalidade convite os licitantes convidados que devem estar em número mínimo de três, estejam cadastrados ou não. Noutra banda, podem também participar do convite os licitantes cadastrados que manifestarem interesse de participar com 24 horas de antecedência.

Assim, aos que não forem enviado o convite, será necessário dois requisitos: ser cadastrado no órgão e manifestarem interesse em 24h de antecedência da data marcada para abertura dos envelopes.

O instrumento convocatório não é o edital, mas a carta convite: o instrumento convocatório é a carta-convite que NÃO é publicada no Diário Oficial, apenas encaminhada aos licitantes. Será também fixada no átrio da repartição.

A publicidade é feito por meio do envio da carta-convite, e depois, é feita a fixação da carta convite no átrio da repartição, em local visível ao público.

Atenção: O Poder Público não pode contratar por partes para atingir o mínimo, posto que se caracterizaria em fraude.

Prazo mínimo

Intervalo Mínimo	
Qualquer que seja o tipo	5 dias uteis

Prazo de intervalo mínimo no convite é de 05 dias úteis.

- Comissão?

O convite pode não ter comissão: a comissão de licitação precisa ser composta ao menos por três servidores (art. 51 da Lei nº 9.666/93), como já fora abordado. Contudo, se o órgão for pequeno e a convocação dos servidores selecionados comprometer o andamento do serviço, é possível realizar a licitação com um único servidor.

Assim, excepcionalmente, por motivo de interesse público pode-se dispensar a comissão do convite, e realiza-la apenas com um servidor, desde que seja um servidor público efetivo.

Obs.: a cada novo contive feito para o mesmo objeto, enquanto existirem no órgão cadastrados não convidados, cada vez que o convite for feito par ao mesmo objeto, deverá ser feito um convite a mais para o cadastrados.

Nesse sentido, a lei 8.666/93 estabelece, em seu art. 22, §6°, que, "existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações". Nesse caso, enquanto não se esgotar a lista de cadastrados não convidados, cada novo convite para o objeto licitado dependerá do encaminhamento da carta convite a mais um licitante.

→Feitas com base o objeto a ser contratado: Concurso, Leião e Pregão.

Referidas espécies de licitatórias, não são definidas com base critérios de valor, mas é o objeto a ser contratado.

7.4 Leilão

→ Esta modalidade licitatória serve para alienação de bens pelo poder público àquele que ofertar o maior preço igual ou superior ao valor da avaliação.

É modalidade de licitação para alienação de bens imóveis na hipótese do art. 19 da lei, decorrente de decisão judicial ou dação em pagamento (pode usar concorrência ou leilão); alienação de bens móveis inservíveis, apreendidos ou penhorados.

Leilão	
Os bens imóveis só podem ser alienados por leilão, se forem adquiridos mediante: - dação em pagamento; - decisão judicial.	Ou ainda, bens móveis: - bens inservíveis; - bens apreendidos; - penhorados pelo Poder Público.

Obs.: não há comissão, quem realiza o Leilão é o leiloeiro, que pode ser oficial ou designado.

"*O leilão é realizado pelo leiloeiro, que pode ser o leiloeiro oficial ou um servidor designado pela administração pública para cumprir a função de leiloeiro e, portanto, não possui comissão de licitação*".

Prazo mínimo

O Intervalo mínimo, nesta modalidade licitatória será 15 dias, entre a publicação do edital e a realização do procedimento.

Intervalo Mínimo
15 dias

- Maior lance

Conforme disposição legal, o leilão será sempre do tipo MAIOR LANCE, sendo que a administração somente pode alienar o bem para lance vencedor que seja igual ou superior ao valor da avaliação, conforme disposto no art. 45 da lei 8.666/93.

7.5 Concurso

É uma modalidade licitatória para escolha de trabalho técnico, artístico ou científico, sendo que a contrapartida será um prêmio ou remuneração.

Atenção: é diferente do concurso público, pois este tem o objetivo de provimento de cargo. Não há contratação de empregado, é a contratação de um trabalho técnico ou cientifico.

Diferencia-se do concurso público, porque não há qualquer preenchimento de cargos ou contratação de empregados. (Manual de D. Administrativo, Matheus Carvalho, 2014).

O procedimento dessa modalidade é definido em regulamento próprio: qualificação dos participantes, as diretrizes, a forma de apresentação do trabalho, bem como, os valores do prêmio.

Em síntese

159

- trata-se de modalidade licitatória que visa a escolha de trabalho técnico, artístico ou cientifico.

- mediante o reconhecimento (pagamento) através de prêmio ou remuneração;

- comissão: por meio de pessoa idônea com conhecimento na área.

*Comissão especial de concurso: a chamada comissão especial de concurso é composta por três membros: pessoas idôneas que tenham conhecimento na área do trabalho que será apresentado. Não precisa ser servidor público, como acontece com as demais comissões nas outras modalidades de licitação.

→A comissão de licitação é especial porque não precisa ser composta por servidores, qualquer pessoa idônea e com conhecimento na área pode participar dessa comissão.

O prazo de intervalo mínimo é de 45 dias corridos.

Intervalo Mínimo
45 dias

Obs.1:

ATUALIZAÇÃO DO DECRETO 9.412/2018		
Modalidade	Obras e serviços de engenharia	Compras e serviços que não sejam de engenharia
CONVITE	Antes: até 150 mil Agora: até 330 mil	Antes: até 80 mil Agora: até 176 mil
TOMADA DE PREÇOS	Antes: até 1 milhão e 500 mil Agora: até 3 milhões e 300 mil	Antes: até 650 mil Agora: até 1 milhão e 430 mil
CONCORRÊNCIA	Antes: acima de 1 milhão e 500 mil Agora: acima de 3 milhões e 300 mil	Antes: acima de 650 mil Agora: acima de 1 milhão e 430 mil

Obs.2:

Como o art. 24, I e II faz remissão (referência) ao art. 23, os limites do art. 24, I e II foram também, por via de consequência, ampliados. Diante disso, com essa mudança nos valores do art. 23, houve reflexo na contratação direta dos incisos I e II do art. 24. Vejamos o atual cenário:

CONTRATAÇÃO DIRETA PELO PEQUENO VALOR (ART. 24, I e II) (Com a atualização do Decreto 9.412/2018)	
Pode haver contratação direta (sem licitação) nos seguintes casos:	
Obras ou serviços de engenharia: Antes: para haver a contratação direta, o valor deveria ser até R$ 15 mil. Agora: o valor da obra ou do serviço deve ser de até R$ 33 mil.	Compras e serviços diferentes de engenharia: Antes: o valor da compra ou do serviço deveria ser de até R$ 8 mil. Agora: para contratar sem licitação, o valor da compra ou do serviço deve ser de até R$ 17.600,00 (17 mil e 600 reais).

7.6 Pregão

A modalidade de licitação em espécie tem regramento específico ao teor da Lei nº 10.520 de 2002.

→ Modalidade prevista na Lei nº 10.520/2002 que serve para a aquisição para bens e serviços comuns, NÃO importa o valor. Comuns são aqueles que podem ser definidos no edital com expressão usual de mercado.

O pregão é modalidade de licitação utilizada para **aquisição de bens**, por essa razão, parte da doutrina denomina de "leilão reverso". – e **serviços comuns**, cujos padrões mínimos de qualidade serão previamente estipulados no instrumento convocatório.

Por bens e serviços comuns, deve-se entender aqueles que podem ser designados no edital com expressão usual de mercado.

Não se admite a utilização da modalidade licitatória do pregão para obras: não pode ser utilizado na execução de obras públicas.

Forma

O pregão na forma eletrônica é realizado pela internet, com a utilização desse mecanismo para comunicação entre os licitantes e entre estes e a Administração Pública na realização da sessão.

Pregoeiro: é o responsável pelos atos do pregão, o qual contará com o apoio de uma comissão.

- Comissão de apoio ao pregoeiro: não é a comissão licitante, tem apenas o dever de auxiliar o pregoeiro na realização do certame. Assim, é o pregoeiro que responde pela licitação, inclusive, é o responsável pelos atos praticados pela comissão de apoio.

→Quem faz o pregão é o leiloeiro assistido por uma equipe de apoio.

O intervalo mínimo é de 8 dias úteis.

Intervalo Mínimo
8 dias

Tipo de licitação

O pregão é sempre do tipo menor preço, independente da modalidade de obra ou serviço a ser contratado.

Obs.: Licitação para registro de preço

Em determinadas situações, o poder público não licita com a finalidade imediata de contratação, mas tão somente para registrar os. preços, para o caso de eventual contratação posterior. Acontece quando a administração entende que um bem ou serviço é adquirido com muita frequência e, por isso, tem interesse em deixar um registro, no órgão, com: o eventual fornecedor deste bem ou serviço.

Referida espécie de licitação, não obriga a administração a contratar com o vencedor, uma vez que sequer sabe se haverá dotação orçamentária para celebração do contrato. O vencedor não tem a garantia de que se o Estado for contratar, irá contratar com ele.

→O registro de preço não vincula a Administração Pública ao vencedor de nenhuma forma.

→O registro terá validade de um ano: A ata, decorrente do registro, terá validade de 1 (um) ano, devendo ser realizado um novo procedimento licitatório.

Adesão a ata ou licitação carona: possibilidade de utilização da ata de registro de preços por outros entes que não haviam participado do procedimento licitatório da formação daquela ata de registro de preços.

Em síntese, 'carona' consiste na contratação fundada num sistema de registro de preços em vigor, mas envolvendo uma entidade estatal dele não participante originalmente, com a peculiaridade de que os quantitativos contratados não serão computados para o exaurimento do limite máximo.

É admitida pelo TCU, e regulamentada.

Como inovação, o Decreto 7.892/2013 trouxe em seu art. 2º, inciso V a definição para órgão não participante (carona), in verbis:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

(...)

V - órgão não participante - órgão ou entidade da administração pública que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, atendidos os requisitos desta norma, faz adesão à ata de registro de preços.

8. Procedimento Licitatório

8.1 Procedimento Licitatório: fase interna

→Em síntese: nesta fase, a Administração Pública está, internamente, se organizando para licitar, com a abertura do processo administrativo respectivo e com a realização dos atos preparatórios que justifiquem a realização do certame.

Inicia-se com a fase interna, a qual comporta os atos preparatórios até a publicação do edital.

Designação de comissão, exposição de motivos: apresentação da justificativa da necessidade da celebração da contratação, recurso orçamentário: apresentação de adequação orçamentária, demonstrando que aquela despesa que se pretende tem com a contratação está, mostra-se adequada ao orçamento, elaboração do edital e do contrato: o Poder Público elabora a minuta do edital de licitação que será encaminhado ao órgão de consultoria jurídica para aprovação.

A consultoria irá proceder com o parecer, que é obrigatório, porém, não vinculante.

Após a emissão de parecer jurídico concordando com a realização do procedimento, **o certame passa a sua fase externa**, que se inicia com a publicação do instrumento convocatório, pelos meios legalmente previstos.

8.2 Procedimento Licitatório: fase externa

Inicia-se com a publicação do edital, quando então as pessoas passam a tomar conhecimento do procedimento licitatório.

- Publicação do Edital

A publicação deve ser feita em Diário oficial e em jornal de grande circulação: dupla publicação.

Legislação: Lei nº 8.666

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

- Abertura dos envelopes

Com a publicação, a Administração Pública marca uma data para que sejam abertos os envelopes de documentação dos licitantes e propostas, respeitado o prazo de intervalo mínimo exigido para cada modalidade de licitação. Nesse mesmo momento, se inicia a contagem do prazo para a impugnação administrativa do edital.

Nessa fase, qualquer pessoa pode impugnar o edital, na via administrativa.

Até o 5º dia útil anterior a data marcada para abertura dos envelopes e da proposta: Conforme a lei, qualquer cidadão pode impugnar o edital até o 5° dia útil anterior à data marcada para abertura dos envelopes. Oferecida a impugnação, cabe à administração decidi-la no prazo de 3 dias úteis. (art. 41, §1°).

O licitante, por sua vez, possui um prazo maior, podendo impugnar até dois dias uteis antes da abertura dos envelopes.

Nesse sentido, a legislação:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º **Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei,** devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes

de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante** que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Ademais, é cediço que, em virtude do poder da Autotutela, a Administração pode alterar de ofício o edital ou mesmo anulá-lo, em conformidade com a Súmula 473 do STF.

Questiona-se: *com a alteração do edital, haveria necessidade de nova publicação?*

Deve ser feita uma nova publicação da parte alterada, necessariamente, denominada de errata, nos mesmos moldes da publicação originária: em Diário Oficial e em Jornal de grande circulação.

Precisa reabrir o prazo de intervalo mínimo? A regra é de que seja necessário abrir novo prazo mínimo também, SALVO quando a alteração não afetar a formulação das propostas.

- Habilitação

Antes da habilitação qualquer desistência pode acontecer independentemente de anuência da Administração Pública. Todavia, iniciada a fase de habilitação, somente será possível a desistência de participação pela empresa, mediante ato devidamente justificado e aceito pela comissão licitante.

→Até o julgamento desta fase de habilitação, a lei autoriza que os licitantes desistam de participar do procedimento licitatório, sem a necessidade de apresentação de qualquer justificativa. Após a fase de qualificação dos licitantes, somente será possível a desistência de participação pela empresa, mediante ato devidamente justificado e aceito pela comissão licitante, consoante dispõe o art. 43, §6° da lei 8.666/93.

**Qualificação e análise dos documentos*

Essa fase é também conhecida como fase de qualificação, quando devem ser analisados os requisitos e documentos pessoais dos licitantes. É a fase de análise da documentação dos licitantes a fim de verificar se têm idoneidade para contratar com o Poder Público. Caso contrário, sequer serão analisadas as propostas.

Destaca-se, por oportuno, que não se pode estabelecer nenhum requisito adicional que não esteja previsto em lei, e que seja indispensável ao contrato.

A imposição de outros critérios, que tornem inviável a participação de todos, limitando e restringindo a ampla concorrência na licitação, constitui-se em patente fraude licitatória.

→É importante frisar que o edital não pode estabelecer critérios não previstos em lei, mais especificamente no art. 27, da lei 8.666/93, evitando assim restringir a licitação de forma desarrazoada.

Os requisitos necessários a habilitação estão contemplados ao teor do art. 27, da Lei nº 8.666/93.

Nesse sentido, a legislação:

Art. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

~~IV - regularidade fiscal.~~

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999).

- **Habilitação jurídica**: é a demonstração que o sujeito existe de direito, ou seja, exigência de regularidade fiscal, registro efetivo.

- **Qualificação técnica**: trata-se de demonstração de que a empresa tem condições técnicas de cumprir o contrato celebrado em conformidade com as exigências de qualidade e celeridade impostas pela Administração Pública.

Observação: o STJ já decidiu que é possível exigir experiência anterior no objeto do contrato.

INFORMATIVO 533, STJ.

DIREITO ADMINISTRATIVO. EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM LICITAÇÃO.

É lícita cláusula em edital de licitação exigindo que o licitante, além de contar, em seu acervo técnico, com um profissional que tenha conduzido serviço de engenharia similar àquele em licitação, já tenha atuado em serviço similar.

JULGADO

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO VIOLAÇÃO. QUALIFICAÇÃO DO LICITANTE. EXIGÊNCIA DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR IDÊNTICA AO OBJETO LICITADO POR PERÍODO NÃO INFERIOR A TRÊS ANOS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA. UNANIMIDADE. 1. A licitação é um instrumento que visa primordialmente à Administração Pública contratar a partir de uma proposta mais vantajosa, e assim se verifica não somente no aspecto do menor preço, como também no aspecto da qualidade daquele que participa do certame. 2. O procedimento licitatório perpassa por várias fases até a escolha do vencedor, para em seguida ocorrer a sua execução. 3. A regra veio estabelecida no edital do certame e o mesmo faz lei entre as partes, de modo que somente serão admitidos a participarem da licitação aqueles que preencherem todos os requisitos lá constantes, logo não há de se falar em violação ao princípio da isonomia, mas em sua observância. 4. **No que atine à exigência de experiência em idêntico objeto da licitação é preciso que se destaque que a previsão editalícia encontra-se no âmbito no poder discricionário da Administração Pública.** 5. **Para evitar o descumprimento do contrato ou problemas na sua execução é que a Administração Pública estabelece critérios, esclareça-se, de ordem objetiva, a exemplo da exigência de experiência anterior**. 6. Segurança denegada. Unanimidade. (TJ-MA - MS: 0589262014 MA 0010756-30.2014.8.10.0000, Relator: RAIMUNDO JOSÉ BARROS DE SOUSA, Data de Julgamento: 27/05/2015, ÓRGÃO ESPECIAL, Data de Publicação: 15/06/2015).

A exigência não pode ser extrapolada, deve guardar real consonância com o que é necessário para a boa execução do contrato administrativo que será firmado.

- **Qualificação econômico-financeira**: comprovada por meio de balanço patrimonial da empresa, dentre outros meios de comprovação. A empresa deverá demonstrar sua condição para arcar com a execução do contrato administrativo que será firmado.

- **Cumprimento ao disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF**: vedação ao trabalho infantil.

Dispõe o referido artigo que aos empregadores, em geral, é proibido "*o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos*", Em outras palavras, a lei exige a demonstração de que a empresa licitante não explora trabalho infantil, em violação ao dispositivo constitucional mencionado.

Nesse contexto, o gestor da empresa, emitirá declaração, sob pena de responsabilidade pessoal, demonstrando que respeita as referidas regras.

- **regularidade fiscal**: entidade deverá demonstrar que não possui débitos com a fazenda pública ou, caso possua, que o mesmo se e11tcontra com a sua exigibilidade suspensa, nos termos da legislação pertinente.

Por fim, deverá demonstrar sua regularidade trabalhista.

- **regularidade trabalhista**: demonstrada por meio da Certidão negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida pela Justiça do Trabalho.

→ Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT): Com o advento da lei 12.440/11, foi acrescentado o requisito de regularidade trabalhista a ser comprovado, na fase de habilitação, pela juntada da Certidão Negativa de débitos trabalhistas (CNDT). Esta lei foi publicada em julho de 2011 e tem vacatio legis de 180 dias, portanto, a exigência somente passa a viger a partir de Janeiro de 2012.

Obs.: a ausência de qualquer um desses requisitos inabilita a empresa, trata-se da regra.

Atenção!!! As microempresas e empresas de pequeno porte possuem beneficio no tocante ao requisito da regularidade fiscal.

Microempresas e empresas de pequeno porte: a LC 123/06 estabelece que essas empresas poderão participar da licitação ainda que não tenham regularidade fiscal.

O benefício é apenas em relação ao requisito da regularidade fiscal. Será juntada a certidão de débito, porém comprovará sua condição de microempresa,e em assim sendo, poderá participar mesmo com o débito.

Ao término, em sendo vencedora, será conferido o prazo de 5 (cinco) dias úteis para proceder com a sua regularidade.

→Ao final da licitação, se forem declaradas vencedoras, terão o prazo de 5 dias úteis, para fazer o saneamento do débito (quitar o débito ou de alguma forma tornar o débito inexigível).

Outra ressalva, está presente na Lei 12.243 (lei que trata dos institutos de ciência e tecnologia): ICTS – a lei estabeleceu que para os contratos com as ICTS, é possível que se dispense um ou mais requisitos de habilitação do procedimento licitatório, justificadamente.

Finalizada a habilitação, abre-se prazo para apresentação de recurso, e este possui efeito suspensivo.

→*Divulgada a decisão final acerca da habilitação e inabilitação de licitantes, o prazo para que os interessados interponham* ***Recurso com a intenção de modificar o quanto decidido é de 5 (cinco) dias*** *úteis e este recurso terá efeito suspensivo, conforme disposto expressamente no art. 109, I e art. 109, §2° da lei 8.666/93.*

Se todos os licitantes forem inabilitados, a Administração Pública poderá abrir um prazo de 8 dias uteis, para que os referidos possam trazer os documentos.

→ *Se todos os licitantes forem inabilitados, por não se adequarem a alguma das normas estipuladas em lei, a Administração Pública poderá fixar um prazo de 8 (oito) dias Úteis para que se adéquem às normas editalícias*.

Definidos quais foram os licitantes habilitados para contratar com o Poder Público, passa-se a fase de classificação e julgamento.

- Julgamento e Classificação

Na referida fase, os critérios de julgamento são objetivos (tipos: menor preço, melhor técnica, por exemplo).

É possível que a Administração Pública previamente estabeleça critério de preferencia de produtos manufaturados, e para serviços nacionais que obedeçam as normas técnicas.

→O art. 3°, §2° da lei de licitações prevê a possibilidade de ser previamente estipulado, pela Administração Pública, a preferência para aquisição de produtos manufaturados e serviços nacionais que obedeçam às normas técnicas brasileiras. A preferência deve ser prevista em Decreto expedido pelo chefe do Poder Executivo Federal.

Nesse sentido, a lei estipula a possibilidade de a Administração Pública preferir produtos manufaturados ou serviços nacionais, ainda que mais caros que os outros, a preferência pode chegar a 25%

Destaca-se, por oportuno, que referida preferencia não viola a isonomia, posto que preferência se justifica pelo fato de que as empresas, que fornecem produtos manufaturados ou prestam serviços em obediência às normas técnicas brasileiras, são geradoras de emprego e renda para o país.

Preferência Adicional

Entre dois produtos manufaturados, posso optar por aquele que decorra de nova tecnologia desenvolvida no país.

→Com a intenção de fomentar a pesquisa e o desenvolvimento de novas tecnologias, no Brasil, a legislação ainda estabelece que, se esses produtos

manufaturados ou serviços nacionais decorrerem de inovação tecnológica, podem vir a ter uma preferência adicional, desde que respeitado o limite total de preferências, de 25%. Ou seja, em havendo a incidência de preferência adicional, a soma das preferências não pode ultrapassar o percentual da lei.

O limite máximo das preferências somadas deverá ser de 25%.

Ao término do procedimento, será apresentado a lista, e abre-se então prazo para recurso.

Prazo para recurso é de 5 dias úteis e possui efeito suspensivo.

→*Se todos os licitantes forem desclassificados, para evitar que a licitação seja fracassada, a administração concederá prazo de 8 dias para apresentação de novas propostas.*

Encerrada a fase de classificação, a Comissão encaminha o procedimento para a Autoridade Superior do Órgão, a qual ficará responsável pela homologação.

Anulação ou Revogação

Verificada vício em qualquer das fases do procedimento licitatório, será determinada a anulação do procedimento licitatório.

Poderá ainda, haver a revogação, por ocasião de situação posterior que torne inviável a manutenção do procedimento licitatório.

É preciso demonstrar essa situação superveniente.

→revogação do procedimento, baseada em critérios de oportunidade e conveniência - ou de anulação - com base em vício de ilegalidade - o texto legal exige a emissão de parecer da autoridade competente, justificando tais condutas.

Encerrada a fase de homologação, far-se-á a adjudicação.

- Adjudicação

A adjudicação não obriga a celebração do contrato.

A adjudicação vincula o poder pública? Sim, pois caso a Administração decida celebrar o contrato, só pode contratar com o licitante vencedor, denominado de princípio da adjudicação compulsória.

→Esse poder vinculante do ato homologatório é designado pela doutrina de Princípio da adjudicação Compulsória por se considerar o ato de adjudicação como declaratório e vinculado, não sendo admitida a celebração de contrato em relação ao objeto do certame com nenhum outro interessado que não o adjudicatário (Manual de D. Administrativo, Matheus Carvalho, 2014).

A proposta vincula o proponente: Em relação ao licitante vencedor, não poderá deixar de contratar com a Administração Pública nos moldes da proposta apresentada, desde que tenha sido convocado a celebrar o conntrato, no prazo de 60 (sessenta) dias da abertura dos envelopes. O licitante fica vinculado à proposta apresentada pelo

prazo de 60 (sessenta) dias, contados da apresentação da proposta. Após esse prazo, a lei presume que ele pode não ter condições de contratar, garantindo os valores previamente apresentados.

Por outro lado, caso o vencedor não possa contratar, o Estado só poderá celebrar o contrato, nos termos da proposta vencedora, chamando os demais licitantes na1 ordem de classificação. Por óbvio, os demais licitantes não estão obrigados a aceitar a celebração do contrato nos moldes da proposta apresentada pelo vencedor.

8.2 Procedimento Licitatório da tomada de preço | distinção

Na tomada de preço não há fase de habilitação, pois os licitantes já estão previamente cadastrados.

→Na licitação de modalidade Tomada de Preços, o procedimento é o mesmo estudado para a concorrência, porém NÁO HÁ FASE DE HABILITAÇÃO, uma vez que os licitantes já estão previamente cadastrados.

8.3 Procedimento Licitatório do Convite | distinção

No convite, também não haverá a fase de habilitação, pois os licitantes são habilitados, e forem convidados deverá fazê-lo no prazo fixado pela Administração.

Modalidade mais célere.

E não há publicação de edital, o que existe é a carta-convite.

→ Não há publicação de edital. A publicidade da carta-convite é diferenciada, sendo suficiente o envio do instrumento convocatório aos convidados e, posterior afixação no átrio da repartição, em local visível ao público.

→Prazos diferenciados - para recurso o prazo é de dois dias úteis: os prazos para recursos são de 2 (dois) dias úteis (e não de 5 dias como nas demais modalidades estudadas).

→ Se forem todos os licitantes inabilitados ou desclassificadas todas as propostas apresentadas, o prazo para diligências definido no art. 48, §3° da lei 8.666/93 poderá ser reduzido de 8 (oito) dias úteis para 3 (três) dias úteis, para que se adéquem ao edital, trazendo novos documentos de qualificação ou apresentando nova proposta.

8.3 Procedimento Licitatório do Pregão

Procedimento que assegura maior celeridade, e busca sempre o menor preço.

Inversão das fases do procedimento licitatório

→O procedimento da licitação na modalidade pregão apresenta inúmeras peculiaridades. A principal é o procedimento invertido previsto na Lei 10.520/02 e, por isso, esta modalidade licitatória se diferencia de forma substancial do procedimento da concorrência, conferindo maior celeridade ao certame.

- Classificação das propostas;
- Habilitação;
- Adjudicação – feita pelo pregoeiro.
- Homologa as propostas.

→O pregão é sempre realizado tendo como critério de escolha do vencedor, exclusivamente o menor preço.

→Princípio da oralidade: lances verbais. Devem passar para a próxima fase, no mínimo três propostas, ainda que precise ultrapassar os 10% da diferença.

→Ocorrendo a inabilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, o pregoeiro passa a examinar a proposta do segundo colocado e assim sucessivamente, sempre sendo admitida a negociação do preço ofertado. No caso, o licitante não está obrigado a cobrir o valor do licitante vencedor, deverão ajustar o mesmo.

→Não há prazo para recursos entre as fases, sendo admitida uma fase recursal única, após a adjudicação do pregoeiro.

O prazo para recurso do pregão será imediato, e terá prazo de três dias para apresentar as razões.

Recorre imediatamente, mas apresenta as razões no prazo de três dias.

Tratamento diferenciado para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Foi editada a Lei Complementar 123/2006, denominado Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, conferindo algumas vantagens a essas entidades no bojo da participação de procedimentos licitatórios, concedendo algumas preferências para as contratações com todos os entes federados e os respectivos entes da Administração Indireta.

Nessa esteira, contemplamos alguns *"privilégios concedidos as pequenas empresas e empresas de pequeno porte na realização de procedimentos licitatórios*".

a. A administração pública deve realizar procedimentos licitatórios específicos para as pequenas empresas e empresas se pequeno porte, quando se tratar de contratações de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); forma de assegurar a isonomia material.

b. Na hipótese de contratação de objeto divisível, será admitida a contração acima do patamar – R$ 80.000,00. Deve-se estabelecer um sistema de cota de até 25%.

c. Nos contratos em geral, os contratados celebrem subcontratações somente com microempresa ou empresa de pequeno porte.

Hipóteses de contratação direta: situações em que a Administração Pública poderá realizar a contração de bens ou serviços sem a realização do procedimento licitatório:

- Dispensa de licitação "contratação direta"
- Inexigibilidade de licitação "contratação direta"

São hipóteses em que a contração não depende de prévio procedimento licitatório.

Dispensa de Licitação	Inexigibilidade de Licitação
A competição seria possível, mas a lei taxativamente dispensa o procedimento licitatório. -Só há dispensa de licitação nas hipóteses previstas nosarts. 17 e 24 (rol taxativo).	Art. 25 da Lei 8.666–é inexigível a licitação quando for inviável competir. Exemplo: só tem um fornecedor daquele produto ou serviço.

O ponto comum entre as referidas hipóteses é que em ambas as situações o procedimento licitatório prévio não ocorrerá para a contratação.

Inexigibilidade de Licitação

A inexigibilidade está regulamentada no art. 25 da lei 8.666/93 que estabelece, em princípio que, sempre que a competição for impossível, a licitação será inexigível.

→Decorre da <u>inviabilidade do procedimento</u> <u>licitatório</u>.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

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

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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.

Obs.1: O rol constante do art. 25 de situações de licitação inviável é meramente exemplificativo, pois mesmo que a situação não esteja prevista em uma das hipóteses do referido dispositivo legal, ela poderá tornar-se inexigível (inviável a competição do caso concreto).

Corroborando ao exposto, preleciona Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016, p. 475): "*As hipóteses dispostas na lei não são taxativas, mas meramente exemplificativas. Mesmo que a circunstância não esteja disposta expressamente no texto legal, a licitação será inexigível quando for inviável a realização de competição entre interessados*".

Pressupostos da Licitação

Lógico → pluralidade de bens e pluralidade de fornecedores dos bens. Se o bem for de natureza singular, restará ausente o pressuposto lógico, bem como, na hipótese de possuir apenas um fornecedor. É portanto necessário (e pressuposto lógico) da licitação:

a. Pluralidade de bens;

b. Pluralidade de fornecedores.

Obs.1: Se houver apenas um fabricante, porém com pluralidade de fornecedores, não há que se falar em inviabilidade do procedimento licitatório. A pluralidade exigida é dos fornecedores, de modo que a singularidade do fabricante não torna o procedimento de licitação inviável.

- Pluralidade de FORNECEDORES!

Fático → generalidade da contratação. Diante de causas específicas não é possível a contratação do procedimento licitatório.

Segundo Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016, p. 476): O pressuposto fático "*trata-se da desnecessidade de contratação específica. Ou seja, o Poder Público deve satisfazer as suas necessidades com*

qualquer produto ou serviço presente no mercado, não dependendo de um bem ou serviço específico. Nos casos em que há necessidade de contratação específica, a licitação será inexigível. Pode-se citar o seguinte exemplo. O Estado precisa contratar o melhor tributarista do Brasil para defendê-lo em uma demanda que envolve milhões de reais. Não seria possível fazer isso para qualquer causa".

Jurídico → trata-se do interesse público. O procedimento licitatório existe justamente para atender o interesse da coletividade. Assim, se a licitação for contrária ao interesse público, ela não é possível.

Diante do exposto, cumpre observamos que diante da ausência de qualquer dos pressupostos a competição, acima apresentados será inviável o procedimento licitatório sendo consequentemente inexigível.

Obs.1: A lei estabelece que é vedado a inexigibilidade de licitação para serviços de divulgação e de publicidade – não são considerados serviços técnicos especializados de modo a justificar a contratação direta.

Art. 25 – II. para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

Dispensa de licitação

Diferentemente da inexigibilidade de licitação, na dispensa o procedimento licitatório era possível, porém por opção do legislador a licitação será dispensada.

Ademais, o rol que contempla as hipóteses de dispensa (arts. 17 e 24, da Lei 8.666) é exaustivo.

Nesse sentido, disciplina Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016, p. 476): *Nas situações de dispensa, o Poder Público encontra-se diante de situação em que é plenamente possível a realização do procedimento licitatório mediante a competição, no entanto, a lei dispõe que é desnecessária a execução do certame. Somente a lei de licitações pode definir as hipóteses de dispensa, não podendo haver definição de novas hipóteses por atos administrativos específicos ou decretos*.

Obs.1: As hipóteses de dispensa estão previstas em um rol taxativo em virtude disso é que sugere-se uma leitura atenciosa dos dispositivos legais (arts. 17 e 24 da Lei 8.666).

Hipóteses de situação de dispensa

a) **Dispensa em razão do valor:** para contratações de até 10% do valor do convite.

Obras – até R$ 33.000,00.

Bens e Serviços – até R$ 17.600,00.

Exceção: empresas públicas, sociedades de econômica mista, consórcios públicos e agencias executivas tem dispensa em dobro (2X) o valor da contratação do convite. Até 20% do valor do convite.

Art. 24. § 1º. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo **serão 20% (vinte por cento)** para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

→**Contratos de até 10% do valor do convite** (até R$ 17.600,00 mil reais para contratação de bens e serviços / para obras e serviços de engenharia de até 33 mil reais).

Algumas entidades (**EP, SEM, Agências Executivas, Consórcios Públicos**) possuem dispensa em dobro, ou seja, **até 20% do convite**.

b) Guerra ou situação grave perturbação da ordem;

c) Situações de urgência (contratação emergencial): desde que sejam os contratos diretamente vinculados a situação e urgência, e não ultrapassem 180 dias.

→A contratação direta por incidência da situação de emergência ocorrerá em contratos diretamente **vinculados à situação** quando o contrato **dure no máximo 180 dias**, sem prorrogação.

→A **situação de urgência não pode ter sido causada pela própria administração pública**. A situação deve decorrer de uma **situação alheia à vontade das partes ou do descumprimento do contrato pelo próprio contratado**.

Exemplo: Um hospital pega fogo e para ele ser reconstruído demoraria um ano, não sendo cabível a dispensa. É decidido que o contrato para reconstruir o CTI e o Pronto-Socorro demoraria menos de 180 dias para ser cumprido. É permitido a dispensa? Sim, pois há definição do que é realmente urgente.

Aqui não há fraude.);

d) Licitação "deserta": 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.

Obs.1: A licitação deserta não pode ser confundida com a licitação fracassada.

Licitação Deserta	Licitação Fracasada
Não aparecerem interessados.	Os licitantes aparecem, porém são todos inabilitados ou desclassificados.
A licitação será dispensada.	Consequência: Novo procedimento licitatório é feito.
-Hipótese de dispensa.	Exceção: Ar. 24, VII.*

e) **Para os contratos com as organizações sociais**: Art. 24 - 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.

→Para que essas entidades celebrem contratos de prestação de serviços com terceiros, a realização do procedimento licitatório é dispensável, conforme entendimento legal. Ressalte-se que a constitucionalidade deste dispositivo vem sendo alvo de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 1923. Em 2007, foi negada a concessão da medida cautelar.

MUITA ATENÇÃO AGORA!

A Lei nº 13.500/2017, que tem como objetivo principal dispor sobre o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) **trouxe uma nova hipótese de dispensa de licitação**, incluindo um novo inciso ao art. 24 da Lei nº 8.666/93.

#MOMENTODIZERODIREITO #MARCINHOEXPLICA

Nova hipótese de dispensa de licitação (novo inciso XXXV do art. 24)

No art. 24 da Lei nº 8.666/93 existem diversos incisos que espelham situações nas quais o administrador pode ou não realizar a licitação. Esse rol de situações do art. 24 é taxativo (exaustivo), ou seja, somente são dispensáveis as hipóteses expressamente previstas ali.

O que fez a Lei nº 13.500/2017? A Lei nº 13.500/2017 acrescentou mais um inciso ao art. 24, criando uma nova hipótese de licitação dispensável. Veja:

Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.

Alteração no art. 26, parágrafo único

Como foi acrescentada uma nova hipótese de licitação dispensável, a Lei nº 13.500/2017 também precisou alterar a redação do inciso I do parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93 exigindo que o processo formal de dispensa demonstre qual é o "grave e iminente risco à segurança pública" que autoriza a contratação direta. Compare:

Redação anterior	Redação dada pela Lei 13.500/2017
Art. 26 (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;	Art. 26. (...) Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

Mão-de-obra oriunda do sistema prisional

A fim de estimular a contratação de ex-detentos, a Lei nº 13.500/2017 acrescentou um novo dispositivo à Lei nº 8.666/93 prevendo que a Administração Pública poderá exigir que as empresas contratadas pelo Poder Público tenham um mínimo de funcionários que sejam oriundos do sistema prisional. Veja:

Art. 40. (...) § 5º A Administração Pública poderá, nos editais de licitação para a contratação de serviços, exigir da contratada que um percentual mínimo de sua mão de obra seja oriundo ou egresso do sistema prisional, com a finalidade de ressocialização do reeducando, na forma estabelecida em regulamento.

Bem, estas foram as alterações da Lei nº 13.500/2017 sobre a Lei de Licitações. Como eu disse, existem outras mudanças relacionadas com a Lei do FUNPEN. Se você trabalha como esta matéria, vale a pena ler a íntegra da nova Lei.

- Procedimento Administrativo de Justificação

Seja nos contratos por meio de dispensa ou por inexigibilidade não é o modo mais adequado falarmos que é hipótese de contratação direta propriamente dita, isto porque ao art. 26 da Lei 8.666 declina ser necessário um procedimento administrativo de "justificação".

Nesse sentido, argumenta Matheus Carvalho "deve haver um processo de justificação embasando fundamentalmente a dispensa e a inexigibilidade e depois disso é enviado para ratificação pela autoridade do órgão".

Deve-se demonstrar a razão concreta da contratação direta, apresentando a situação de inexigibilidade ou dispensa previstas na Lei.

Deve-se ainda justificar a razão da escolha do contratante “A” ou “B”.

Justificativa de preço: demonstrar que o preço contratado está dentro do “preço de mercado”.

Assim, não obstante a doutrina regulamente as hipóteses de dispensa e inexigibilidade como situações de contratação direta do Poder Público, a realização de processo administrativo para justificativa da dispensa é imperativa.

A autoridade máxima do órgão irá proceder com a ratificação direta.

A regra é a exigência do procedimento licitatório para as contratações, porém, nas hipóteses

excepcionais estudadas será admitida a “contratação direta”. Desse modo, em sendo medida de cunho excepcional, torna-se necessário a observância de determinadas exigências ainda, tais como, o procedimento de justificação.

Dos Informativos: Licitação

2017

Proibição do art. 9º, III, da Lei 8.666/93 permanece mesmo que o servidor esteja licenciado

Se um servidor público for sócio ou funcionário de uma empresa, ela não poderá participar de licitações realizadas pelo órgão ou entidade ao qual estiver vinculado este servidor público (art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93). O fato de o servidor estar licenciado do cargo não afasta a referida proibição, considerando que, mesmo de licença, ele não deixa possuir vínculo com a Administração Pública. Assim, o fato de o servidor estar licenciado não afasta o entendimento segundo o qual não pode participar de procedimento licitatório a empresa que possuir em seu quadro de pessoal servidor ou dirigente do órgão contratante ou responsável pela licitação. STJ. 2ª Turma. REsp 1.607.715-AL, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 7/3/2017 (Info 602).

2016

Viola a competência privativa da União lei estadual que exija nova certidão negativa não prevista na Lei 8.666/93

É inconstitucional lei estadual que exija Certidão negativa de Violação aos Direitos do Consumidor dos interessados em participar de licitações e em celebrar contratos com órgãos e entidades estaduais. Esta lei é inconstitucional porque compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos (art. 22, XXVII, da CF/88). STF. Plenário. ADI 3.735/MS, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 8/9/2016 (Info 838).

2015

Preferência por “softwares” livres

O Governo do Rio Grande do Sul editou uma lei estadual determinando que a administração pública do Estado, assim como os órgãos autônomos e empresas sob o controle do Estado utilizarão preferencialmente em seus sistemas e equipamentos de informática programas abertos, livres de restrições proprietárias quanto à sua cessão, alteração e distribuição ("softwares" livres). Determinado partido político ajuizou uma ADI contra essa lei afirmando que ela teria inconstitucionalidades materiais e formais. O STF julgou improcedente a ADI e afirmou que a lei é constitucional. A preferência pelo "software" livre, longe de afrontar os princípios constitucionais da impessoalidade, da eficiência e da economicidade, promove e prestigia esses postulados, além de viabilizar a autonomia tecnológica do País. Não houve violação à competência da União para legislar sobre licitações e contratos porque a competência da União para legislar sobre licitações e contratos fica restrita às normas gerais, podendo os Estados complementar as normas gerais federais. A referida lei também não viola o art. 61, II, "b", da CF/88 porque a competência para legislar sobre "licitação" não é de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo, podendo ser apresentada por um parlamentar, como foi o caso dessa lei. STF. Plenário. ADI 3059/RS, rel. orig. Min. Ayres Britto, red. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 9/4/2015 (Info 780).

2014

Termo inicial da punição prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002 (Lei do Pregão)

O pregão é uma modalidade de licitação disciplinada pela Lei 10.520/2002. O art. 7º da Lei prevê que o licitante que for convocado dentro do prazo de validade de sua proposta e não celebrar o contrato, deixar de entregar a documentação, apresentar documentação falsa, retardar a execução do que contratado, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de até 5 anos. Esse prazo de 5 anos (ou menos) de punição começa a ser contado quando? Inicia-se com a publicação da decisão no Diário Oficial ou somente no dia em que é feito o registro negativo sobre a empresa no SICAF? Isso é importante porque a inserção dessa informação no SICAF pode demorar um tempo para acontecer. Qual é, portanto, o termo inicial da sanção? A data da publicação no Diário Oficial. O termo inicial para efeito de contagem e detração (abatimento) da penalidade prevista no art. 7º da Lei 10.520/2002, aplicada por órgão federal, coincide com a data em que foi publicada a decisão administrativa no Diário Oficial da União — e não com a do registro no SICAF. STJ. 1ª Seção. MS 20.784-DF, Rel. Min. Sérgio Kukina, Rel. para acórdão Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 9/4/2014 (Info 561).

2013

Experiência anterior em obra de engenharia similar

O edital da licitação poderá exigir que a empresa a ser contratada tenha, em seu acervo técnico, um profissional que já tenha conduzido serviço de engenharia similar àquele previsto para a licitação. Além disso, o edital também poderá exigir que a própria empresa já tenha atuado em serviço similar. STJ. 2ª Turma. RMS 39.883-MT, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17/12/2013 (Info 533).

Recurso julgado por autoridade incompetente e homologação por autoridade competente

Não deve ser reconhecida a nulidade em processo licitatório na hipótese em que, a despeito de recurso administrativo ter sido julgado por autoridade incompetente, tenha havido a posterior homologação de todo o

certame pela autoridade competente. STJ. 2ª Turma. REsp 1.348.472-RS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 21/5/2013 (Info 524).

Dispensa de licitação para realização de concurso e instituição que ficaria com o valor das inscrições

O art. 24, II da Lei nº 8.666/93 prevê que o administrador público não precisa fazer licitação se for para contratar compras ou serviços (que não sejam de engenharia) que não ultrapassem 8 mil reais. Se a Administração Pública contrata uma empresa privada para organizar um concurso e esse contrato prevê que a empresa receberá 5 mil reais e mais o dinheiro arrecadado com as inscrições dos candidatos, esta situação não se enquadra no art. 24, II da Lei. Ainda que os valores recolhidos como taxa de inscrição não sejam públicos, a adequada destinação deles é de interesse público primário. Mesmo que a contratação direta de banca realizadora de concurso sem licitação não afete o interesse público secundário (direitos patrimoniais da Administração Pública), é contrária ao interesse público primário, pois a destinação de elevado montante de recursos à empresa privada ocorrerá sem o processo competitivo, violando, dessa maneira, o princípio da isonomia. STJ. 2ª Turma. REsp 1.356.260-SC, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 7/2/2013 (Info 516).

2012

Competência para legislar sobre licitação

A União detém competência para legislar sobre as normas gerais de licitação, podendo os Estados e Municípios legislar sobre o tema para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. Assim, lei municipal pode proibir que os agentes políticos do município (e seus parentes) mantenham contrato com o Poder Público municipal. STF. 2ª Turma. RE 423560/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 29/5/2012 (Info 668).

A Lei de Licitações não exige, para a realização da licitação, que haja disponibilidade financeira, mas apenas a previsão dos recursos

A Lei nº 8.666/93 prevê o seguinte: "Art. 7º (...) § 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: III — houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;" Para que seja atendido o inciso III do § 2º do art. 7º da Lei de Licitações, não se exige a disponibilidade financeira, mas tão somente que haja previsão destes recursos na Lei Orçamentária. STJ. 2ª Turma. REsp 1.141.021-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/8/2012 (Info 502).

Conteúdo 07: Contratos Administrativos

Nem todo contrato celebrado pela Administração é considerado contrato Administrativo. Assim, os contratos da Administração diferenciam-se dos contratos administrativos.

Contrato administrativo: É aquele celebrado pela Administração Pública regido pelo Direito Público (Regido primordialmente pela Lei 8.666/93 – aplicação subsidiária das normas de Direito Privado). São exemplos de contrato administrativo os contratos de concessão, os contratos de gestão etc.

Contrato da administração: É todo contrato celebrado pela Administração Pública. Apesar de também ter a Administração Pública como parte, é regido pelo Direito Privado, do qual podemos citar como exemplo o contrato de locação de imóvel de propriedade particular.

Atenção!!! O simples fato da Administração Pública configurar em um dos polos de um contrato **não o caracteriza como um contrato administrativo.** Os **contratos civis**, aqueles regidos pelo direito privado, **se submetem as limitações** do direito público. As garantias e prerrogativas só se submetem aos contratos administrativos.

Os contratos estudados pelo direito administrativo são aqueles de **direito público**, com todas as **garantias e limitações dadas ao poder público.**

Características básicas dos Contratos Administrativos

→ Consensual: o contrato está perfeito e acabado com o simples consenso entre as partes. Simples manifestação de vontade das partes.

→ Contrato consensual **se perfecciona com o simples consenso das partes**, a entrega da coisa é uma mera consequência do contrato;

→ Formal: pois sua forma definida em lei é indispensável para a validade do contrato. Esta regulamentada na lei 8666/93, art.55 e sua não observância dão ao contrato vício de forma, o chamado Termo de Contrato ou instrumento de contrato.

A validade do contrato depende da observância da formalidade do contrato.

O art. 55, da Lei 8.66 estabelece as cláusulas necessárias do contrato para que seja considerado válido.

Termo de Contrato ou Instrumento de Contrato

O termo de contrato ou instrumento de contrato é o meio, determinado por lei, para formalização do contrato e, para que o acordo seja válido, deve conter o objeto e seus elementos característicos, o regime de execução ou a forma de fornecimento, o preço e as condições de pagamento, assim como os critérios e periodicidade do reajuste de preços e as regras de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento (Matheus Carvalho, Manual de D. Administrativo, 2016).

Obs.1: o instrumento de contrato é dispensado em algumas situações.

→A lei diz que o instrumento de contrato só é obrigatório quando o seu valor exigir licitação na modalidade concorrência ou tomada de preço. Para contratos de valores mais baixos, pode ser dispensado o instrumento de contrato. O valor do contrato é que exige o instrumento de contrato.

Vide art. 62, da Lei 8.666

Pode ser substituído, por exemplo, pela carta contrato.

Para as contrações de valores mais baixas, o instrumento de contrato não é necessário, podendo ser substituído por uma documentação mais simples.

→Comutativo: Direitos e obrigações são recíprocos entre as partes, sendo previamente definidos no contrato.

Possuem **direitos e obrigações prédeterminadas**.

→De Adesão: as cláusulas são previamente definidas no contrato, não admitindo rediscussão das cláusulas dispostas no contrato.

→Escritos: os contratos são escritos, seja por meio do instrumento de contrato ou por documentação mais simples.

*Contrato verbal

É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal celebrado com a Administração Pública. Exceção →quando se tratar de pequena compra no valor de até 5% do valor do convite, desde que seja compra de pronta entrega e pronto pagamento.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho:

ATENÇÃO

Excepcionalmente, admite-se contrato verbal, nas compras que não ultrapassam 5% do valor máximo definido para a licitação na modalidade convite- ou seja, 4 mil reais- desde que se trate de compra de pronta entrega e pronto pagamento, feitas em regime de adiantamento. Isso significa que este contrato não gera nenhuma espécie de obrigação futura (art. 60, parágrafo único da lei 8.666/93).

- Publicação

Um dos requisitos para que o contrato administrativo possa ser eficaz é a sua publicação.

183

Nesse sentido, a lei dispõe que "publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor".

A publicação não é do contrato propriamente, mas um RESUMO.

→**É obrigatória a publicação dos contratos** administrativos. É um **requisito de eficácia**. A lei estabelece **que até o 5º dia útil do mês seguinte** ao da celebração do contrato a AP deve **providenciar a publicação** do contrato. Após disso há prazo de **20 dias corridos para que a publicação aconteça de fato**.

Prazo para que a Administração providencie a publicação: Até o 5º dia útil;

Prazo para que a publicação realmente acontece: 20 dias.

A publicação não é requisito de validade, mas de eficácia.

Exemplo: imagine que a administração pública celebrou contrato de 500 mil reais, com procedimento regular, instrumento de contrato correto, só que não publica. É valido? Sim, só não é eficaz!

- Regime Jurídico Administrativo (prerrogativas x limitações: Cláusulas exorbitantes)

Os contratos administrativos são regidos pelo regime jurídico administrativo, o que significa que aplicam-se aos referidos todas as prerrogativas e limitações do Estado.

As prerrogativas manifestam-se, principalmente, por meio das chamadas "cláusulas exorbitantes".

As cláusulas exorbitantes são aquelas que extrapolam as regras e características dos contratos em geral, pois apresentam vantagem excessiva à Administração Pública. Decorrem da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e colocam o Estado em posição de superioridade jurídica na avença. Estas cláusulas são designadas como exorbitantes, haja vista o fato de que sua previsão *em* contratos privados ensejaria a nulidade contratual. Com efeito, seria leonina e abusiva a cláusula contratual privada que permitisse a uma das

partes rescindir o contrato ou alterá-lo unilateralmente, *sem* a necessidade de oitiva da outra parte. (Matheus Carvalho, Manual de D. Administrativo, 2016).

As referidas cláusulas não dependem de previsão expressa no contrato, posto que encontram-se implicitamente previstos nos referidos.

→ Não precisam estar previstas **no contrato, elas** estão implícitas em todos os contratos administrativos **decorrentes diretamente de lei.**

São elas – **cláusulas exorbitantes:**

1) **Alteração unilateral do contrato**;

(respeitado o objeto do contrato);

A alteração poderá ser feita quanto:

Quanto ao **projeto** Quanto ao **valo**r, aumentando **originário**; ou diminuindo.

Tem limite expresso na lei de até 25% para mais ou para menos. A alteração acima de 25% é permitida, mas deverão ser bilaterais. Com exceção aos **contratos de reformas em que as alterações para mais podem chegar até 50% a diminuição continua em 25%**.

A alteração no contrato, para garantir o equilíbrio econômico financeiro, deve observar a margem de lucro do particular.

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho (2016) "*Independentemente do motivo que enseje a alteração contratual, esta alteração encontra uma barreira que não pode ser ultrapassada pelo Estado, qual seja, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ou seja, o particular tem a garantia de que, haja o que houver, será mantida pelo ente estatal a margem de lucro contratada. Repita-se, a margem de lucro inicialmente contratada jamais poderá ser alterada pela Administração Pública de forma unilateral. Ou seja, o particular tem a garantia de que não terá prejuízo, nem redução no lucro inicialmente previsto quando da celebração do acordo*".

A única garantia do particular no contrato administrativo é que a magia de lucro não seja alterada.

A supressão unilateral, por sua vez, deve observar o limite de 25%.

Exemplo: A Administração Pública contrata uma empresa para recapeamento asfáltico de uma via. O contrato foi o seguinte: serão recapeados 1000 km de estrada e por 100 km se cobra 100 mil reais. Depois do contrato celebrado a Administração Pública por motivo de interesse público devidamente justificado diz que é necessário uma ampliação do contrato para 1.200 km de estrada. Pode fazer isso? Sim, mesmo que o particular não concorde. O valor sobe

para 120mil reais? Sim. E se a Administração Pública precisa suprimir o contrato para somente 800 km, pode? Sim. O valor cai para 80 mil? Sim. Cumpre recordar apenas que no caso de supressão, deve-se respeitar o limite de 25%.

Para além dos 25%, exige-se a concordância do particular.

*Indenização

Na eventual hipótese do particular já ter adquirido todos os materiais necessários a execução da obra ou serviço, será o referido indenizado pela Administração Pública, senão vejamos:

A lei 8.666/93, em seu art. 65, §4° dispõe que "*No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados*".

*Indenização no valor da nota fiscal: material excedente.

2) Rescisão Unilateral

O poder pública pode, unilateralmente, rescindir o contrato administrativo, sendo desnecessário a concordância do particular, bem como, a propositura de ação judicial para rescisão do referido contrato.

Corroborando ao exposto, preleciona Matheus Carvalho:

> A rescisão unilateral é prerrogativa dada ao ente público contratante de por fim à avença, independentemente, de consentimento do particular e sem depender de decisão judicial (art.77 e seguintes da lei 8666/93). Dessa forma, o contrato poderá ser extinto antes do prazo previamente estipulado no acordo.
>
> Pode se dar em razão do:
>
> - inadimplemento do particular.
>
> - interesse público devidamente justificado.

2.1 Inadimplemento do particular contratado: total ou parcial

Além de rescindir o contrato, a Administração Pública poderá aplicar penalidades e indenizações sofridas pelo Poder Público.

Depende do respeito ao contraditório, ainda que na esfera administrativa. A rescisão unilateral depende da garantia do contraditório e da ampla defesa. 2.2 Por motivo de interesse público

Em não sendo causada pelo particular, o referido poderá ser indenizado ao mesmo nos prejuízos que sofrer.

Assim:

No caso de rescisão motivada por razões de interesse público, a administração deve indenizar o particular se houver dano, bem como indenizar os investimentos não amortizados do contratado, em razão da extinção antecipada do acordo. A lei 8.666/93 dispõe que, além do ressarcimento dos prejuízos comprovados, o particular contratado terá direito à devolução da garantia prestada aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e ao pagamento do custo da desmobilização.

Obs.: **Caducidade e Encampação | Rescisão unilateral do contrato de concessão**

-Rescisão do contrato de concessão de serviço público:**caducidade**–quando é causado pelo inadimplemento	-Rescisão do contrato de concessão de serviço público:**Encampação**–quando é causado por motivo de interesse público.

IMPORTANTE

Nos contratos de Contratos de concessão de serviços públicos (regulamentados pela Lei 8987/95), a rescisão unilateral ocorre, nas mesmas hipóteses acima definidas, mas recebe nomenclaturas específicas, muito correntes em provas objetivas de concursos:

- rescisão por inadimplemento do particular → **caducidade**
- rescisão por motivo de interesse público → **encampação.**

***ADMINISTRAÇÃO INADIMPLENTE**

Não se deve confundir a denominada "*Exceptio non adimpleti contractus*": exceção de contrato não cumprido, com a "possibilidade" do particular rescindir o contrato por ocasião do inadimplemento da Administração Pública.

Vamos relembrar!

A rescisão dos contratos administrativos pelo particular, motivada por inadimplemento do poder público, depende de decisão judicial. A aplicação da *exceptio non adimplenti contractus* enseja somente a paralisação das atividades do particular, não ensejando a extinção da avença firmada com a Administração.

A rescisão do contrato pelo particular sob o argumento de inadimplência da só pode acontecer por meio de decisão judicial!

3) Fiscalização e Controle

A lei 8.666/93, em seu art. 67, determina que *"a execução do contrato deverá ser acompanhada e focalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição".*

A Administração Pública tem o poder-dever de fiscalizar a atividade de execução da obra.

O poder-dever de fiscalização decorre também da responsabilidade que possui o Poder Público, na eventual hipótese de ocorrência de algum dano.

Nesse sentido, discorre Matheus Carvalho "*trata-se de poder-dever da administração pública, haja vista que comprovada a ausência de fiscalização, o Estado poderá responder por omissão, por eventuais danos causados pela empresa*".

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

Obs.1: Art.71, §1º, 8.666: a Administração Pública não responde pelos débitos trabalhistas, civis e comerciais das empresas por ela contratada.

Art. 71. § 1º. A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

Destaca-se que, por meio da ADC n.16 de 2010, o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o artigo 71, § 1° da lei 8666/93, excluindo a responsabilidade subsidiária do Estado pelos débitos trabalhistas da empresa.

- Súmula 331, TST: responderá pelos débitos se houver culpa, a chamada "culpa da administração", no sentido de que a Administração foi descumpridora do seu dever.

Assim, tem responsabilidade subsidiária.

Assim → se o não pagamento aos empregados não for fiscalizado pelo ente público, daí surge a responsabilidade por omissão.

4) Ocupação temporária

A **ocupação temporária** ocorre quando Estado durante o contrato ocupa os bens da concessionária para garantir a continuidade do serviço.

5) Aplicação de Penalidades

O art. 58, IV, da lei 8.666/93, define também como cláusula exorbitante, o poder de aplicar penalidades aos particulares contratados em decorrência de descumprimento do acordo, ainda que se trate de inexecução parcial.

Obs.1: os critérios de definição de penas devem constar do contrato. Em relação a aplicação de penalidades tem que haver cláusula contratual definindo os parâmetros da pena.

5.1 Advertência: é a mais leve de todas as penalidades aplicada ao particular contratado.

5.2 Multa: trata-se de pena pecuniária e não se confunde com o ressarcimento ao erário.

188

"*Trata-se de penalidade pecuniária e deve ter previsão de valor definida no bojo do acordo firmado. Assim, como as demais penalidades, a multa deve ser aplicada após regular processo administrativo e poderá ser descontada da garantia do respectivo contratado*".

A multa pode ainda ser aplicada isoladamente ou cumulativamente, com as demais penalidades.

5.3 Suspensão de contratar com o poder público | participar de procedimentos licitatórios por um período de até dois anos;

5.4 Declaração de inidoneidade (prazo de até dois anos).

A declaração em comento enseja proibição de 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 que, também, não pode ultrapassar dois anos.

No tocante as consequências, a declaração de inidoneidade é mais ampla do que as consequências da suspensão.

Diferenças entre as penalidades de "suspensão de contratar com o poder público" e "declaração de inidoneidade"

Suspensão de contratar

→ atinge apenas o ente federativo que aplicou a pena, incluindo todas as entidades daquele ente federativo, ou seja, abrangendo os entes da Administração Direta e Indireta da esfera de poder daquela entidade. Dessa forma, suponha que o Estado X tenha aplicado tal penalidade à empresa V. Durante o prazo da suspensão, a empresa sancionada não deverá participar de licitações ou celebrar contratos com nenhuma das entidades da Administração Direta ou Indireta do Estado X, incluindo as suas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, poderá celebrar contratos cem outros entes da federação.

Declaração de idoneidade

→ atinge todos os entes da federação. A empresa declarada inidônea não poderá contratar com nenhuma entidade da Administração Pública direta ou indireta que quaisquer dos poderes da União, estados, municípios ou Distrito Federal.

*Reabilitação

Outrossim, importante ressaltar que, para que a empresa penalizada volte a ser idônea, deverá se reabilitar, por meio do ressarcimento ao erário pelos prejuízos causados. A declaração de inidoneidade, segundo a doutrina, só pode ser aplicada para infrações graves, que também estejam capituladas como crimes (ilícitos penais).

(Manual de D. Administrativo, 2016).

No campo do D. Administrativo, quando se tratar das penalidades aplicadas as pessoas jurídicas, por exemplo, proibição de contratar com o poder público, é possível a aplicação da chamada "desconsideração da pessoa jurídica", para fins de evitar que pessoas físicas através da criação de novas empresas fraude as penas aplicadas.

Obs.1: Exceptio Non Adimpleti Contractus

Art. 78. XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Obs.1: A penalidade de declaração de inidoneidade, só pode ser aplicada pelo ministro de Estado competente ou Secretário de Estado.

Obs.2: Não existe uma gradação entre primeiro ser advertido para somente a posterior ser suspenso.

Porém, deve-se observar a proporcionalidade na aplicação das penas.

- Garantia

O art. 55, VI, da lei 8.666/93 estabelece a exigência de garantia como cláusula necessária dos contratos administrativos e, nesse sentido, o art. 56 prevê a exigência da caução com o objetivo de garantir a plena execução do contrato.

Trata-se de uma prerrogativa decorrente da supremacia do interesse público: possibilidade que tem a Administração Pública de exigir uma garantia, nos moldes previstos no art. 56, da Lei 8.666.

→A administração pública pode exigir uma caução.

A garantia poderá ser de até 5% do valor do contrato. Em se tratando, porém de contratos com grandes riscos financeiros, de grande vulto (25x um milhão e meio) e de alta complexidade, é possível que a garantia chegue a 10% do valor do contrato.

Assim:

Obs.: Garantia e Entrega de bens públicos

Em relação ao valor da garantia contratual, a legislação ainda dispõe que, em caso de contratos que importem na entrega de bens pela

Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Ao término do contrato, verificado o:

Inadimplemento do particular → "se causar prejuízos": ensejará a possibilidade da execução da garantia.

- A garantia funcionará como "mínimo" indenizatório.

Caso o dano causado seja superior ao valor dado em garantia, a administração pública poderá executar a garantia e cobrar o remanescente.

Por outro lado:

Se houver a execução regular do contrato →devolve a garantia, e se prestada em dinheiro com correção.

Assim, contemplamos que, ao final do contrato administrativo, duas situações são possíveis:

A forma de prestação da garantia é o particular, e o administrador fixa o valor da garantia.

Assim, a garantia poderá ser prestada em:

- Dinheiro;
- Títulos da dívida pública;
- Fiança bancária; ✓ Seguro garantia.

→A forma de prestação da garantia é opção do particular. A administração pública define o valor.

Obs.1: Embora a legislação não especifique a garantia como espécie de cláusula exorbitante, algumas bancas de concurso a classifica como tal – garantia dentre as cláusulas exorbitantes.

É possível aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos contratos administrativos? "Em defesa do Estado"?

Entende-se não ser possível a aplicação do CDC, posto que o Estado não é o destinatário final, ao adquirir bens e serviços.

Além disso, uma das características do consumidor é a hipossuficiência, e o Estado não pode ser visto como tal.

A Administração Pública além de não atuar em grau de inferioridade (hipossufiência) face ao particular, ele atua em grau de superioridade em face do particular – prerrogativas (os contratos administrativos possuem cláusulas exorbitantes).

No direito comparado, tem-se admitido a aplicação do CDC nas relações contratuais da Administração

Pública. Argumenta-se, por mais que a

Administração Pública possua superioridade, ela é poderá ter hipossuficiência técnica, por exemplo. No mais, referente a ser destinatário final, os contratos são efetuados objetivando atender as necessidades da sociedade, sendo essa, o verdadeiro destinatário final.

→ No âmbito nacional não encontra ainda amparo para a aplicação do CDC nos contratos administrativos.

Restrições dos Contratos Administrativos

Subcontratação nos contratos administrativos

Na subcontratação formam-se duas relações jurídicas.

Em princípio, não se pode admitir a subcontratação pura e simples dos contratos administrativos, posto que consistiria em verdadeiro instrumento de fraude do procedimento licitatório. Não se pode admitir que o objeto do contrato recaia sobre alguém que sequer participou da licitação, ou ainda, embora tenha participado, não foi a parte vencedora no procedimento.

Nesse sentido, discorre Matheus Carvalho (2016) "*se houver a subcontratação do objeto integral do contrato, resta clara a fraude ao procedimento licitatório. De fato, o subcontratado não se sagrou vencedor no certame e, em virtude disto, não tem legitimidade para executar o objeto do contrato administrativo. Pensar de forma diferente ensejaria a possibilidade de constituição de entidades "laranjas" que participariam da licitação para, posteriormente, realizar a subcontratação, transferindo o objeto do contrato a quem lhe interessasse*".

A lei, por sua vez, admite hipóteses taxativas da subcontratação, ou seja, determinadas situações em que se admite a subcontratação.

- ➔ Parte do contrato pode ser objeto de subcontratação; Parcial;

- ➔ Deve haver previsão no edital e no contrato;
- ➔ Deve haver autorização do Poder Público.

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais,

PODERÁ SUBCONTRATAR "PARTES" da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

Desse modo, contemplamos que a subcontratação deve ser parcial "em partes".

Duração

Todos os contratos administrativos tem prazo determinado. Trata-se de uma das cláusulas necessárias dos contratos administrativos.

Nessa linha, ensina Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016, p.537): "*todo contrato deve ter prazo de vigência predefinido no Edital e no próprio instrumento de contrato, estabelecendo a lei, expressamente, que são vedados contratos administrativos por prazo indeterminado*".

Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (...).

Destaca-se que, todo contrato administrativo deve ter prazo de vigência no máximo "o prazo de vigência do crédito orçamentário" = prazo máximo de um ano.

A própria lei contempla algumas exceções:

a) Projetos contemplados na Lei do Plano Plurianual

A lei do PPA estabelece, de forma regionalizada, todas as diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública que extrapolem um exercício, tendo a lei vigência de quatro anos, não coincidentes com a legislatura. De fato, a lei define as despesas de capital e outras dela decorrentes, contemplando as despesas de caráter continuado, assim consideradas todas aquelas que ultrapassam o exercício financeiro.

Nesses casos, **o limite temporal do contrato é ampliado**, podendo a avença ter duração de até quatro anos, para cumprimento das metas e execução de seu objeto.

b) Celebração de contrato de serviços a serem executados de forma continuada

Os contratos de serviços continuados admitem sucessivas prorrogações, podendo chegar ao máximo de 60 meses.

"*Para contratação de serviços de caráter continuado, a lei prevê a possibilidade de prorrogação contratual por iguais e sucessivos períodos, com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração Pública, desde que estas prorrogações se limitem ao prazo final máximo de sessenta meses*.".

*Exceção: o contrato, excepcionalmente, por motivo de interesse público, devidamente justificado, poderá ser prorrogado por até doze meses.

Nesse sentido, a legislação, art. 57, § 4º "*Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do caput deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses*".

c) Contratos de aluguel de equipamentos e programas de informática

→Até 48 meses.

Nos contratos de aluguel de equipamentos e programas de informática, a duração do prazo do contrato pode chegar até 48 (quarenta e oito) meses após o início da sua vigência.

d) Incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, da Lei 8.666

→Até cento e vinte meses.

Trata-se de contratos específicos em hipóteses de dispensa de licitação.

Nesses casos, os contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.

Obs.1: Existem **contratos que não geram despesas**, nesses contratos não há vinculação com o crédito orçamentário.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho (2016) "*Os contratos administrativos que não geram despesas à Administração Pública não precisam estar previstos na lei orçamentária, logo, não precisam respeitar o limite de vigência definido, no art. 57, da Lei 8.666, que condiciona a vigência à adequação orçamentária*".

Ressalta-se, porém que não significa que terão prazo indeterminados, posto que todos os contratos administrativos não possam ser celebrados por prazos indeterminados, apenas terão prazos mais longos.

→IMPORTANTE!

Não existe contrato administrativo por prazo indeterminado.

Em síntese: não precisam respeitar o prazo previsto no art. 57, da Lei 8.666, porém não são por prazo indeterminado, trata-se de contratos com prazos mais alongados.

→Os contratos que não vincula recursos orçamentários não precisam respeitar o prazo de vigência do art. 57, da Lei 8.666.

Em verdade, os prazos mais longos dessa espécie de contrato decorre da própria natureza deste, posto que é necessário um maior lapso temporal para que a empresa que investiu, possa amortizar os investimentos que fora feito para prestar (explorar) aquele serviço.

*Contratos realizados com as PPP (Parceria Público Privado)

Prazo de vigência que é de no mínimo 5 anos e no máximo 35 anos.

Prorrogação

Respeitados os prazos de vigência do contrato administrativo, é possível a prorrogação dos referidos.

A prorrogação deve ser EXPRESSA (não existe prorrogação tácita) – os contratos administrativos são prorrogados expressamente.

Além disso, o contrato só pode ser prorrogado se estiver vigente. Se prorroga o contrato que está prestes a vencer, aquele que já terminou o prazo de vigência não admite prorrogação.

Assim: a VIGÊNCIA é um pressuposto da prorrogação do contrato administrativo.

A prorrogação dependerá ainda de PREVISÃO no edital e no contrato.

Por fim, deve a Administração Pública apresentar JUSTIFICATIVA no sentido de demonstrar que é mais vantajoso para a administração pública a prorrogar o contrato ao invés de celebrar um novo contrato.

Equilíbrio Econômico-Finaceiro do Contrato

Pagamento da Administração ao contratado

Uma das garantias do particular é a

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro: a margem de lucro pactuada inicialmente no contrato não pode ser alterado. Constitui-se em garantia do particular a "manutenção da margem de lucro inicial do contrato administrativo".

Nesse sentido, objetivando assegurar o equilíbrio econômico-financeiro, a Administração Pública poderá fazer alguns pagamentos acessórios ao particular contratado:

- ➔ **correção monetária**: trata-se da atualização de lucro inicialmente acordada, mantendo o valor real do contrato.

- **reajuste de preços**: trata-se de reajuste em face do aumento ordinário e regular do curso dos insumos necessários ao cumprimento do acordo.
- **recomposição de preços**: quando o reajuste dos preços não consegue fazer face ao real aumento dos insumos, em virtude de situação excepcional, leiase, não previsto no contrato, a Administração Pública, como forma de reequilibrar o contrato, precisa fazer a recomposição de preços. Isso ocorre porque a previsão contratual de reajuste não foi suficiente para suprir a efetiva modificação nos cursos do contrato celebrado.

Na recomposição o desequilíbrio é maior do que estava sendo previsto, e o reajuste do preço não consegue fazer o ajuste conforme o real aumento.

Teorias da Imprevisão

As hipóteses supervenientes que afetam o contrato e não estão previstas são denominadas de "teorias da imprevisão"

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016, p. 534). "*Ocorre nos casos em que há uma situação fática não prevista quando da celebração do contrato, portanto imprevisível, que venha a alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, com reflexos em sua execução*".

Caso Fortuito e Forma Maior – são situações imprevisíveis, ou se previsíveis, são inevitáveis, por exemplo, incêndio, enchente. Nesse caso, é necessário a recomposição de preços.

Interferências imprevistas – são situações preexistentes à celebração do contrato, mas que só vem à tona durante a sua execução.

Situação preexistente ao contrato, mas que só se manifesta durante a execução do contrato, desequilibrando a execução do contrato.

Fato da administração – a Administração Pública atua enquanto contratante, por exemplo, quando deixa de fazer algo que lhe era atribuído para fins de viabilizar a execução do contrato. Refere-se a uma ação ou omissão da Administração Pública na condição de sujeito da relação do contrato. Conforme ensina Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016, p. 535): No fato da administração, "*o desequilíbrio contratual é causado por uma atuação específica da*

Administração que incide sobre o contrato e impede a sua execução".

Exemplo: Não desapropria o terreno no local em que a obra seria executada.

Fato do príncipe – o desequilíbrio contratual também é causado pelo poder público e, por esta atuação, haverá necessidade de recomposição do preço. Ocorre que, neste caso, há uma atuação extracontratual (geral e abstrata) do ente estatal que termina por atingir diretamente a relação contratual.

→No fato do príncipe, a atuação do Poder Público, nesse caso, é fora da relação contratual, porém incidirá seus efeitos de forma indireta no contrato.

Exemplo**:** um caso no qual a Administração Pública Federal contrata uma empresa para realizar o transporte de servidores e, em atuação subsequente, triplica a alíquota de determinado tributo que incide sobre o combustível, onerando a prestação do serviço pactuado. Ou ainda uma situação de determinado município que contrata empresa para realizar transporte público. Depois de formalizado o contrato, o município editou uma lei exigindo que fosse concedido passe livre para todas as pessoas de até 18 anos. Essa lei municipal é uma lei geral que atinge a todos, mas que interfere no contrato de transporte, desequilibrando-o. Será necessária a recomposição dos preços (ou revisão de preços) das tarifas ajustadas.

Obs.1: Tanto quando da incidência do fato da administração quanto do fato do príncipe, há necessidade de equilíbrio financeiro da relação contratual.

São situações de desequilíbrio que são causados pela própria Administração (fato da administração e fato do príncipe).

Extinção do Contrato Administrativo

Preliminarmente, cumpre destacar que o contrato administrativo poderá ser extinto de várias formas.

As hipóteses de extinção decorrem de lei ou da própria execução do contrato e são situações que dão fim à avença celebrada entre o poder público e o particular contratado.

- Formas de Extinção do Contrato

- ➔ Extinção natural;
- ➔ Irregularidade na celebração;
- ➔ Desaparecimento da pessoa contratada;
- ➔ Rescisão.

Passaremos ao estudo isolada de cada uma das formas,

a) Extinção Natural

A extinção natural do contrato decorre da conclusão do objeto (por exemplo, obra) ou advento do termo; ou ainda, em decorrência de anulação.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho (p. 545): *É a chamada "extinção natural" dos contratos administrativos e ocorre com a execução do objeto do contrato ou encerramento do seu prazo, sem que haja prorrogação. Portanto,*

estará extinto um contrato de execução de obra com o término e entrega definitiva da obra. Da mesma forma, está encerrado um contrato de prestação de um determinado serviço com o transcurso do prazo estipulado no instrumento contratual e no edital, sem que haja prorrogação para que se reinicie o acordo. Em casos de irregularidade na celebração do contrato, a extinção pode decorrer de anulação.

Os contratos que sofram vícios de ilegalidade serão anulados, possuindo efeito ex tunc (retroage), podendo ser feito tanto pela própria Administração Pública – princípio da autotutela quanto pelo Poder Judiciário.

Obs.1: Vícios decorrentes do procedimento licitatório induz vício no contrato administrativo.

Obs.2: ainda que o contrato seja viciado, os serviços prestados pelo contratado serão pagos. O particular deve receber a contraprestação do serviço realizado, e se de boa-fé, deverá ainda a administração pública indenizá-lo por todos os prejuízos causados, desde que não seja o particular o responsável da anulação do contrato.

ATENÇÃO! MESMO QUE O,CONTRATO SEJA NULO, O PARTICULAR CONTRATADO DEVE SER REMUNERADO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS DE BOA-FÉ, caso contrário, estaria se admitindo o enriquecimento sem causa do ente público (Vide art. 59, Lei 8.666).

Outra hipótese de extinção do contrato é o desaparecimento da pessoa contratada, posto que os contratos são personalíssimos.

O desaparecimento da pessoa contratada causa a extinção do contrato, por exemplo, pela falência da empresa contratada ou pelo falecimento do particular, afinal, os contratos administrativos são celebrados *intituito personae*.

b) Pela rescisão

São quatro as espécies de rescisão previstas no âmbito dos contratos administrativos.

- ➔ Rescisão unilateral;
- ➔ Rescisão amigável;
- ➔ Rescisão judicial;
- ➔ Rescisão de pleno direito.

Vamos a análise de cada espécie.

b.1) rescisão unilateral: ocorre por razões de interesse público ou por inadimplemento total ou parcial do contrato pelo particular.

→Feita pela Administração Pública, por razões de:

- ☑ <u>interesse público</u>;
- ☑ <u>descumprimento do contrato</u>.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato (...).

A rescisão unilateral constitui-se, inclusive, conforme já estudado, uma das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

b.2) rescisão judicial: ocorrerá por provocação do particular, quando o ente público for inadimplente.

→Feita mediante decisão judicial, provocado pelo particular, o qual não pode determinar a rescisão unilateralmente, sendo prerrogativa apenas da Administração Pública (cláusula exorbitante).

Dessa forma, *caso a Administração Pública seja inadimplente no pagamento de sua prestação por prazo superior a noventa dias, o particular poderá suspender a execução do contrato, sem necessidade de propositura de ação. Caso pretenda a rescisão contratual, deverá valer-se do Poder Judiciário que decretará o fim do ajuste. Estas são as disposições do art.* 78 incisos XIII a XVI, da lei 8.666/93.

b.3) rescisão bilateral (distrato): trata-se de rescisão amigável, realizada por ambas as partes. Essa hipótese depende de prévia autorização escrita e fundamentada da autoridade competente.

→Feito por acordo das partes.

b.4) rescisão de pleno direito: por situações alheias à vontade das partes, em casos excepcionais que impedem a manutenção do contrato e nas quais não seja possível a revisão dos preços.

→O contrato é extinto por uma situação alheia a vontade das partes.

Exemplo: Determinado contrato de limpeza para prestação do serviço em um hospital público que é automaticamente extinto diante de um terremoto que destruiu o prédio público, onde seria executado o serviço.

Assim:

Rescisão unilateral →feita pela Administração;

Rescisão amigável →feito pelas partes, os dois, particular e administração pública.

Rescisão judicial →feita por provocação do

particular, e por fim;

Rescisão de pleno direito →feita por nenhuma das partes, mas decorrente de um evento alheio a vontade das partes.

Contratos em Espécies

Contrato de gestão: existe em duas hipóteses – regulamentado pela Lei 9.649, confere uma qualificação da autarquia em agencia executiva, ou ainda, contrato de gestão regulamentado na Lei 9.637 (celebrado com particulares com natureza de convênio) cria as organizações sociais.

Contrato de concessão de uso: de bens públicos;

Contrato de concessão de serviços públicos: a Administração transfere, mediante procedimento licitatório na modalidade concorrência, a prestação de um determinado serviço público ao particular. A remuneração será por meio do próprio serviço a ela concedido.

Permissão de serviço público (art. 175, CF): a permissão de serviços públicos é contrato de adesão (característica comum a todos os contratos administrativos) por meio do qual se transfere a particular a prestação de serviços públicos, por sua conta e risco, mediante remuneração por tarifas dos usuários.

Obs.1: A empresa se remunera através da própria prestação do serviço, tanto no contrato de concessão quanto de permissão de serviço público. Não é a Administração Pública que ficará com o encargo de remunerar pelo serviço.

Contratos previstos na Lei 8.666/93

a) Contrato de prestação de serviço: a administração pública contrata a empresa, a

referida presta o serviço e ela

"Administração Pública" procede com a remuneração (diferentemente da concessão e da permissão, em que a própria atividade se remunera).

Exemplos: *Demolição, conserto, Instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte. locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais*.

Obs.1: Não se confunde com os contratos de concessão de serviços públicos, já que neste há a cobrança de tarifas dos usuários do serviço prestado.

Possui prazo previamente definido (dentro do crédito orçamentário). Por ser uma prestação de serviço, só termina com o encerramento do prazo.

*Pesquisa de mercado: define o orçamento do procedimento licitatório, em que irá se expor qual o valor máximo que a Administração Pública está disposta a pagar pelo serviço que será adquirido.

Orçamento após a realização da pesquisa de mercado contempla o valor máximo!

b) Contrato de fornecimento de bens: contratação para aquisição de bens necessários à execução das atividades do órgão público, seja mediante pagamento à vista ou parcelado, nos moldes definidos na proposta vencedora da licitação.

Na contratação de bens, o prazo do contrato correspondendo ao prazo máximo que a

Administração Pública está disposta a aguardar para a entrega do objeto.

Também é realizado a pesquisa de mercado.

c) Contrato de execução de obra:

O prazo estipulado nos contratos de execução de obra é o prazo máximo de que

Administração Pública está disposta a esperar pela conclusão (entrega) da execução da obra.

Nos casos dos contratos de execução de obra, não é possível a pesquisa de mercado. De modo que, o referido se divide em três etapas: 1) projeto básico; 2) projeto executivo; 3) contratação da empresa que irá executar a obra.

Após a realização do projeto básico, e posteriormente do projeto executivo é que se abre espaço para a realização do procedimento licitatório para fins de contratar a empresa que irá executar a obra.

Assim:

→A contratação de obra deve ser realizada, seguindo o cronograma de elaboração do projeto básico, primeiramente, para posterior contratação do projeto executivo e, por fim, a celebração do ajuste para execução da obra.

Obs.1: o autor do sujeito do projeto básico e do projeto executivo está impedido de participar do procedimento licitatório da execução daquela obra.

Obs.2: A lei autoriza que seja contratado, pela Administração, somente o projeto básico, deixando a elaboração do projeto executivo a cargo do vencedor da licitação para execução da obra, desde que isso esteja previamente estipulado no edital. Neste sentido, dispõe o art. 9°, § 2°, da lei &.666/93 que "O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado pela Administração" (Matheus Carvalho, Manual de D. Administrativo, 2016, p. 549).

Obs.3: Além de executar a obra, o vencedor será responsável pela execução do projeto executivo = ocorre a reunião das "fases". Nessa situação, o autor do projeto básico fica impedido de participar do procedimento licitatório posterior, inclusive, no tocante a permissibilidade do projeto executivo.

Obs.4: Poderá a empresa autora do projeto funcionar como fiscal do projeto executivo.

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

O RDC trata-se de procedimento especifico de licitação e instrumentalização para os contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação- Fita 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014.

Obs.1: Optando a Administração Pública pela incidência do RDC, não serão aplicadas as regras dispostas ao teor da Lei 8.666/93.

ATENÇÃO! A opção pela utilização Regime Diferenciado de Contratações deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na lei 8.666/93, a qual não tem aplicação subsidiária, salvo nas hipóteses expressamente determinadas pela lei

12.462/11.

→Criação da APO

A Lei 12.462 de 2011 determina a criação da APO: Autoridade Pública Olímpica.

- Em face dos critérios específicos disponibilizados pela lei irá assegurar uma maior celeridade nos contratos relacionados aos eventos esportivos.

Garantia de celeridade

Uma das finalidades da criação de um regime diferenciado para realização do procedimento licitatório é garantir maior celeridade.

Desse modo, descreve Matheus Carvalho "*A contratação por meio de regime diferenciado visa a garantir uma maior celeridade e simplificação nas contratações realizadas, nos moldes da lei. Entenda-se que, no contexto de edição do regime, os ajustes para execução de obras e serviços para os eventos esportivos, em comento, eram prementes, ante a proximidade de sua realização*".

Garantia de respeito às peculiaridades

Em princípios os critérios diferenciados foram criadas para as contratações específicas relacionadas aos eventos esportivos (copa das confederações, copa do mundo, olimpíadas e paraolimpíadas), porém, posteriormente por meio de medidas provisórias e leis acrescentou outros contratos que pode ser utilizado o RDC.

Além das contratações para os eventos esportivos, pode-se utilizar o RDC para:

- Contratações do PAC (programa de aceleração do crescimento);
- Obras do sistema público de ensino;
- Obras do sistema carcerário;
- ICTS.

→Peculiaridades da RDC

Obs.1: Comissão será formada majoritariamente por servidores. A MAIORIA dos membros da comissão deve ser servidores públicos.

Obs.2: Pode contratar mais de uma empresa para um mesmo objeto (visando a celeridade). É possível entregar um mesmo objeto para duas empresas.

A lei prevê a possibilidade de parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, e assegurar uma maior celeridade.

Obs.3: A lei do RDC estabelece ser possível a indicação de marca

a. Padronização do objeto;

b. Única capaz de atender;

c. Identificação do objeto (ou similar);

Nas licitações nos moldes do RDC, *é admitida a indicação de marcas, desde que isso seja especificado e decorra da necessidade de padronização do objeto a ser contratado, ou quando determinada marca ou modelo comercializado por mais um fornecedor for única capaz de atender às necessidades da entidade contratante*.

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público a responsabilidade pelo seu pagamento

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Obs: a tese acima foi a fixada pelo STF. No entanto, penso que é importante um esclarecimento revelado durante os debates: é possível sim, excepcionalmente, que a Administração Pública responda pelas dívidas trabalhistas contraídas pela empresa contratada e que não foram pagas, desde que o ex-empregado reclamante comprove, com elementos concretos de prova, que houve efetiva falha do Poder Público na fiscalização do contrato. STF. Plenário. RE 760931/DF, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgado em 26/4/2017 (repercussão geral) (Info 862).

2015

Princípio da intranscendência e entidade integrante de consórcio público com pendência no CAUC

Se um consórcio público celebrou convênio com a União por meio do qual estão previstos repasses federais, o fato de um dos entes integrantes do consórcio possuir pendência inscrita no CAUC não pode impedir que o consórcio receba os valores prometidos. Isso porque o consórcio público é uma pessoa jurídica distinta dos entes federativos que o integram e, segundo o princípio da intranscendência das sanções, as punições impostas não podem superar a dimensão estritamente pessoal do infrator, ou seja, não podem prejudicar outras pessoas jurídicas que não sejam aquelas que praticaram o ato. Assim, o fato de ente integrante de consórcio público possuir pendência no Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (CAUC) não impede que o consórcio faça jus, após a celebração de convênio, à transferência voluntária a que se refere o art. 25 da LC 101/2000. STJ. 2ª Turma. REsp 1.463.921-PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 10/11/2015 (Info 577).

Competência para julgar responsabilização trabalhista subsidiária da União pelo inadimplemento do contratado

A União possui um contrato com a empresa privada "XXX Vigilância Ltda.". Por meio deste contrato, a empresa, com seus funcionários, obrigou-se a fazer a vigilância armada do prédio onde funciona o órgão público federal, recebendo, em contraprestação, R$ 200 mil mensais. A União, percebendo que a empresa estava atrasando os salários e com receio de ser condenada por responsabilidade subsidiária (Súmula 331 do TST), decidiu suspender o pagamento da contraprestação mensal devida e ajuizar ação de consignação em pagamento a fim de depositar em juízo os R$ 200 mil previstos no contrato. Surgiu, no entanto, uma dúvida: onde deverá ser proposta essa ação, na Justiça Federal comum ou na Justiça do Trabalho? Justiça do Trabalho. A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação de consignação em pagamento movida pela União contra sociedade empresária por ela contratada para a prestação de serviços terceirizados, caso a demanda tenha sido proposta com o intuito de evitar futura responsabilização trabalhista subsidiária da Administração nos termos da Súmula 331 do TST. STJ. 2ª Seção. CC 136.739-RS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 23/9/2015 (Info 571).

2014

CE que estipula prazos para o pagamento de indenização em encampação: inconstitucionalidade

É INCONSTITUCIONAL norma da Constituição Estadual que preveja que o Estado (poder concedente) terá até 25 anos para pagar a indenização decorrente da encampação do serviço público que era prestado pela empresa concessionária. STF. Plenário. ADI 1746/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/9/2014 (Info 759).

Cobrança de valores pela concessionária de rodovia para instalação de postes e cabos aéreos

Concessionária de rodovia pode cobrar de concessionária de energia elétrica pelo uso de faixa de domínio de rodovia para a instalação de postes e passagem de cabos aéreos efetivada com o intuito de ampliar a rede de energia, na hipótese em que o contrato de concessão da rodovia preveja a possibilidade de obtenção de receita alternativa decorrente de atividades vinculadas à exploração de faixas marginais. STJ. 1ª Seção. EREsp 985.695-RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/11/2014 (Info 554).

Permissão de serviços públicos concedida sem licitação

I — Declarada a nulidade de permissão outorgada sem licitação pública ainda antes da CF/88, é possível ao magistrado estabelecer, independentemente de eventual direito a indenização do permissionário, prazo máximo para o termo final do contrato de adesão firmado precariamente. II — A retomada do serviço pela Administração não depende do prévio pagamento de eventual indenização, que deverá ser pleiteada pela empresa nas vias ordinárias. III — Em ação civil pública movida para anular permissões para a prestação de serviços de transporte coletivo concedidas sem licitação e para condenar o Estado a providenciar as licitações cabíveis, não cabe discutir eventual indenização devida pelo Estado ao permissionário. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.435.347-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 15/5/2014 (Info 546).

Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de permissão e ausência de prévia licitação

A empresa não possui garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de permissão de serviço de transporte público se o ajuste foi celebrado sem que tenha havido prévia licitação. STJ. 2ª Turma. REsp 1.352.497-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 4/2/2014 (Info 535).

2013

Contrato celebrado sem licitação e declarado nulo: contratado não será indenizado se estava de má-fé

Se for reconhecida a nulidade do contrato administrativo por ausência de prévia licitação, a Administração Pública, em regra, tem o dever de indenizar os serviços prestados pelo contratado. No entanto, a Administração Pública não terá o dever de indenizar os serviços prestados pelo contratado na hipótese em que este tenha agido de má-fé ou concorrido para a nulidade do contrato. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.394.161-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 8/10/2013 (Info 529).

2012

Regularidade fiscal durante o contrato

Para que a pessoa possa participar de licitações e contratar com a Administração Pública é necessário que comprove sua regularidade fiscal, ou seja, a inexistência de débitos com o Poder Público. Essa regularidade fiscal não é exigida

apenas no momento da licitação e da contratação, persistindo durante toda a execução do contrato. No entanto, segundo o STJ, é ilegal reter o pagamento devido a fornecedor em situação de irregularidade perante o Fisco. Essa prática não é permitida, considerando que não existe autorização na Lei para que seja feita (viola o princípio da legalidade). No caso de falta de regularidade fiscal durante a execução do pacto, a Lei de Licitações autoriza que o Poder Público imponha penalidades ao contratado (art. 87) ou rescinda o contrato. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1.313.659-RR, Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 23/10/2012 (Info 507).

205

Conteúdo 08: Regime Diferenciado de Contratações

O RDC é um regime diferenciado nas contratações, que atualmente é utilizado não somente nas contratações para atividades relacionadas ao esporte (Copa das Confederações, Copa do Mundo, Jogos Olímpicos, por exemplo), mas também para outros objetos, tais como, contratações do PAC, contrações do sistema carcerário etc.

A Comissão do RDC é composta majoritariamente por servidores (composição por servidores).

É possível contratar mais de uma empresa para o mesmo objeto do contrato: há possibilidade de a administração pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço (multiadjudicação), desde que não implique perda de economia de escala, quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado ou a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública (art. 11).

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho "A lei do Regime Diferenciado de Contratações, já sofreu duas alterações, primeiramente, pela lei 12.688/12 que incluiu neste regime as contratações necessárias ao cumprimento das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Na mesma esteira, mediante alteração efetivada pela Lei nº 12.722/12, o Regime Diferenciado de Contratações - RDC também passou a ser aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. Por fim, a Lei nº 12.745/12, inserindo nova alteração no texto legal, incluiu no RDC, os acordos firmados para execução de obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, das ações no âmbito da segurança pública, das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística e nos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração. Por seu turno, a Lei 13.243/16 determina que o Regime Diferenciado de Contratações poderá ser utilizado nos contratos necessários á realização das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação".

Dessa forma, contemplamos ser possível a **utilização do RDC é exclusiva para** licitações e contratos vinculados à realização da:

1. **Copa das Confederações** (2013);
2. **Copa do Mundo** (2014);
3. **Jogos Olímpicos e Paralímpicos** (2016);

4. Obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os **aeroportos das capitais dos Estados** da Federação **distantes até 350 km** das cidades sedes dos eventos acima;

5. Ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – **PAC**;

6. Obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – **SUS**;

7. Obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de **estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo**.

Destaque-se ainda, ser possível a indicação de marca, para fins de:

a. Padronização do objeto;

b. Única capaz de atender o objeto do contrato;

c. Identificação do objeto (ou similar...).

Procedimento do Regime Diferenciado nas Contratações

Fase interna

A fase interna do RDC é semelhante as outras modalidades de licitação.

Desse modo, a denominada fase preparatória, ocorrerá nos mesmos moldes em que se desenvolve a fase interna do procedimento licitatório regulamentado pela lei geral.

→Publicação no Diário Oficial ou Site Oficial do Órgão;

Com a publicação do edital, marca-se a data para a abertura de propostas.

→Apresentação | Abertura das Propostas;

→Impugnação das propostas.

Contratação de obra – impugnação pode ser feita até o 5º dia útil anterior ao início da licitação. Qualquer cidadão ou licitante poderá impugnar. Todavia, caso seja contratação de serviços, será até o 2º dia útil anterior ao início da licitação.

Qualquer alteração que for feita no edital, deverá sofrer nova publicação, nos mesmos moldes da publicação originária.

Publicação do Edital → Classificação e Julgamento das Propostas → Habilitação →Fase Recursal →Encerramento.

Obs.: O edital do procedimento licitatório, se assim desejar, pode determinar a inversão das fases (1º habilitar para, posteriormente, 2º - classificar as propostas).

→ inversão das fases naturais da licitação, com o julgamento das propostas precedendo a habilitação (art. 12).

Proposta

Nesse sentido, Matheus Carvalho ensina "desde que o edital não preveja a inversão de Habilitação das fases, hipóteses nas quais a habilitação dos licitantes será realizada antes da apresentação de propostas".

Desse modo, em regra geral, com a publicação do edital passa-se a classificação das propostas.

As propostas serão classificadas de acordo com os critérios objetivos:

Critério de julgamento fica estabelecido no edital.

Tipos: menor preço ou maior desconto; técnica e preço; conteúdo artístico; maior oferta e maior retorno econômico.

Os critérios objetivos da Lei do RDC possuem algumas peculiaridades.

1) **Menor preço ou maior desconto**: a variação decorre do fato de que muitas vezes o valor já é tabelado, assim, vencerá o procedimento licitatório aquela empresa que propor o maior desconto sobre o valor do objeto a ser contratado.
2) **Técnica e preço**;
3) **Melhor técnica ou conteúdo artístico**: para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, desempate artístico científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia.
4) **Maior oferta de preço**: na hipótese de alienação de bens aos particulares.
5) **Maior retorno econômico**. Algumas obras não serão pagas de imediato, de modo que vencerá, aquela que tiver condições de futuramente apresentar o melhor retorno econômico a Administração Pública (contrapartida posterior).

Critérios de Desempate

A Lei que regulamente o RDC contempla hipóteses diferenciadas em face da Lei 8.666/93 de critérios de desempate, sendo sete os critérios.

No tocante aos critérios de desempate, preleciona Matheus Carvalho (Manual de Direito

Administrativo, 2016) "*No que tange aos critérios de desempate na licitação, a lei define que, em casos de condições idênticas de propostas, será primeiramente realizada disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação. Mantendo-se a situação de empate, será realizada a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído e, somente depois destas medidas, serão utilizados, sucessivamente, os critérios de desempate regulamentados no art. 3°, § 2°, da lei 8.666/93 e, por fim, ainda será possível a efetivação de sorteio, caso as medidas anteriores não sejam aptas a definir o vencedor do procedimento licitatório*".

→Disputa Final;

→ Avaliação do desempenho contratual prévio dos

licitantes;

→Lei 8.666/93 – passa-se a utilização dos critérios de desempate da Lei 8.666, caso os acima elencados não forem suficientes para o desempate. São eles: bem produzido no país; bens produzidas por Empresa Brasileira; bens produzidas por empresas que investem em tecnologia e pesquisa no Brasil; e bens produzidos por empresas que comprovarem a reserva de vagas.

→Sorteio.

Uma vez classificada a proposta, o vencedor irá se habilitar.

Habilitação

Seguirá o mesmo procedimento da Lei n. 8.666, disposta ao teor do art. 27.

Prazo Recursal

O prazo é de 5 (cinco) dias uteis a contar da lavratura que designa o licitante vencedor.

Encerramento

A fase de encerramento abarca a homologação e a adjudicação, sendo feita pela autoridade superior.

Observações – Contratos do RDC (Peculiaridades)

Obs.1: A Lei do RDC não contempla outra hipótese de dispensa de licitação. Dessa forma, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade são as mesmas contidas na Lei 8.666/93.

Obs.2: Duração: em regra, as contratações dispostas na Lei do RDC seguem as mesmas dispostas na Lei nº 8.666/93.

Contrato de prestação de serviços continuados – poderiam sofrer sucessivas prorrogações, até o máximo de 60 meses. Na Lei do RDC, referidas contratações podem sofrer sucessivas prorrogações até a extinção do APO (Autoridade Pública

Olímpica).

Obs.3: A Lei prevê que também poderá sofrer as penalidades dispostas na Lei nº 8.666/93 (multa, declaração de inidoneidade e proibição de contratar com o poder público).

Não poderá celebrar contratos dentro do âmbito da entidade que realizou a proibição. Além dessa limitação, existe uma limitação temporal (até dois anos).

Na lei do RDC o limite temporal é de até 5 (cinco) anos.

Obs.4: A lei do RDC criou a denominada **contratação integrada**.

- Empresa elabora o projeto base;
- Outra empresa elabora o projeto executivo;
- Realização do procedimento licitatório para execução da obra.

Dessa forma, outra peculiaridade da legislação ora objeto de estudo, é que a lei 12.462/11 admite a chamada contratação integrada que consiste em situação na qual um único ajuste compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

A contratação integrada assegura maior celeridade do procedimento, posto que será um único procedimento licitatório que abarcará projeto base, o projeto executivo e a contratação da empresa que procederá com a obra).

Conteúdo 09: Serviços Públicos

1. **Conceito**

No tocante aos serviços públicos, a discussão inaugural fica por parte do conceito de serviço público, ou seja, o que se entende por serviço público. Nessa esteira, preleciona Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016): "*o conceito de serviços públicos vem sofrendo algumas alterações, ao longo da história, e a definição destas atividades, ainda na doutrina moderna, encontra divergências*".

Escola do Serviço Público – defendia que serviço público é toda atividade de prestação do Estado voltado à busca interesse público.

"*Com a criação da Escola do Serviço Público se defendia que o Direito Administrativo teria por objeto unicamente a disciplina jurídica dos serviços públicos, ou seja, os serviços prestados pelo Estado a toda coletividade, necessários a coexistência dos cidadãos, considerando-se como serviço qualquer atividade executada pelo Estado, desde que fosse realizada com a finalidade de satisfazer as necessidades coletivas*". Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016).

O entendimento sofre críticas, posto que não é a única atividade do Estado. Trata-se apenas de uma das várias espécies de prestação de serviço público propriamente.

O entendimento majoritário e moderno contempla um conceito mais restrito, para que não se confunda a prestação de serviço com outras atividades do Estado, por exemplo, execução de obras.

Nessa esteira, ensina Matheus Carvalho "*atualmente, a doutrina vem considerando fundamental diferenciar as atividades do Estado, traçando as distinções entre serviços públicos, exploração de atividade econômica pelo Estado, execução de obras públicas e exercício do poder de polícia, mesmo sendo todas essas atividades orientadas de forma a garantir o interesse da coletividade*".

2. Elementos caracterizadores

Para que um serviço seja caracterizado como "serviço público", torna-se necessário a existência de três elementos, os quais denominaremos de elementos "*caracterizadores*".

- **Substrato material**: o serviço público é uma atividade materialmente usufruída pela sociedade. É uma utilidade, por meio do qual o Estado permite que a sociedade usufrua de uma determinada comodidade e utilidade, de forma contínua.

"*O serviço público é uma comodidade ou utilidade fruível pelo particular, de forma contínua, sem interrupções indevidas. Enfim, configura prestação de atividade continuada pela Administração Pública, na busca do interesse público, fornecendo uma comodidade que será usufruída por toda a sociedade. Nestes casos, o Estado assume essas condutas, de forma a oferecer aos cidadãos as benesses decorrentes da vida em sociedade*".

- **Trato formal**: o serviço público é prestado sob o regime de direito público. Destaque-se, mesmo que prestados por pessoas jurídicas de direito privado, deverá observar as regras referentes ao regime de direito público. Exigência de uma prestação seja prestada sob o regime de direito público.

"*O serviço público é regido por normas de direito público. Fala-se que o regime de prestação do serviço é um regime público, ainda que prestado por particulares em regime de delegação. Isso decorre do fato de que estas atividades são prestadas com a intenção de se beneficiar toda a coletividade, não visando a obtenção de vantagens ou interesses egoísticos de determinados cidadãos, caso contrário, o ente público não assumiria, como sua, a execução.*".

- **Elemento subjetivo**: o serviço público deve ser prestado pelo Estado (direta ou indiretamente).

"*O serviço público deve ser prestado pelo Estado de forma direta ou indireta*"

Diante da apresentação dos elementos caracterizadores do serviço público, já não é mais possível confundi-los com as obras públicas (as quais não são contínuas). A obra não se confundirá com a prestação do serviço, ainda que ela seja indispensável a posterior prestação do serviço, por exemplo, construção da obra de um hospital e a prestação do serviço de saúde.

Além disso, não se pode confundir o serviço público com o exercício do poder de polícia (o Estado impõe restrições à coletividade em decorrência do interesse da própria sociedade).

Por fim, não se confunde o serviço público com a exploração de atividade econômica. Quando o Estado explora atividade econômica, ele o faz com base no regime jurídico de direito privado, e não de direito público (conforme se pode extrair do substrato material – elemento caracterizador do serviço público).

Para que uma atividade seja **conceituada como serviço público** deve estar presentes **3 elementos** determinados pela lei:

- ✓ **Substrato material:** trata da ideia de o serviço público é uma **utilidade ou comodidade material prestada à população de forma contínua**;
- ✓ **Trato formal:** prestada sobre **o regime de direito público, ainda que parcialmente.** Significa dizer que todas as **prerrogativas e limitações** da AP são aplicadas;
- ✓ **Elemento subjetivo:** a atividade deve ser **prestada pelo Estado**, seja de forma **direta ou indireta**.

3. Previsão Legal

Os serviços públicos são, em princípio, regulamentados pela Lei nº 8.987 de 95. Sendo a legislação base que trata de serviços públicos.

4. Princípios

4.1 Dever de prestação do Estado: qualquer serviço público deve ser prestado pelo Estado (direta ou indiretamente).

Matheus Carvalho ensina "*trata-se de princípio definido pela doutrina estabelecendo que o poder público não poderá se escusar da prestação de serviços públicos, configurando-se poder-dever do ente estatal, que tem a possibilidade de prestá-lo diretamente ou mediante delegação a particulares, mediante contratos de concessão e permissão*".

4.2 Continuidade: o serviço público deve ser prestado de forma contínua. Excepcionandose, tão somente, nas hipóteses descritas ao teor do art. 6º, §3º da Lei 8.987 (razões de ordem técnica por ocasião de situação de emergência | inadimplemento do usuário previamente comunicado), ou ainda, em decorrência do exercício do direito de greve (observando-se o mínimo); exceção de contrato não cumprido (suporta até 90 dias de inadimplemento do Poder Público), ocupação temporária e reversão.

Obs.: A paralisação dos serviços públicos não podem atingir os denominados "serviços essenciais à coletividade, em decorrência do inadimplemento, de modo que deverá proceder com a cobrança e continuar a prestar o serviço paralelamente".

Matheus Carvalho ensina, o princípio da continuidade "*traduz-se na ideia de prestação ininterrupta da atividade administrativa e dos serviços prestados à coletividade, evitando interrupções indevidas, sendo designado, por uma parcela da doutrina, como princípio da* **permanência**".

4.3 Universalidade (generalidade): o serviço público deve ser prestado à todos. Não se permitindo que o serviço público seja prestado apenas para determinada camada da população, devendo ser usufruído por todos, dentro do limite do possível. O serviço público deve ser prestado ao maior número possível de pessoas.

4.4 Modicidade das tarifas: o serviço público deve ser prestado a preço baixo, dentro dos limites do possível. As tarifas devem ser módicas. A necessidade de modicidade é decorrente também do princípio da universalidade, isto porque se os preços cobrados pela prestação do serviço forem muito alto, este será restrito a um grupo determinados de pessoas da coletividade, descaracterizando assim a generalidade (universalidade) do serviço público.

Desse modo, ensina Matheus Carvalho, o princípio da modicidade "*determina que as tarifas cobradas para os usuários dos serviços sejam as mais baixas possíveis, a fim de manter a prestação do serviço à maior parte da coletividade*".

4.5 Cortesia: educação na prestação do serviço público. O fornecedor do serviço público deverá respeitar o usuário.

"*O princípio da cortesia estampa o dever do prestador de serviço público de ser cortês e educado em sua prestação, ao tratar com o usuário*".

4.6 Adaptabilidade: também denominado de princípio da atualidade, preconiza que dentro das possibilidades, o poder público deve buscar atualização das técnicas de prestação de serviço. Nessa esteira, o art. 6º, §2º da Lei 8.987/95, define que "*atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como, a melhoria e expansão do serviço*". O Estado deve se adaptar as técnicas mais modernas.

4.7 Isonomia: também denominado de princípio da igualdade, deve ser analisado sob a ótica da isonomia formal e na isonomia material. A isonomia a ser resguardada será não apenas a isonomia formal, disposta na lei, mas principalmente a isonomia material (tratar os desiguais desigualmente, na medida de sua desigualdade).

O princípio da isonomia ganha uma roupagem especial na prestação dos serviços públicos. Primeiro diz respeito à **prestação de serviços para todos**, muito próximo à universalidade. Segundo pela ideia de que **ninguém será mais ou menos beneficiado em razão de credo, cor, altura, peso, etc.** na prestação dos serviços. Hoje há **busca pela isonomia material** (Ideia de tratamento igual aos igual e desigual aos desiguais nas medidas das suas desigualdades. Essa ideia traz a discussão de quem seriam os desiguais e ainda, quais as medidas das suas desigualdades.) e **pela isonomia formal**.

5. Classificação dos Serviços Públicos

a) **Serviços públicos gerais x Serviços públicos singulares (individuais):** referida classificação toma por base a fruição do serviço.

- Serviços singulares – *uti singulis* (individuais): são aqueles prestados à todos, mas o Estado possui condições de saber o quantum aquele individuo está usufruindo do serviço.

Desse modo, compreende-se por serviços *uti singulis*, aqueles serviços prestados a toda a coletividade, nos quais, o poder público pode individualizar sua utilização. É possível mensurar quanto cada usuário dele usufruiu, e, por isso, a cobrança pode ser feita mediante o pagamento de taxas ou tarifas. Podem ainda ser denominados de divisíveis. São custeados por meio da cobrança de taxas ou tarifas, que será proporcional a sua utilização. É exemplo de serviço *uti singuli* o serviço de energia elétrica.

- Serviços públicos gerais – *uti universili* (indivisíveis): são serviços que não podem ser divididos em sua utilização, ou seja, não é possível saber quanto cada usuário utilizou destes serviços. São sérvios que são prestados à todos e **usufruído por todos simultaneamente**. (ex.: iluminação pública). É cobrado por meio da receita geral dos impostos, posto que não é possível a cobrança individual.

b) **Serviços Públicos exclusivos indelegáveis; Serviços de Outorga Obrigatória; Serviço não exclusivo:** referida classificação toma por base as situações nas quais o Estado tem o dever de executar a atividade diretamente, na forma de resguardar o interesse público.

- **Serviços públicos exclusivos, não delegáveis (indelegável):** são aqueles serviços que somente podem ser prestados diretamente pelo Estado, não se admitindo a transferência a particulares. Exemplos: o serviço postal e o correio aéreo nacional, segurança pública.

- **Serviços públicos com delegação obrigatória:** o Estado não pode monopolizar esses serviços, não obstante tenha o dever de prestação. Portanto, devem ser prestado pelo Estado, e, necessariamente, devem ser delegados a particulares que terão o poder de execução destas atividades em virtude da transferência do serviço. Exemplo: Meios de Comunicação (Televisão e Rádio) – art. 223 da Constituição Federal.

216

- **Serviços públicos exclusivos delegáveis (com possibilidade de delegação):** são os serviços que devem ser necessariamente prestados pelo Estado, que pode realizar esta prestação diretamente ou mediante delegação a particulares. Exemplo: Transporte Público, Energia Elétrica. O Estado deve prestar, mas poderá delegar, contemplando uma prestação indireta.

- **Serviço público não exclusivo do Estado:** nesses casos, o Estado presta o serviço público, e os particulares também o faz, sem a necessidade de delegação. Destaque-se, o fato de o particular prestar aquele serviço não retira do Poder Público o dever deste de prestar o serviço.

  O Estado tem o dever de prestar de forma direta, e os particulares podem prestar por sua conta em risco (independentemente de delegação). Exemplo: Saúde, Educação,

  Previdência.

  Destaque-se os serviços de saúde, educação e previdência que são prestados pelo particular, somente mediante fiscalização do Estado, e também serão prestados pelo Estado obrigatoriamente (são serviços de utilidade pública, também denominados de serviços públicos impróprios, impróprio pois lhes falta o elemento caracterizador "elemento subjetivo).

Serviços públicos próprios: aqueles que somente podem ser prestados pelo Estado, de forma direta ou indireta mediante delegação a particulares.

Serviços públicos impróprios: são aqueles que, não obstante sejam essenciais à coletividade e satisfaçam os interesses dos administrados, podem ser executados por particulares sem a necessidade de delegação pelo ente estatal.

Atenção!!! **Serviços públicos** exclusivos de Estado são chamados de serviços públicos próprios**. Os** serviços públicos não exclusivos de Estado **são chamados** de serviços públicos impróprios**, por não serem propriamente ditos serviços públicos quando prestados pelo particular. Seriam** serviços de utilidade pública**.**

Os serviços podem ser prestados por particulares com fins lucrativos, assim como pode também, os serviços serem prestados sem fins lucrativos (o Estado pode fomentar essa atividade).

A prestação do serviço sem fins lucrativos é o que denomina-se de "Administração Dialógica".

A administração dialógica vem surgindo como uma forma de se permitir o acesso dos particulares à atuação administrativa, ensejando a possibilidade de se vislumbrar a atuação do ente público em que se admita a participação de particulares. A expressão desta Administração Dialógica se dá, principalmente, pela criação das parcerias firmadas entre o Estado e particulares, com a finalidade de satisfazer as necessidades coletivas. Neste sentido, os órgãos e entidades administrativas devem atuar a partir de bases e de procedimentos que privilegiam o emprego de técnicas, métodos e instrumentos negociais, visando atingir resultados que poderiam ser buscados por meio da ação impositiva e unilateral da Administração. (Matheus Carvalho, Manual de Direito Administrativo, 2016).

Também pode ser denominada de Administração associada. É o dialogo do particular com a Administração no sentido de buscar o interesse público.

- Outorga e Delegação

Quando estudado sobre organização administrativa ficou definido quem em determinadas situações, para garantir a maior essa prestação, eficiência nas prestações dos serviços o Estado descentraliza tanto aos entes da API e aos particulares. Essa descentralização pode se dar de duas formas: outorga e delegação.

Outorga / descentralização por serviço: o Estado **transfere a outra pessoa jurídica a titularidade e a prestação dos serviços**. Para a doutrina majoritária a outorga **só pode ser feita às pessoas jurídicas de direito público, com exceção aos Correios**. Não é um entendimento pacífico.

→Por Lei !!! É sempre feita mediante Lei, para pessoa jurídica de D. Público.

Delegação/ descentralização por colaboração: o Estado se mantém na titularidade dos serviços e **delega somente a prestação dos serviços**. Feita aos entes da API de direito público e de direito privado. Transfere-se somente o poder de prestar, e não a titularidade (transferência da execução do serviço).

A delegação pode ser feita por lei ou por contrato, assim, classifica-se em: - Delegação contratual (negocial);

- Delegação legal.

Atenção**!!! A** outorga **é sempre feita** mediante lei**? Sim, porque autarquias e fundações públicas são criadas por lei. Já a** delegação **pode ser feita** mediante lei ou mediante contrato**? Sim!**

<u>Delegação Contratual dos Serviços</u>

A delegação contratual é aquela que se dá através dos contratos de permissão e concessão.

Nesse sentido, o art. 175, da Constituição Federal, admite-se a execução de serviços mediante delegação a particulares, efetivada mediante contratos de concessão e de permissão de serviços públicos.

IMPORTANTE!

Concessão: Administração – contrata empresa – empresa é remunerada pelo usuário do serviço. Quem paga a empresa é o usuário do serviço que for prestado. A Empresa explora o serviço concedido e receberá a remuneração dessa forma, amortizando, inclusive, os investimentos que forem feitos.

- Tarifas do usuário;

A concessão poderá ser SIMPLES (feito conforme esquema), porém, pode ainda a concessão ser precedida de obra pública. Nessa última hipótese, a diferença é que antes de explorar o serviço, a empresa deverá realizar uma obra. Após a execução da obra, a empresa passa a explorar o serviço.

Concessão Simples X Concessão precedida de obra

Concessão Simples – tem por objeto imediato a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade.

Concessão Precedida de Obra – compreende uma duplicidade de objeto. O primeiro deles encerra um ajuste entre o concedente e o concessionário para o fim de ser executada determinada obra pública. Há aqui verdadeiro contrato

de construção de obra, assemelhado aos contratos administrativos de obra em geral, deles se distinguindo, contudo, pela circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução. O segundo objeto desta modalidade de concessão será a transferência da exploração da obra que foi realizada, por prazo determinado. O serviço público de exploração daquela obra é que se traduz na real concessão.

Desse modo, contemplamos que na concessão a empresa concessionária será remunerada pelas tarifas que cobrará dos usuários, não lhe sendo devida qualquer contraprestação pelo ente estatal. - Licitação (Modalidade Concorrência)

Na concessão a modalidade de licitação obrigatória é a concorrência. Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho "*é obrigatório o procedimento licitatório realizado na modalidade de concorrência, independentemente do valor do contrato a ser firmado*".

O edital da licitação na modalidade concorrência pode determinar uma inversão nas fases de habilitação e classificação. LEMBRE-SE, a previsão será contemplado no EDITAL, para fins de garantir uma maior celeridade no procedimento licitatório.

Obs.1: A concessão **depende de licitação sempre na modalidade concorrência**, com **exceção** às concessões que estão no **Programa Nacional de Desestatização (PND).** Nas concessões do PND **podem ocorrer por leilão**. O edital da concorrência para os contratos de concessão de serviços públicos **pode inverter as fases de classificação e habilitação**, como forma de garantir maior celeridade.

Partes do Contrato de Concessão

Assim como nos demais contratos, a concessão deve ser formada por duas partes pactuante, quais sejam, o Poder Público contratante e o particular contratado, denominados respectivamente de, concedente e concessionário.

Concedente (Poder Concedente): são os entes da Administração Direta que delegam a particulares, mediante acordo, a execução de determinados serviços públicos.

Concessionária: é o particular que celebra o contrato administrativo, tornando-se executor do serviço público descentralizado.

O contrato de concessão de serviços públicos somente pode ser celebrado com pessoas jurídicas ou consórcios de empresas.

Não se admite contrato de concessão celebrado com pessoas físicas.

Contrato de Concessão e Peculiaridades

Obs.: As regras referentes aos contratos administrativos, aplica-se, de igual modo, aos contratos de concessão, por exemplo, existência das cláusulas exorbitantes.

Obs.1: Poder de rescisão unilateral (por inadimplemento da concessionária ou por motivo de interesse público). Nos contratos de concessão, as rescisões tem nome peculiar: caducidade do contrato (inadimplemento) e encampação (interesse público).

Obs.2: Poder de fiscalização

A administração Pública tem a garantia de fiscalizar a execução de forma mais forte. A lei autoriza a intervenção na concessionária.

Havendo indícios de irregularidades na empresa através de um decreto do Chefe do Executivo do âmbito, será nomeado um agente público como interventor responsável por gerir a empresa durante todo o procedimento de intervenção.

A intervenção é decretada para que se abra um processo administrativo para que se apurem as irregularidades. A AP tem prazo máximo de 30 dias para dar início a este processo administrativo a contar do decreto de intervenção e mais 180 dias para que o processo termine efetivamente.

Atenção!!! 210 dias é o limite máximo para intervenção, pois se não acontece o empossamento da empresa pelo Estado, o que não é permitido.

Ao final da intervenção ou não se apurou nenhuma irregularidade decretando-se o fim da extinção da intervenção, devolve-se a empresa ao particular e presta contas; ou apure a ocorrência de irregularidades na empresa, o que irá ocasionar a decorrência da caducidade do contrato (extinção do contrato de concessão por inadimplemento).

Fim da intervenção, pode-se chegar a duas conclusões:

a) Ocorrência da irregularidade → é possível que da intervenção decorra a caducidade do contrato de concessão.

Caducidade: extinção unilateral pelo inadimplemento.

b) Não ocorrência da irregularidade →extingue a intervenção, e fará toda a prestação de contas (no contrato de concessão).

Obs.3: Ocupação temporária de bens

A ocupação temporária ocorre quando Estado durante o contrato ocupa os bens da concessionária para garantir a continuidade.

Duração do Contrato de Concessão

O contrato de concessão, em regra, por sua natureza, não gera despesas ao Estado e, por conseguinte, não depende de previsão na lei orçamentária, não precisando, portanto, obedecer ao prazo de duração do crédito orçamentário.

Não vincula crédito orçamentário, logo, não precisa respeitar o prazo de vigência do crédito orçamentário.

A desvinculação ao art. 57 da Lei 8.666/93 não significa celebração do contrato de concessão de serviços públicos por prazo indeterminado.

Radiodifusão sonora →o prazo de duração é de 10 anos.

Radiodifusão de sinais e imagens →o prazo de duração será de quinze anos.

Subcontratação (Subconcessão)

→A subcontratação depende de anuência do poder concedente.

Para que seja subcontratado o objeto do contrato de concessão firmado, ou para que se admita a transferência do controle acionário da concessionária, é indispensável a anuência do poder concedente, sob pena de se configurar inadimplemento sujeito à declaração de caducidade do contrato, sem prejuízo das sanções a serem aplicadas (art. 27, da lei 8.987/95).

→A subcontratação deve ser apenas de parte do objeto do contrato, sob pena de configurar fraude ao procedimento licitatório.

→Deve haver previsão no edital e na legislação.

→Deve ser precedido de autorização do poder público.

→É INDISPENSÁVEL a subconcessão seja feita através do procedimento licitatório na modalidade concorrência.

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho "*no que tange à subconcessão, a lei determina que, além da autorização específica pelo poder concedente, deverá ser precedida de procedimento licitatório na modalidade concorrência, para que seja regularmente efetivada*".

Arbitragem

É possível que sejam previstas as formas privadas de resolução de controvérsias.

Desse modo, o art. 23-A da Lei 8987/95: permite a arbitragem nos contratos de concessão, ou seja, admite-se resolver as controvérsias mediante arbitragem.

A celebração de cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais para a solução das controvérsias ocorridas no bojo de contratos de concessão se serviços públicos é permitido.

Em 2004 fora editada a Lei nº 11.079, que criou duas espécies de concessão de serviço público, que a lei denominou de PPP – Parceria Público Privada.

Parceria Público Privada

Trata-se de um contrato de concessão de forma especial.

As PPP-s são concessões de serviços públicos de natureza especial com o objetivo de prestação de serviços públicos de forma menos dispendiosa, podendo, ainda, se admitir o fornecimento de bens ou execução de obras.

A legislação cria duas novas espécies de contrato de concessão: concessão administrativa e concessão patrocinada.

Espécies de parcerias

Concessão patrocinada

Concessão administrativa

A concessão especial patrocinada , a mais utilizada, é uma concessão comum em que há a presença de recurso público obrigatoriamente. Ou seja, o Estado tem que bancar parte do investimento. Assim, tem-se a tarifa do usuário, mais o recurso público. Exemplo: construção de rodovias.

A concessão especial administrativa, modalidade muito criticada pela doutrina, ocorre quando a própria Administração é a usuária do serviço. Exemplo: o parceiro privado constrói um presídio e a Administração é a usuária indireta, pois os presos são usuários diretos.

Prazo

O prazo da parceria público privada não pode ser inferior a 5 anos e nem superior a 35 anos.

Valores

Não se admite a contratação de PPP-s para valores baixos. Dessa forma, terá valor mínimo de 10 milhões (alteração feita em 2017), sendo vedado a realização de contratação de PPP cujo valor seja inferior a 10 milhões de reais. Vejamos:

> **LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.**
>
> Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
>
> ~~I - cujo valor do contrato seja inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);~~
>
> I - cujo valor do contrato seja inferior a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017).

Objeto do Contrato

Por fim, os contratos de parceria público privada deve ser objeto do contrato a prestação de serviço público, não necessitando que o serviço público seja objeto único, desde que seja um deles.

Responsabilidade Solidária

Nos contratos de parceria público privado existe um compartilhamento de riscos do contrato de concessão, isso, por sua vez, determina a responsabilidade solidária do Ente estatal por todos os danos que decorram desse contrato de parceria.

Por outro lado, compartilha-se também todos os ganhos decorrentes da redução do risco.

O compartilhamento de riscos é uma das principais distinções entre essa modalidade especial de concessão e a concessão comum. Nessa, vale lembrar que o consessionário age por sua conta e risco, respondendo o Poder Público subsidiariamente. Na PPP, com o compartilhamento dos riscos e das vantagens, a responsabilidade do Estado é solidária.

A contraprestação que o parceiro público faz ao parceiro privado deve ser feita: a) por meio de ordem bancária ou b) cessão de créditos com o poder público (não tributário); c) outorga de direitos (em face da administração ou sobre bens públicos dominicais).

Garantia

O parceiro privado pode exigir do poder público uma garantia. Por outro lado, conforme prevê a Lei nº 8.666/93, admite-se que o ente estatal exija garantias do parceiro privado para a celebração do contrato de concessão especial.

Desse modo, contemplamos que nos contratos de concessão com as PPP-s, se apresenta a peculiaridade s possibilidade do partícula de "exigir uma garantia do parceiro público".

A garantia poderá ser prestada através de:

a. Vinculação de receita (se inclui na receita orçamentária, um valor específico destinado a garantia das PPP-s).

b. Fundos Especiais (poderão ser criados fundos especiais que ficarão responsáveis por eventuais danos decorrentes dos contratos de concessão com as PPP-s).

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho "a legislação prevê a possibilidade de garantia mediante instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, assim como a contratação de seguro-garantia desde que seja celebrado com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público de forma direta".

c. Seguro-garantia;

d. Fiança bancária;

e. Fundos garantidores.

Sociedade de propósito específico

A gestão do contrato da Parceria Pública Privada, segunda a lei, é feita indispensavelmente por uma pessoa imparcial, nem do poder público nem do privado. Antes da celebração do contrato, após a licitação, deve ser feita a criação de uma pessoa jurídica que irá gerir o contrato, essa será sua única função. É a chamada Sociedade de Propósito Específico. Essa sociedade pode ser uma companhia de capital aberto, inclusive. É indispensável que o poder público também seja sócio da sociedade criada, mas não pode ter o controle acionário da sociedade.

Desse modo, visando assegurar a imparcialidade, a lei prevê a criação de uma sociedade de propósito específico.

Nessa esteira, a Parceria Público-Privada deve ser gerida por uma sociedade de propósito específico, a qual deve ter sido criada previamente à celebração do contrato, ficando responsável, além da gestão, pela implantação da parceria.

A Empresa privada terá como único propósito gerir aquele contrato de parceria público privada.

A sociedade de propósito específico é criada entre a fase do procedimento licitatório e a contratação efetiva do “contrato de parceria”.

Normas aplicadas no âmbito Federal para os contratos de parcerias público-privadas

Trata-se de disposições específicas aplicados a União.

- Criação de um órgão gestor;

O órgão gestor é instituído com competência para definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos, autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital, assim como para apreciar os

Funções do órgão gestor

Definir serviços prioritários para os contratos com as PPP-s;

Fica responsável por disciplinar o procedimento de licitação;

Autorizar a realização de procedimento licitatório; (autorização de cada procedimento licitatório).

Apreciação dos relatórios apresentados pela Administração Pública e o Parceiro Privado.

→**Composição do Órgão Gestor** (3 membros)

O órgão gestor deverá ser composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República.

→**Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas Federais**

A legislação define ainda a criação de uma entidade garantidora dos contratos firmados no âmbito federal. Neste sentido, a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes ficam autorizadas a participar, no limite global de R$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais, em virtude das parcerias, tendo natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

O próprio fundo garantidor é que responderá pelos seus atos.

A integralização de cotas poderá ocorrer por meio de (!) dinheiro; (!) títulos da dívida pública; (!) entrega de bens públicos (móveis ou imóveis).

Obs.: A PPP é um contrato de concessão, e nessa condição, devem ser licitadas mediante concorrência, com possibilidade de inversão de fases, desde que previsto no edital.

Permissão de Serviço Público

A permissão é tradicionalmente tratada pela doutrina como ato discricionário e precário. No entanto, no que diz respeito à permissão de serviço público a ideia do ato discricionário e precário não se mantém, pois a CF diz que a permissão de serviço público é feita através de contrato administrativo.

O art. 40 da Lei nº 8987/95 diz que a permissão de serviços públicos é contrato de adesão por meio do qual se transfere a prestação de serviço a título precário. Na prática isto não é possível**, pois tendo a permissão de serviços públicos natureza contratual a precariedade fica mitigada. Hoje se diz que a** permissão de serviço público configura um contrato de adesão.

Nesse sentido, a permissão pode ser definida como forma de delegação de serviço público a particulares que executarão a atividade por sua conta e risco, mediante cobrança de tarifas dos usuários que serão responsáveis pela sua remuneração.

Conforme a doutrina majoritária, a permissão de serviços tem natureza contratual e que, nos termos da lei, devem-lhe ser aplicadas, no que couber, as regras atinentes à concessão de serviços públicos, destacando-se, porém, três diferenças:

Concessão	Permissão
Deve ser precedida de proc. Licitatório na modalidade concorrência.	É possível modalidades de licitações diversas (e não apenas a modalidade concorrência).
Contratado deverá ser pessoa jurídica ou consórcio de empresa.	Contratado poderá ser pessoa física ou jurídica.
Autorização legislativa: há obrigatoriedade de lei específica para a celebração.	A permissão dispensa a lei específica.

Autorização de Serviço Público

Alguns doutrinadores ainda defendem a existência de autorização de serviço público.

É ato unilateral, discricionário e precário. É utilizada para a prestação de serviço público não essencial, mediante contraprestação não pecuniária.

Consórcios Públicos

Em 2005 foi editada a Lei nº 11.107, criando os denominados "consórcios públicos". Os consórcios públicos, diferentemente da concessão, não tem natureza contratual.

"*O consórcio público não é um contrato administrativo, já que neste há vontades divergentes das partes contratantes. Em verdade, no consórcio estabelecido pela Lei nº 11.107 as vontades dos entes são convergentes*".

→Consócios públicos não tem natureza jurídica de contrato e sim de consócio/convênio.

→Nos consórcios públicos as vontades são convergentes, ou seja, é uma gestão associada de pessoas de direito público que executam um serviço similar que se consorciam para execução associada das atividades.

→As pessoas de direito público formadoras dos consócios públicos são entes federativos. (ex.: o Estado da Bahia, Pernambuco e Ceará possuem cada um uma Entidade de Apoio as Vítimas do Semiárido. Os Estados se juntam e formam a ADEVISA).

Somente os entes federativos podem formar consórcios.

Personalidade Jurídica

Destaque-se, da junção desses entes associados, surge o consórcio público, com personalidade jurídica própria (que não se confunde com os entes associados).

Assim, a novidade estabelecida pela Lei nº 11.107/05 é que, a partir do momento que estes entes federativos se juntam e formam um consócio, este consórcio ganha personalidade jurídica de todos os entes consorciados, não se confundindo com a personalidade jurídica própria dos entes formadores dos consórcios.

Poderá ser criada com personalidade jurídica de direito privado ou com personalidade jurídica de direito público.

Se criada com personalidade jurídica de D. Público é denominada de associação pública e integra a Administração Indireta de cada um dos entes consorciados.

→ Sendo um consócio público de direito público receberá o nome de associação pública e irá integrar a Administração Pública Indireta de cada um dos entes formadores do consórcio.

Neste sentido, pode-se estabelecer que o consórcio público é a gestão associada dos entes federativos, de qualquer esfera de governo, para a prestação de serviços públicos de interesse comum.

Obs.: Associação Pública nada mais é do que uma espécie de Autarquia Associativa**. Sendo então uma autarquia de personalidade jurídica múltipla** compondo a Administração Pública Indireta de cada um desses entes**.**

Protocolo de intenções

Quando da junção dos entes federativos, os referidos antes de formarem o consórcio propriamente celebram o denominado "protocolo de intenções".

Nesse sentido, preleciona Matheus Carvalho "quando os entes federativos firmam o acordo, em verdade, está sendo celebrado somente o protocolo de intenções. Posteriormente, este protocolo será enviado ao Poder Legislativo de cada um dos entes consorciados, como projeto de lei, e, da ratificação do protocolo de intenções, é formalizado o consórcio".

Desse moco, contemplamos que o protocolo nada mais é que a intenção formada dos entes em firmar o consócio. Posteriormente, **cada um desses entes terá que ratificar o protocolo de intenções através de lei.** O protocolo é **encaminhado como projeto de lei para cada poder legislativo do âmbito**. Depois da ratificação por leis do protocolo de intenções, em cada ente interessado, está firmado o consócio. Então a **autarquia, formada pelo consócio público, é criada através de várias leis**.

A natureza associativa da autarquia exige a edição de mais de uma lei. A formação do consórcio se dá a partir da segunda lei que ratificou o protocolo de intenções que fora firmado.

- Contrato de Rateio

O orçamento do consócio público é formado pelo destaque orçamentário dos seus entes consorciados, ou seja, da Administração Pública vinculada a ele. No momento em que é firmado o protocolo de intenções estes entes federativos firmam também um contrato de rateio. Este contrato é uma especificação de quanto cada ente irá contribui para a formação e manutenção do consócio público.

Obs.: A união e o município só podem participar de um mesmo consórcio se o Estado em cujo território localizado o município também estiver participando.

Assim, a lei "veda" a participação da União.

- Procedimento Licitatório

As licitações dos consócios **seguem regra geral da Lei 8666/93**, com duas peculiaridades:

Os valores das modalidades licitatórias são alterados pela Lei 8666/93 quando se trata de consócios: a lei diz tratando-se de **procedimento licitatório formado por até 3 entes federativos terão os valores das modalidades duplicados. Se o consócio público for formado por mais de 3 entes estes valores serão triplicados.**

Dispensa: consócios públicos têm **dispensa de licitação em contratos de até 20% do convite, ou seja, até 30 mil reais em caso de obras e 16 mil reais em caso de serviços, art. 24, §1º, Lei 8.666/93.** O ente tem ainda a garantia de ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes da Federação consorciados, dispensada a licitação. Trata-se do contrato de programa.

230

Conteúdo 10: Atos Administrativos

Nem todo ato praticado pela administração é ato administrativo.

Assim, inicialmente, cumpre destacar que não podemos confundir os denominados atos da administração com os atos administrativos, este ultimo mera espécie de atos da administração.

→Atos administrativos e atos da administração não são sinônimos.

Os atos da administração é o mais amplo do que a noção de ato administrativo, uma vez que este é espécie daquele.

São espécies dos atos da administração: os **atos políticos** ou de governo, os **atos privados**, **atos materiais** e por fim, os **atos administrativos**.

- ✓ *Atos políticos;*
- ✓ *Atos privados;*
- ✓ *Atos materiais;*
- ✓ *Atos administrativos;*

ATOS POLÍTICOS são aqueles exercidos no exercício da função politica do Estado, por exemplo, declaração de guerra, decreto de lei. Os atos políticos não se submetem ao controle jurisdicional em abstrato.

Atos políticos não se submetem a súmula vinculante.

A súmula vinculante vincula a função administrativa e jurisdicional, mas não a politica e a legislativa.

Noutra banda, a administração pública prática os denominados **ATOS PRIVADOS**, que são os atos da administração publica regido pelo direito privado, ocasião em que a administração não atua com prerrogativas de Estado, mas em par de igualdades. Nessa espécie de ato, a administração e particular estão em pé de igualdade.

Nos atos privados, a Administração Pública abre mão de suas prerrogativas públicas, por exemplo, na doação, permuta.

Abre mão da supremacia e atua em pé de igualdade com o particular, sem nenhuma garantia em face do particular, esses são regulados pelo Direito Civil, e não pelo D. Administrativo.

Por fim, a administração pública prática **ATOS MATERIAIS**, que são atos de mera execução de atividade. Também denominado de fatos administrativos, já que não manifestam a vontade do Estado. São atos de execução da atividade pública, por exemplo, a demolição de um prédio, aplicação da multa pelas máquinas.

Os **ATOS ADMINISTRATIVOS**, por sua vez, *são aqueles atos praticados no exercício da função administrativa sob o regime de direito público, ensejando uma manifestação de vontade do Estado.*

- *Exercício da função administrativa;*
- *Sob regime de direito público;*

- *Ensejando a manifestação de vontade do Estado; ou de quem lhe faça as vezes;*

Aqueles que atuam por delegação do Estado, também são atos administrativos, pois constitui-se em manifestação do Estado.

Delegação (transferência a particulares que atuam em nome do Estado).

Assim, nem todo ato da administração é ato administrativo, e nem todo ato administrativo é ato da administração, uma vez que se admite a delegação de alguns atos, que serão atos administrativos, mas não da administração.

→Definição dada pela VUNESP em uma de suas questões. Vejamos:

Toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigação ao administrado ou a si própria, corresponde à definição de ATO ADMINISTRATIVO.

Ato Vinculado e Ato Discricionário

Inicialmente, faz-se necessário analisar os conceitos de ato vinculado e ato discricionário.

No ato vinculado, todos os elementos para a prática deste, estão objetivamente previstos na lei.

O ato vinculado é aquele praticado no exercício do poder vinculado, em que a atuação administrativa está adstrita aos ditames previstos na legislação, de forma objetiva.

Neste caso, a norma legal estabelece todos os elementos do ato administrativo, sem deixar qualquer margem de opção acerca da melhor atuação para o agente.

No ato vinculado não há margem de liberdade na atuação do agente público, diferentemente do que ocorre no ato discricionário. No vinculado, o administrador é mero aplicador do texto legal.

→ Definição de Ato vinculado dado pela VUNESP em uma de suas questões. Vejamos:

Quanto a um determinado ato considerado **vinculado** exercido pelo administrador público, pode-se dizer que não há liberdade de escolha para o administrador público.

Diz-se que os atos administrativos são vinculados quando a lei estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de forma determinada.

Nessa esteira, o ato discricionário é o ato administrativo em que o legislador confere margem de escolha ao administrador público, mediante análise de mérito, que são razoes de conveniência e oportunidade.

→Definição de Ato Discricionário dado pela VUNESP em uma de suas questões. Vejamos:

Afirma-se que um **ato é discricionário** nos casos em que a Administração tem o poder de adotar uma ou outra solução, segundo critérios de oportunidade, de conveniência, de justiça e de equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador, que deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto.

Atenção! A discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, somente sendo exercida dentro dos limites definidos pela legislação aplicável.

Na discricionariedade, o legislador atribui ao aplicador da lei o encargo de produzir a melhor atuação valorando as circunstâncias fáticas.

Nos atos discricionários o controle exercido pelo **Poder Judiciário se limita à análise de legalidade**. Assim, se o agente pratica ato desproporcional, compete ao judiciário, se provocado, anular esta atuação, haja vista o entendimento de que a norma desproporcional é ilegal e, portanto, sujeita a controle.

Classificação dos Atos Administrativos

a) Quanto ao grau de liberdade: atos vinculados e atos discricionários

Os **atos vinculados** são aqueles que a lei não confere ao agente público margem de liberdade.

É aquele ato que todos os seus elementos já estão previamente estipulados em lei, de forma objetiva. Não existem critérios de escolha, oportunidade e conveniência.

Por outro lado, **atos discricionários** são aqueles que admitem uma margem de liberdade, chamado de mérito (conveniência e oportunidade). A lei confere ao agente a possibilidade de atuar de uma ou outra forma, avaliando-se a oportunidade e conveniência, sempre dentro dos padrões estipulados pela lei.

Atos Vinculados	Atos Discricionários
Não há margem de atuação.	Há margem de atuação, análise de mérito (conveniência e oportunidade).

b) Quanto aos destinatários: atos gerais e atos individuais

Os **atos gerais** são aqueles atos que atingem uma quantidade indeterminada de pessoas, com caráter abstrato e impessoal.

O ato geral não se destina a pessoas específicas, mas descreve uma situação de fato, tornando todos aqueles que se enquadram nesta situação obedientes aos termos expostos no ato.

Os atos gerais dependem de publicação.

Os **atos individuais**, por sua vez, se dirigem a determinados indivíduos, especificados no próprio ato. Nestes casos, há uma discriminação especifica de quais agentes ou particulares se submetem a disposição da conduta.

Por exemplo, portaria de nomeação de 300 candidatos de um concurso. Esse ato individualiza todas as pessoas que serão atingidas por ele.

Ressalta-se que o ato individual pode atingir vários indivíduos, o que o diferencia do ato geral, é que estarão todos explicitados no ato administrativo. São dirigidos a destinatários certos e criam uma situação jurídica particular.

Atos Gerais	Atos Individuais
Referem-se a uma quantidade indeterminada de pessoas com caráter abstrato e impessoal.	São aqueles atos em que todos que serão atingidos pelo mesmo estão explicitados no ato administrativo. Há uma possibilidade de se aferir quem será atingido por aquele ato.

c) Quanto a formação: atos simples, ato composto e ato complexo

O **ato simples** é aquele que, para sua formação, depende de uma única manifestação de vontade. Logo, a manifestação de vontade de um único órgão, ainda que se trate de órgão colegiado, torna o ato perfeito.

Assim, a vontade para a formação do ato deve ser unitária sendo ela obtida por meio de uma votação em órgão colegiado, ou manifestação de um agente, em órgão singulares.

Ato simples → **Uma única manifestação de vontade de 1 único órgão**; (1 manifestação. 1 órgão);

O **ato complexo**, por seu turno, é formado pela soma de vontades de órgãos públicos independentes, em mesmo nível hierárquico, de forma que tenham a mesma força, não se podendo imaginar a dependência de uma relação a outra. Neste caso os atos que formarão o ato complexo serão expedidos por órgãos públicos diferentes, não havendo subordinação entre eles.

Pode-se citar como exemplo a *nomeação de Procurador da Fazenda Nacional*, na qual o Advogado Geral da União e o Ministro da Fazenda manifestam vontades, por meio da edição de uma portaria conjunta. As vontades manifestadas unem-se para a formação de um único ato.

Ato complexo →soma de vontade de órgãos independentes; 2 manifestações; 2 órgãos diferentes e independentes; Ex: Nomeação do Procurador da Fazenda Nacional. Ato que depende de dois atos independentes entre órgãos diversos.

Manifestação de vontade 1 + Manifestação de vontade 2 = formando um único ato, denominado de ato complexo.

Exemplo: Aposentadoria do servidor público é um ato complexo: manifestação de vontade do órgão ao qual o servidor está vinculado + aprovação do Tribunal de Contas → logo, referido ato é classificado como ATO COMPLEXO, só está perfeito e acabado quando o Tribunal de Contas aprovar!

Súmula Vinculante 3

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Nesse caso o ato não precisa respeitar o contraditório prévio, pois não esta restringindo um direito já adquirido, mas sim impedindo que o direito se aperfeiçoe.

Assim, contemplamos que todos os atos do Tribunal de Conta que restringe direitos deve observar o contraditório prévio, SALVO a não concessão de aposentadoria.

"(...) quando o Tribunal de Contas aprecia a legalidade de um ato concessivo de pensão, aposentadoria ou reforma, ele não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública. Num segundo momento, porém, concedida a aposentadoria, reconhecido o direito à pensão ou à reforma, já existe um ato jurídico que, no primeiro momento, até que prove o contrário, chama-se ato jurídico perfeito, porque se perfez reunindo os elementos formadores que a lei exigia para tal. "Nessa última hipótese, deverá ser concedido o contraditório e a ampla defesa".

Obs.: A inércia do Tribunal de Contas após 5 anos, constituir-se-á em aprovação tácita, aperfeiçoando-se o ato, que será considerada manifestação positiva.

#JáCaiuMP

Em regra, não se assegura o contraditório e a ampla defesa nos processos perante o Tribunal de Contas da União que apreciam a legalidade da concessão inicial de aposentadoria, já que essa concessão é ato complexo, salvo se a Corte de Contas demorar mais de cinco anos para concluir a apreciação. (MP Bahia, 2018).

O **ato composto**, por sua vez, para sua perfeição depende de mais de uma manifestação de vontade.

Neste caso, os atos são compostos por vontade principal (ato principal) e a vontade que ratifica esta (ato acessório).

Composto de dois atos, geralmente decorrentes do mesmo órgão público, em patamar de desigualdade, devendo o segundo ato seguir a sorte do primeiro. Logo, dois atos, um principal e outro acessório, o acessório seguindo o primeiro.

Ato composto →Vontade principal + Vontade acessória (dependente da 1ª vontade);

Assim, a diferença entre os atos complexos e compostos decorre de que a despeito de serem atos que dependem de mais de uma vontade para sua formação, no ato complexo, estas vontades são expedidas por órgãos independentes, para a formação de um ato, enquanto que no ato composto, haverá a manifestação de autoridades diversas, dentro de uma mesma estrutura orgânica, sendo que uma das condutas é meramente ratificadora e acessória em relação à outra.

236

– EFEITO PRODRÔMICO –

Quando o primeiro ato é realizado, ele dá inicio a formação do ato complexo ou composto, sendo esse seu efeito principal, além disso, exige a manifestação do segundo ato, quebrando a inércia da Administração, esse efeito acessório que o ato tem é denominado de EFEITO PRODRÔMICO: efeito que o ato tem de exigir a manifestação desse segundo ato.

Ato Simples	Ato Complexo	Ato Composto
Depende de uma única manifestação de vontade.	Soma de vontade de órgãos públicos independentes, de mesma hierarquia.	É um ato composto por uma vontade principal e a vontade que ratifica esse ato.

VOCÊ SABIA?

Portaria interministerial produzida, em conjunto, por dois Ministérios não pode ser revogada por portaria posterior editada por apenas uma das Pastas

A portaria interministerial editada pelos Ministérios da Educação e do Planejamento demanda a manifestação das duas Pastas para a sua revogação. Ex: o art. 7º do Decreto 6.253/2007 determinou que os Ministérios da Educação e da Fazenda deveriam editar um ato conjunto definindo os valores, por aluno, para fins de aplicação dos recursos do FUNDEB. Atendendo a este comando, em março de 2009, os Ministros da Educação e da Fazenda editaram a Portaria interministerial 221/2009 estipulando tais valores. Ocorre que alguns meses depois, o Ministro da Educação editou, sozinho, ou seja, sem o Ministro da Fazenda, a Portaria 788/2009 revogando a Portaria interministerial 221/2009 e definindo novos valores por aluno para recebimento dos recursos do FUNDEB.

O STJ concluiu que esta segunda portaria não teve o condão de revogar a primeira. A regulamentação do valor por aluno do FUNDEB exige um ato administrativo complexo que, para a sua formação, impõe a manifestação de dois ou mais órgãos para dar existência ao ato (no caso, portaria interministerial). Por simetria, **somente seria possível a revogação do ato administrativo anterior por autoridade/órgão competente para produzi-lo**. Em suma, o primeiro ato somente poderia ser revogado por outra portaria interministerial das duas Pastas. STJ. 1ª Seção. MS 14731/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 14/12/2016 (Info 597).

d) Quanto ao objeto: atos de império, de expediente e de gestão

O ato de império são aqueles nos quais a Administração atua com prerrogativa de Poder Público, valendo-se da supremacia do interesse público sobre o privado. O Estado atua no ***juris imperi***, atua em desigualdade em virtude da supremacia do interesse público sobre o privado. Exerce função em grau de desigualdade.

Os atos de império são atos administrativos propriamente ditos.

Por seu turno, os atos de gestão são executados pelo poder público sem as prerrogativas de Estado, atuando a Administração em situação de igualdade com o particular. Em tais casos, a atividade é regida pelo direito privado, não se valendo o ente estatal das prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público. (Seriam atos privados da Administração).

Por fim, os atos de expediente são aqueles praticados como forma de dar andamento a atividade administrativa, sem configurar uma manifestação de vontade do Estado, mas sim a execução de conduta previamente definidas. Exemplificando, é ato de expediente o despacho que encaminha um processo administrativo para julgamento.

Ato de Império	Atos de Gestão	Atos de Execução
Atos nos quais a Administração atua com prerrogativa de Poder Público. São os atos administrativos propriamente.	São atos em que a Administração Pública atua em pé de igualdade com o particular.	São atos praticados como forma de dar andamento à atividade administrativa, não configuram manifestação de vontade do agente.

No tocante as espécies, os atos podem ser: atos normativos, atos ordinatórios, atos negociais, atos enunciativos ou atos punitivos.

e) Quanto ao conteúdo

- ✓ *Normativos*
- ✓ *Ordinatórios*
- ✓ *Negociais*
- ✓ *Enunciativos*
- ✓ *Punitivos*

Todo ato administrativo deverá constar dentro de uma dessas classificações.

a) Atos normativos: são atos da administração que consistem na elaboração de normais gerais e abstratas com finalidade de assegurar a fiel execução da lei; decorrem do poder normativo.

O ato normativo não pode inovar dentro do Ordenamento Jurídico.

→São atos decorrentes do poder normativo.

Decreto: forma de apresentação do ato;

Regulamento: ato.

Decreto	Regulamento
FORMA	ATO

O regulamento é expedido por intermédio de um decreto, logo, o decreto é a forma de manifestação do regulamento.

Trata-se de ato privativo do Chefe do Executivo.

Regulamentos executivos: expedido para a fiel execução da lei, nos limites da lei.

Regulamentos autônomos: é aquele que é expedido para substituir a lei.

→Substituto da lei.

CF: Art. 84,VI – define que o Presidente da Republica pode fazer a extinção de cargo público vago e tratar da matéria de organização administrativa, desde que isso não resulte em gastos.

A regra no OJ brasileiro são os decretos executivos (para fiel execução da lei), mas se admite os decretos autônomos (substitutivos da lei) nos moldes do art. 84, VI CF – regulamentos autônomos, dentro dos limites previstos na Carta Magna.

Avisos são atos dos ministérios e secretárias estaduais e municipais;

- *AVISO* É ATO NORMATIVO, conforme doutrina e CESPE!

- *Instruções normativas;*

- *Resoluções;*

- *Deliberações.*

- *Regimento interno dos Tribunais*;

b) Atos ordinatórios: são atos de ordenação e coordenação interna da atividade.

São praticados no exercício da função administração, manifestando o poder hierárquico. Poder de estruturação da atividade interna. Esses atos ordinários SÃO INTERNOS, geram ordens para serem observados no âmbito interno, não atingindo os particulares.

Já caiu!!! PC-PI 2014: Os atos ordinatórios são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta de seus agentes no desempenho de suas atribuições.

- *Portarias;* ato interno que organiza a atividade pública, atingindo indivíduos especificados, portaria de nomeação, portaria de licença, etc.

- *Circular* ato administrativo por meio do qual se estabelece regras uniformes; não se refere a indivíduos específicos, estabelece "norma geral" uniforme dentro daquela Pessoa Jurídica.

- *Ordem de serviço*; é o ato por meio do qual se distribui as atividades daquele setor e servidores;

- *Atos de comunicação: ofícios (entre Autoridades diferentes) e memorando (entre agentes de um mesmo órgão)*;

Ofícios	Memorando
Ato emanado para garantir a comunicação entre autoridades públicas ou entre estas e particulares, destinadas a comunicação externa.	Ato de comunicação interna, entre setores de uma mesma estrutura orgânica.

c) Atos negociais: são aqueles atos no qual a administração pública confere algum beneficio ao particular.

Por ele a administração concede direitos pleiteados por particulares. A manifestação de vontade do Estado coincide com o interesse particular.

Os atos negociais, dividem-se em, Licença | Autorização e Permissão.

c.1) **Autorização** → ato administrativo discricionário e precário: na autorização o administrador público irá analisar oportunidade e conveniência para definir se deve ou não praticar o ato; ato precário porque pode ser desfeito a qualquer momento, não dando ensejo a indenização. O desfazimento do ato não dá origem ao direito de indenização;

c.1.1 – **autorização de uso de bem público**: quando o particular pretende usar o bem público de forma especial; exemplo: autorização para realização do casamento da praia;

Nas lições de Matheus Carvalho "*ato discricionário e precário por meio de que a Administração Pública autoriza o uso de bem público por um particular de forma anormal e privativa, no interesse eminentemente do beneficiário*".

A utilização do bem comum é de forma especial.

c.1.2 – **autorização de polícia**: particular pretende exercer uma atividade material fiscalizada pelo Estado; por exemplo: autorização para porte de arma, autorização para abrir Escolas particulares. Essa autorização é uma forma de exercer o poder de polícia do Estado.

c.2) **Licença** → é sempre um ato de polícia, ou seja, se concede a licença porque o particular pretende exercer uma atividade que é fiscalizada pelo Estado.

A licença se diferencia da autorização de polícia, pelo fato de ser esta VINCULADA, enquanto que a autorização de polícia é discricionária.

Na licença se o individuo cumprir todos os requisitos propostos na lei, ele tem direito a licença, fala-se que o ato é VINCULADO.

c.3) **Permissão** → tem natureza contratual.

A permissão de uso de bem público é ato administrativo discricionário e precário por meio do qual a administração pública permite ao particular utilizar do bem público de forma especial/anormal.

→Qual a diferença da permissão de uso e a autorização de uso?

A diferença é o interesse, a doutrina majoritária entende que a autorização de uso é feita no interesse do particular, enquanto que a permissão de uso é feita no interesse da Administração.

Autorização de uso	Permissão de uso
INTERESSE DO PARTICULAR;	INTERESSE PÚBLICO;

A licença, autorização e permissão são expedidas através de alvará.

c.4) **Admissão** → ato por meio do qual a Administração permite que o particular usufrua de determinado serviço público, por exemplo, admissão na Escola Pública – permite que o particular possa realizar a matricula e usufrua do ensino prestado pelo Estado.

d) Atos enunciativos: são atos administrativos que atestam/apresentam situações de fatos ou que emitem opiniões.

Os atos enunciativos podem atestar situações de fato ou emitir opiniões da Fazenda Pública.

- *pareceres*; emite opinião da Administração acerca de determinada situação; são atos meramente opinativos e podem ser vinculantes OU não vinculantes;

* Parecer Obrigatório; a lei exige a existência do parecer para regularidade do procedimento; podem eles ser vinculantes ou não vinculantes.

Pareceres vinculantes devem estar previamente previstos em lei, se assim não dispuser são meramente opinativos.

Em regra, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, os pareceres são não vinculantes, sendo os vinculantes excepcionais.

-responsabilidade do parecerista; a doutrina majoritária entende somente haverá responsabilidade do emissor do parecer se ele tiver atuado de forma dolosa, ou com erro grosseiro ao emanar ato de opinião.

* parecer facultativo; está presente nas situações em que a Lei não exige parecer para a regularidade do procedimento.

- *certidões, atestados; apostilas*; são atos que atestam fatos.

Na certidão apenas se atesta algo que já está constituído.

Certidão	Atestados	Apostila
Espelho do registro A administração certifica determinado ato que já se encontra previamente registrado.	Trata-se de ato, por meio do qual a administração pública comprova a existência de uma situação analisada pelo Estado por meio de seus órgãos. Verifica a situação de fato, para posteriormente ATESTAR.	Ato por meio do qual a administração pública irá acrescentar alguma informação ao registro.

e) Atos punitivo: são atos de aplicação de sanção, que pode decorrer do poder disciplinar ou do poder de policia, variando conforme o vinculo.

Se existe vinculo especial decorre do **poder disciplinar**. Por outro lado, não existe vinculo especial **decorre do poder de polícia**.

- *atos do poder disciplinar;*

- *atos do poder de polícia;*

A aplicação do poder sancionatório deve observar o principio da proporcionalidade: sempre que a administração pública estiver aplicando penalidades, deve-se verificar se a penalidade é proporcional da gravidade da infração praticada.

Deve-se observar ainda, o contraditório e a ampla defesa, precedido de um devido processo legal.

f) Quanto à estrutura: atos concretos e atos abstratos

Os atos concretos são praticados com a finalidade de resolver uma situação específica, exaurindo seus efeitos em uma única aplicação, não perdurando após a prática e execução da conduta, como ocorre com a aplicação de uma multa de trânsito ou na aplicação da penalidade de demissão de um servidor público faltoso.

Os atos abstratos, por sua vez, são aqueles que definem uma regra genérica que deverá ser aplicada sempre que uma situação descrita no ato ocorrer de fato. Nesses casos a conduta estatal tem efeitos permanentes, aplicando-

se, todas as vezes em que seja reproduzida a hipótese fática prevista na lei. Por exemplo, o decreto que proíbe o estacionamento em determinada via pública.

g) Quantos aos efeitos: atos constitutivos e atos declaratórios

Os atos constitutivos são aqueles que criam uma situação jurídica nova, previamente inexistente, mediante a criação de novos direitos ou a extinção de prerrogativas anteriormente estabelecidas, como é o caso da exoneração de um servidor público e da autorização de bem público. Os atos constitutivos CRIAM ou EXTINGUEM direitos.

Os atos declaratórios, por sua vez, afirmam um direito preexistente, mediante o reconhecimento de situação jurídica previamente constituída. Nesse sentido, os atos declaratórios têm efeitos retroativos, haja vista o fato que não constituem situações, mas tão somente as apresentam, como ocorre, por exemplo, com o ato de aposentadoria compulsória de um servidor público.

h) Quantos aos resultados: atos ampliativos e atos restritivos

Os atos ampliativos são aqueles que atribuem direitos e vantagens aos seus destinatários.

Os atos restritivos, por seu turno, são aqueles que impõem obrigações ou aplicam penalidades aos destinatários, sempre, dentro dos limites da lei. São atos que restringem a esfera do particular.

i) Quando ao seu alcance: atos internos ou atos externos

Os atos internos são aqueles que produzem efeitos dentro da estrutura da administração pública responsável por sua edição. Não dependem de publicação.

Os atos externos, por sua vez, produzem efeitos em relação aos administrados, estranhos à estrutura da Administração Pública, razão pela qual dependem de publicação oficial.

Elementos ou Requisitos do ato administrativo

Todo ato administrativo possui cinco elementos, conforme preconiza o art. 2º da Lei 4.717/65.

Segundo o art. 2º, da Lei supracitada, "*são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de*: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade".

Desse modo, contemplamos que são elementos/requisitos do ato administrativo: **a competência, objeto, forma, finalidade e o motivo**.

a) **Competência**

A competência é definida em lei ou em atos administrativos gerais, bem como em algumas situações decorrem do próprio texto constitucional e não pode ser alterado por vontade das partes ou do administrador público.

Podemos definir a competência como a atribuição normativa de legitimação para a prática de um ato administrativo.

Assim, falar-se em competência é dizer que aquele agente possui atribuição para a prática daquele determinado ato.

243

Ao falarmos em agente público, devemos estender o seu conceito para abranger os agentes políticos, os particulares em colaboração com o poder público e os servidores estatais.

Merece atenção o fato de que não é suficiente tão somente que ostente a qualidade de agente público, deve o referido ter capacidade para tanto, devendo ser analisada, ainda, a existência, inclusive, de algum óbice legal à atuação deste agente.

Desse modo, o agente deve possuir competência para a prática do ato especificado.

A competência, pode ainda ser classificada em competência originária e competência secundária.

Entende-se por competência originária aquela que decorra diretamente da lei, ou do próprio texto constitucional, quando se tratar de agentes de hierarquia elevada, em determinadas atribuições.

Por outro lado, a competência secundária é aquela desenvolvida por órgãos de menor hierarquia, sendo possível que a competência esteja disciplina em atos administrativos, gerais e abstratos, com função de organização de estrutura interna do Estado, sendo que esta disposição tem base originária na lei.

A competência é elemento sempre vinculado.

A doutrina costuma definir a atuação administrativa, como um poder-dever conferido ao poder público e distribuído entre seus agentes e órgãos interno.

A competência possui como características: a) irrenunciável; b) imprescritível; c) improrrogável.

- **Irrenunciável** →diante da indisponibilidade do interesse público, o administrador não pode renunciar da competência que lhe foi atribuída pela lei.

- **Imprescritível** →não é perdida pelo não exercício.

- **Improrrogável** →não se adquire pelo uso. Assim, se o sujeito que praticou o ato for incompetente, e ninguém manifestou-se levantando a sua incompetência, este não se tornará competente (não se prorroga a competência).

Dois institutos devem ser analisados quando tratamos de competência do ato administrativo, são eles a delegação e avocação.

A delegação consiste na extensão de competência, de forma temporária, para um outro agente de mesma hierárquica ou de nível hierárquico inferior, para o exercício de determinados atos especificados no instrumento de delegação.

O termo de delegação definirá o tempo e a matéria a ser delegada de forma especificada.

A delegação é sempre específica, não se admite delegação genérica.

Deve o referido ser publicado, conforme ordena os arts. 12 e 14 da Lei 9784/99, *o ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial*.

Importante ressaltarmos que com a delegação o agente público não transfere a competência, mas apenas a amplia.

No tocante a responsabilidade do ato praticado pelo agente delegado, o entendimento já consolidado sobre a matéria é de que **o ato praticado por delegação deve ser considerado como praticado pelo agente delegado**, conforme preconiza o art. 14§3º da Lei 9784/99 c/c súmula 510 do STF.

Disciplina a **Súmula 510 do STF** que "*praticado o ato por autoridade no exercício da competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou medida judicial*".

Por sua vez, o dispositivo normativo expõe "*as decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado*".

Cláusula de reserva: significa que a autoridade delegante se reserva na competência, sendo a delegação uma extensão de delegação e não transferência.

Por outro lado, a avocação ocorre quando o agente chama para si a competência de outro agente, é o que expõe o art. 15 da Lei 9784/99.

Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior (art. 15, Lei 9784/99).

Conforme se pode extrair do texto normativo, diferentemente da delegação, na avocação exige-se que se tenha uma relação de subordinação, devendo ainda ser de caráter temporário e restrito.

Só pode avocar de agente subordinado.

Atenção!!!

A lei expressamente proíbe a delegação de competência e consequentemente de avocação: no caso de competência exclusiva, assim definida em lei; para decisão de recurso hierárquico e para edição de atos normativos.

Nesse sentido, descreve o art. 13 da Lei 9784/99, *"não podem ser objeto de delegação:*

I – edição de atos de caráter normativo;

II – a decisão de recursos administrativos;

III – as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade".

Obs.: Art. 84, parágrafo único, da CF (exceção – pode ser delegada).

→Os regulamentos autônomos podem ser delegados ao Procurador Geral da República, Advogado Geral de União e ao Ministro de Estado.

b) **Forma**

A forma é a exteriorização do ato, determinado por lei.

Pelo princípio da instrumentalidade das formas, a forma não é essencial a pratica do ato, mas tão somente o meio, definido em lei, por meio do qual o poder público conseguirá alcançar seus objetivos, ou seja, o interesse da coletividade.

Diante disso, desde que consiga alcançar o interesse público, o vício é sanável.

Não havendo previsão legal sob que forma o ato deva adotar, será discricionária a forma.

c) **Finalidade**

A finalidade do ato administrativo é tudo aquilo que se busca alcançar/proteger com a sua prática.

A finalidade genérica é a busca pelo interesse público, a atividade desenvolvida pela administração deve sempre visar o interesse da coletividade, *decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*.

Além da denominada finalidade genérica, o ato administrativo possui a sua finalidade especifica, que é aquela definida em lei e estabelece qual a finalidade de cada ato especificadamente.

Tamanha é a importância da observância da finalidade do ato que, se a atuação estatal desvirtuar a finalidade definida em lei para a sua prática, determinado ato configura abuso de poder, da espécie desvio de poder e enseja a nulidade da conduta praticada.

Exemplo: utilizar a remoção como meio de punir o servidor.

Ressalta-se que ainda na hipótese de ser violada a finalidade específica, mesmo que o agente esteja buscando o interesse público, há o desvio de finalidade.

Atenção p/ desapropriação → No ato de desapropriação, se houver desvio da finalidade específica, mantendo-se a finalidade genérica do ato, qual seja, a busca do interesse público, não haverá ilegalidade.

A finalidade é elemento sempre vinculado.

Finalidade Genérica	Finalidade Especifica
- Interesse público	- Objetivo específico de cada ato.

CFF →são elementos sempre vinculados.

d) **Motivo**

Motivo são as razões de fato e de direito que ensejam/justificam a prática do ato, ou seja, a situação fática que precipita a edição do ato administrativo.

Não devemos confundir motivo com motivação.

O motivo corresponde a situação que ensejou a prática do ato, enquanto que a motivação é a exposição dos motivos do ato.

A motivação, que não se confunde com o motivo, integra a formalização do próprio ato, e é feita pela autoridade administrativa.

Destaca-se que, se houver motivação, mas os motivos forem falsos ou não correspondentes com a lei, o ato é viciado por ilegalidade do elemento motivo.

Assim, por exemplo, embora o ato não precise ser motivado, mas se o agente administrativo resolve fazê-lo não poderá indicar outra razão, sob pena de viciar o ato, como, exonerar pessoa x não precisa motivar, mas se resolve fazê-lo sob o argumento de que é para corte de despesas, mas no dia seguinte contrata alguém para desempenhar a mesma função e receber a mesma remuneração, o que demonstra que o motivo da exoneração não fora o exposto. Denota-se que, inobstante não fosse necessária a motivação, se feita, deve corresponder com a realidade factual, sob pena de viciar o ato, por ilegalidade no motivo, esse entendimento decorre da chamada TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

Obs.: Tema cobrado na prova do CESPE | DPE-RN.

A teoria dos motivos determinantes está relacionada a prática de atos administrativos e impõe que, uma vez declarado o motivo do ato, este deve ser respeitado. Esta teoria vincula o administrador ao motivo declarado. Para que

haja obediência ao que prescreve a teoria, no entanto, o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado.Vale dizer, a teoria dos motivos determinantes não condiciona a existência do ato, mas sim sua validade.

Neste sentido, vale trazer a ementa do julgamento proferido nos autos do HC 141925 / DF, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, datado de 14/04/2010:

HABEAS CORPUS . PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSAO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZAO DE SUA CONDENAÇAO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇAO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO A QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇAO. INVALIDADE DA PORTARIA.

Nesse sentido, segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, **os motivos apresentados como justificadores da prática do ato administrativo vinculam este ato e, caso os motivos apresentados sejam viciados, o ato será ilegal**.

Assim, a administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculado às razões aço expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes.

e) **Objeto**

Objeto é aquilo que se dispõe, é o efeito causado pelo ato administrativo no mundo jurídico, em virtude de sua prática.

Observação!!!

Competência, Finalidade e Forma são elementos vinculados: CFF!

No tocante a forma, também admitirá uma margem de escolha conferida ao administrador, sempre que não houver forma definida em lei, em decorrência, inclusive, do princípio da instrumentalidade das formas.

Noutra banda, os elementos motivo e objeto são discricionário compõem o mérito do ato administrativo, sob o que não poder haver controle por parte do Poder Judiciário, ou melhor, podendo sobre controle tão somente de legalidade.

Os elementos do ato administrativo são também denominados de pressupostos/ requisitos do ato administrativo porque são essenciais a própria existência do ato, conforme entende e defende Celso Antônio Bandeira de Melo.

Nesse sentido, o sujeito deve ser competente (elemento competência), o que significa dizer que o ato administrativo deve ser praticado, não somente por um agente público, mas sim por alguém que tenha legitimação legal para o exercício daquela determinada atividade.

O motivo, por sua vez, é definido como a situação de fato e de direito que ensejou a prática do ato administrativo.

A finalidade, seria a finalidade genérica que é a de alcançar o interesse público e a finalidade específica, que é aquela definida na lei para a conduta social.

Macete: COMFF → *Competência, objeto, motivo, finalidade e forma*.

Obs.: Efeito Reflexo

248

Possibilidade do ato administrativo atingir de forma reflexa terceiros que não estão previstos naquele ato, por exemplo, o ato de reintegração.

A VUNESP já trouxe em suas questões:

Com relação aos requisitos do ato administrativo, pode-se afirmar que **_COMPETÊNCIA_** é o poder que a lei outorga ao agente público para o desempenho de suas funções e **_MOTIVO_** trata-se da circunstância de fato e de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo.

ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos diferenciam-se dos demais atos, pois possuem atributos que são inerentes tão somente a estes, atributos os quais são, em verdade, verdadeiras prerrogativas decorrente da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Atributos do ato administrativo

Na prática de atos administrativos, o Estado atua com supremacia em face do particular, possuindo prerrogativas.

Os atos administrativos possuem atributos que lhes são próprios, quais sejam:

a) presunção de veracidade;

b) presunção de legitimidade;

c) imperatividade;

d) exigibilidade;

e) executoriedade ou autoexecutoriedade; e

f) tipicidade.

Passaremos ao estudo de cada atributo isoladamente.

a) Presunção de veracidade (Fé-pública)

O que o ato administrativo contempla correspondem a fatos verdadeiros, sendo esta a presunção a priori.

O ato administrativo possui presunção de veracidade, que significa que o ato goza de fé pública e os fatos apresentados em sua prática presumem-se verdadeiros, em conformidade com os fatos efetivamente ocorridos.

Cumpre salientar, a presunção em questão é relativa, denominada de *juris tantum*, que significa dizer que admite prova em contrário. Desse modo, embora se presuma verdadeiro, admite-se através do ônus da prova que a parte prove o contrário.

- inversão do ônus da prova.

Em virtude dessa presunção de veracidade, existe uma inversão do ônus da prova, sendo do particular o dever de provar que os fatos alegados pela Administração Pública são falsos.

b) Presunção de legitimidade

Corresponde a legalidade do ato/direito.

Além de presumidamente verdadeiro, o ato administrativo também é presumidamente legitimo.

Presume-se legítimo.

Dizer que o ato administrativo possui presunção de legitimidade significa que até prova em contrário, entende-se/presume-se que o ato foi editado em conformidade com a lei e com o ordenamento jurídico.

Assim como a presunção de veracidade, a presunção de legitimidade também é relativa, admitindo-se, prova em contrário.

- presunção *juris tantum.*

→Definição dada pela VUNESP em uma de suas questões:

O ato administrativo praticado pelo Auxiliar de Justiça, em regra, será tido sempre como verdadeiro e conforme o Direito. Assinale a qualidade do ato que se refere ao enunciado: **PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE**.

→Definição dada pela VUNESP em uma de suas questões:

O ato administrativo tem na **presunção de legitimidade** a autorização para imediata execução e permanece em vigor até prova em contrário.

c) Imperatividade

O ato administrativo é imperativo, pois impõe obrigações ao particular, independentemente de vontade e concordância deste. Enquanto não declarada a ilegalidade do ato praticado, o particular deve cumprir as regras nele expostas.

Coercibilidade e exigibilidade: o ato administrativo impõe obrigações ao particular, e pode-se exigir o cumprimento destes, por meio de instrumentos coercitivos.

Esse atributo do ato administrativo é designado como poder extroverso.

*PODER EXTROVERSO → O poder extroverso pode der definido como o poder que o Estado tem de constituir, unilateralmente, obrigações para terceiros, com extravasamento dos seus próprios limites.

→Definição dada pela VUNESP:

"É a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância obrigatória em relação aos seus destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência. Destarte, sempre que o ato administrativo for dotado desse atributo, impõe-se mesmo que contrarie os interesses do destinatário" → **IMPERATIVIDADE**.

d) Exigibilidade

Meio indireto de coação de exigir o cumprimento do ato.

Pode ocorrer que mesmo a administração pública impondo a obrigação, em decorrência do atributo da imperatividade, o particular desrespeite o ato. Nesse caso, a administração pública passará a se valer de meios indiretos de coação, para executar indiretamente o ato desrespeitado.

Poder dado da administração de exigir a obrigação exposta por meio indiretos de coação.

A essa possibilidade de se valer de mecanismos de coação indireto, denomina-se de exigibilidade.

Em síntese, é o poder que a administração tem de valer-se de meios indiretos de coação para que o ato administrativo seja cumprido.

e) Executoriedade ou autoexecutoriedade

O ente público prática o ato que seria de obrigação do particular, sem a necessidade de participação deste e sem que haja auxilio do Poder Judiciário.

Auto-executoriedade é o poder que os atos administrativos têm de serem executados pela própria Administração independentemente de qualquer solicitação ao Poder Judiciário. É algo que vai além da imperatividade e da exigibilidade.

→Definição dada pela VUNESP em uma de suas questões. Vejamos:

Determinados atos administrativos não necessitam recorrer ao Poder Judiciário para garantir a sua execução. Esta firmação se refere ao seguinte atributo do ato administrativo: **AUTO-EXECUTORIEDADE**.

ATENÇÃO!!!

Esse atributo não está presente em todos os atos administrativos, dependendo sempre da previsão de lei ou de uma situação de urgência, na qual a prática do ato se impõe para garantia do interesse público.

Nos casos de urgência, após a prática do ato e evitado o dano ao interesse público, será admitido o exercício do contraditório pelo interessado, fala-se aqui em contraditório diferido.

Deixa-se o contraditório para depois, para resguardar a sociedade em decorrência da situação de emergência.

Afasta o controle judicial PRÉVIO, porém nada impede que o controle seja afastado a posteriori.

f) Tipicidade

Para alguns doutrinadores, o ato administrativo possui ainda o atributo da tipicidade.

A tipicidade é a exigência de que todo ato administrativo esteja previsto em lei, ou seja, corresponda a um tipo legal previamente definido.

Trata-se da observância do princípio da legalidade: o ato administrativo, no momento que é praticado corresponde a um tipo legal previamente definido. Princípio de subordinação à lei.

TODO ATO ADMINISTRATIVO DEVE ESTÁ PREVIAMENTE DEFINIDO EM LEI.

Autoexecutoriedade

a. coercibilidade – meios indiretos;

b. executoriedade – meios diretos.

Fases de Constituição do Ato Administrativo:

Perfeição
Validade
Eficácia do Ato Administrativo

Planos de análise pelos quais o ato administrativo passa, a fim de auferir se o referido está apto a regulamente produzir seus efeitos.

A PERFEIÇÃO é a existência do ato, que já concluiu todas as etapas necessárias a sua construção.

→CONCLUSÃO DAS ETAPAS NECESSÁRIAS A FORMAÇÃO.

A existência do ato administrativo decorre do cumprimento das etapas necessárias à formação do ato.

→ Definição dada pela VUNESP em uma de suas questões:

Quando o ato administrativo cumpre todos os trâmites previstos em lei para a constituição, completando seu ciclo de formação, diz-se que ele é **PERFEITO**.

Todavia, não basta o ato concluir todas suas etapas, sendo perfeito, ele deverá ainda ser expedido com observância de todos os aspectos legais, a isso se denomina de VALIDADE – ato expedido com respeito aos aspectos legais, deve estar em conformidade com o Ordenamento Jurídico.

Por fim, temos o plano da EFICÁCIA, aptidão para produção de efeitos concedidos ao ato administrativo.

Nesse sentido, a eficácia corresponde a aptidão do ato administrativo para produção de seus efeitos.

Resumindo:

A perfeição ou existência do ato administrativo decorre do cumprimento das etapas necessárias à formação do mesmo.

O ato administrativo é perfeito quando cumpre todos os trâmites previstos para sua constituição. Completou o ciclo de formação, tendo sido esgotadas etapas de seu processo constitutivo, fala-se que o ato administrativo é perfeito.

A validade ou regularidade, por sua vez, é aferida quando todas as etapas realizadas estiverem de acordo com a lei (compatibilidade do ato com o Ordenamento Jurídico).

Nessa esteira, considera-se que o ato é válido quando ele foi produzido em conformidade com o disposto em lei, observando aos princípios e regras do Ordenamento Jurídico. Pode-se dizer, nesse interim, que a validade é a compatibilidade entre o ato jurídico e o disposto na norma legal.

Destaca-se, por oportuno, que somente pode ser avaliada a validade de um ato, se ele for ao menos existente (perfeito), tratando-se de segundo plano de análise dos atos administrativos.

Por fim, temos a eficácia, não basta tão somente que o ato exista (perfeição) e seja válido, é necessário que ele seja eficaz.

A eficácia trata-se da aptidão para produção de efeitos do ato administrativo.

***ATOS PENDENTES – atenção!

Pode ocorrer de alguns atos possuírem sua eficácia em situação de pendencia em face de um termo inicial, como, por exemplo, a autorização de um bem para realização de casamento na praia no dia 20 de Maio de 2016, o referido ato só produzirá efeito nesta data. Resta nítido a situação de pendencia para produção dos efeitos do ato.

Nesse caso, denominamos de ATO PENDENTE. Não confundir ato pendente com ato imperfeito, no ato pendente o ato já existe, é perfeito, porém depende de termo inicial para produzir seu efeito, ou seja, ser eficaz.

Ato imperfeito, por outro lado, é que não cumpriu sequer as etapas de formação.

Extinção do Ato Administrativo

Obs.: alta incidência nas provas!

O ato administrativo pode ser extinto, sendo retirado do plano da eficácia.

A extinção pode ocorrer por diversas razões, as quais, denominaremos de formas de extinção do ato, entre elas, a extinção natural do ato, a renúncia, o desaparecimento da pessoa ou coisa sob qual o ato recai, a retirada, a anulação "por ilegalidade", a convalidação, a revogação "por ser inoportuno e inconveniente", a cassação, caducidade e contraposição, passaremos a análise pontual de cada espécie de extinção mencionada.

- *pelo cumprimento dos efeitos ou o advento do termo;*
- *pelo desaparecimento da pessoa ou coisa;*
- *por renúncia;*
- *pela retira (revogação, anulação, cassação, caducidade ou contraposição);*

a) Extinção Natural

- ato administrativo pode ser extinto pela forma natural, quando já tenha cumprido os efeitos nele dispostos, ou pelo advento do termo final ou prazo.

Assim, uma vez tendo exaurido seu efeito, o ato se extingue de forma "automática", digamos. É o caso do ato administrativo que concede autorização para construir um prédio. Finda a construção, o ato já cumpriu seu efeito natural, extinguindo-se por consequência. Assim, a extinção natural desfaz um ato administrativo pelo mero cumprimento normal de seus efeitos, outro exemplo que poderíamos citar, é a permissão de uso concedida por dois meses, será ao fim do prazo/termo, extinta naturalmente.

b) Desaparecimento da pessoa ou coisa (também denominado de extinção subjetiva e objetiva).

A extinção subjetiva ocorre pelo desaparecimento da pessoa, neste caso, há o desaparecimento do sujeito que se beneficiou com o ato, por exemplo, uma autorização de porte de arma de fogo a um particular extingue com o seu falecimento. Nesse caso, o desaparecimento da pessoa terá por consequência a extinção do ato. Podemos mencionar ainda, à titulo de exemplo, a morte do servidor, faz com que perca a eficácia o ato de nomeação.

Noutra banda, a extinção objetiva decorre quando o próprio objeto do ato praticado desaparece, por exemplo, o ato de interdição de um estabelecimento é desfeito se este vem a ser extinto pela empresa de que ele fazia parte.

- desaparecimento da coisa ou da pessoa gera consequentemente a extinção do ato administrativo.

c) Renúncia

A renúncia do beneficiário é forma de extinção do ato, a qual aplicam-se somente para os denominados atos ampliativos (atos que concede direitos e vantagens aos seus destinatários), haja vista não ser possível renunciar obrigações.

Nesses casos, o particular a qual o ato se destina abre mão de benefício que lhe fora concedido por meio da edição de um ato administrativo, por exemplo, servidor que renuncia a nomeação para assunção de uma função de chefia a determinado órgão.

→O BENEFICIÁRIO ABDICA DO BENEFÍCIO QUE LHE TINHA SIDO CONCEDIDO, aplica-se aos denominados atos ampliativos (atos que concedem direitos).

d) Retirada dos Atos Administrativos

Anulação

É a retirada do ato administrativo em virtude de vício de ilegalidade, tonando o ato inválido.

→SÓ SE ANULA ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS (vício originário de legalidade).

A anulação do ato jurídico decorre da ilegalidade do ato praticado. Diz-se ilegal, o ato que é praticado fora do disposto em lei. Assim, a anulação deve ocorrer quando há vicio no ato relativo à legalidade ou legitimidade deste.

- ato é extinto por conter vício, em virtude de sua expedição em desconformidade com o ordenamento jurídico.

A anulação deve retroagir a data de origem do ato, para impedir os efeitos futuros do ato e aniquilar os efeitos pretéritos deste ato. Assim, falamos que a anulação possui efeito *ex tunc*.

- EFEITO EX TUNC.

Obs.: não existe direito adquirido a manutenção de ato inválido, ainda que de boa-fé!!!

- *Efeitos da anulação*

A anulação opera efeito *ex tunc*, o que significa dizer que retroage. Todavia, devemos atentar para o fato de que, em decorrência da segurança jurídica e de modo a evitar o enriquecimento ilícito, alguns efeitos do ato serão mantidos, mesmo depois de declarada a sua nulidade, mas, cuidado, o que se mantém são os efeitos do ato, e não o ato propriamente.

A anulação do ato administrativo produzirá efeitos retroativos à data em que foi emitido (#QuestãoVUNESP)

- MANTÉM OS EFEITOS DO ATO;

Inobstante os efeitos da anulação do ato administrativo seja *ex tunc*, devem, ser resguardados os efeitos já produzidos em relação a terceiros de boa-fé. O que ocorre é que eventuais efeitos já produzidos perante terceiros de boa-fé, antes da data da anulação do ato, não serão desfeitos. Mas serão mantidos os efeitos, e só eles, não o ato em si.

Exemplo: servidor cujo ingresso no serviço público decorre de um ato nulo. Na hipótese de amanhã o servidor ser exonerado, por o ato de sua nomeação ter sido nulo, as atividades que esse desempenhou no exercício de sua função, serão mantidos a sua produção, visto que os efeitos produzidos pelo ato permanecem, assim como, a remuneração que fora recolhida pelo servidor, posto que desempenhou trabalho. Assim, o servidor não terá que devolver as remunerações já recolhidas.

Exemplo: Emissão de Certidão Negativa de Débitos expedida por um agente público, cujo nomeação é posteriormente anulado. A certidão permanece válida, posto que constitui-se em exemplo prático de efeito do ato administrativo praticado.

Esse entendimento decorre da *Teoria da Aparência*.

→Legitimados para Anulação dos Atos

A anulação pode ser feito pela própria Administração, mediante o exercício de seu poder de autotutela, conforme preconiza a súmula 473, independente de provocação ou mediante requerimento/provocação.

Anulação pela via administrativa.

SÚMULA 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A anulação pela via administrativa, não depende de provocação.

Anulação pela via judicial, que deverá ser feito mediante provocação.

Princípio da inafastabilidade de Jurisdição.

O Judiciário é inerte, então, deverá ser feito mediante provocação de qualquer particular.

A anulação pode ser feita por meio de ações ordinárias (código de processo civil), ou ainda, por intermédio de medidas constitucionais (habeas data, mandado de segurança, ações populares).

- HABEAS DATA; art. 5º, LXXII da Constituição

Federal.

Obter	Acerca de sua pessoa em registro público
Retificar	
Informações	
Obs.: Além disso, é necessária a recusa administrativa. Destaca-se que a recusa administrativa não deve ser confundida com o esgotamento da via administrativa.	

256

Obs.: o silêncio por mais de 10 dias, entende-se como recusa tácita. É indispensável a tentativa na via administrativa, o que não significa esgotamento total da via administrativa.

Obtenção da INFORMAÇÃO.

Para fins de certidão, o remédio cabível é o mandado de segurança, o HD é apenas para ter acesso ao conteúdo ou ratificá-lo.

A autoridade coatora será notificada para apresentar a informação pleiteada.

- MANDADO DE SEGURANÇA

É utilizado quando se busca proteger direito liquido e certo, não amparado por habeas data, possui caráter subsidiário.

Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal - Concederse-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Possibilidade de defesa do réu no mandado de segurança; notificação da autoridade coatora e intimação do réu.

- A ciência do réu é indispensável.

Atenção para as referidas circunstâncias:

1. A impetração do Mandado de Segurança depende de direito liquido e certo, ou seja, prova pré-constituída: não depende de prova pericial, testemunhal, etc.
2. Para a impetração de Mandado de Segurança: não pode ser possível a interposição de recurso com efeito suspensivo e nem possuir a coisa julgada. Em sendo cabível, não se pode entrar com o mandado de segurança.

3. A Cobrança de valores anteriores à impetração do Mandado de Segurança não são passíveis de cobrança mediante o referido instrumento.
4. A impetração do Mandado de Segurança deve observar o prazo de 120 dias, do conhecimento do ato.

   Obs.: STF entendeu que o referido prazo, pode ser prorrogado, caso encerre em dia não útil, por exemplo, em sábados. PRORROGA-SE para o dia útil subsequente (entendimento Jurisprudencial – STF).

5. Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese.
6. Não cabe Mandado de Segurança contra atos de gestão comercial dos dirigentes das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista.

Ver Súmula 333, do STJ.

Obs.: possibilidade de mandado de segurança coletivo.

Obs.1: não há necessidade de procuração para que os associados sejam representados. A entidade é uma representante do associado, a qual decorre da mera associação do mesmo.

Art. 21, da Lei 12.016: pode impetrar MS, inclusive, para defesa do direito de apenas parte dos associados.

No Mandado de Segurança não há condenação em honorários advocatícios.

- ação ordinária;
- Ação Popular; Lei nº 4.717.

A legitimidade da ação popular é do cidadão (eleitor). O autor (cidadão), em verdade, está atuando como representante de toda sociedade, pois no caso viola o interesse da coletividade como um todo.

Não há prerrogativa de foro.

São réus da ação popular: entidade pública, o agente público ou qualquer particular beneficiado pelo ato.

A ação popular busca anular o ato lesivo:

ANULAÇÃO DO ATO LESIVO E RESSARCIMENTO POR EVENTUAIS PREJUÍZOS CAUSADOS.

- Ação Civil Pública

A ACP, igualmente, busca anular ato lesivos ao interesse público e ressarcir eventuais prejuízos. Porém, a legitimidade é mais restrita que a ação popular. Legitimados

a. Entidades da administração direta e indireta;

b. Ministério Público

c. Defensoria Pública

d. Associações constituídas há mais de 1 (um) ano. A associação propõe a ação na defesa de interesse difuso (ambiental, econômico).

A ACP poderá ser precedida de inquéritos civis.

- Mandado de Injunção

Utilizado com a intenção de suprir ausência de normas regulamentadoras.

O Mandado de Injunção pede a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizeram. O pedido é feito para garantir o direito de alguém prejudicado pela omissão. Ausência de norma regulamentadora, o que impede o exercício de um direito.

- Art. 103-A, §3º da Constituição Federal: possibilidade de Reclamação Constitucional. Cabível em face de ato administrativo que viole súmulas vinculantes.

→Prazos

Prazo para anulação dos atos | Prazo decadencial *Limitação ao poder de autotutela.*

O art. 54, da Lei 9.474 determina que os atos que gerem efeitos favoráveis, que são os denominados atos ampliativos, só podem ser anulados dentro do prazo decadencial de cinco anos.

Nesse sentido, propõe o dispositivo legal, *in verbis*: o direito da administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários DECAI EM CINCO ANOS, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada a má-fé do beneficiado.

Estando o beneficiado do ato de má-fé não incide o prazo decadencial, podendo anulá-lo em qualquer momento.

O prazo fixado para fins de eventual anulação do ato ilegal constitui-se em verdadeiro instrumento de segurança do individuo que fora beneficiado pelo ato, trata-se de uma norma que visa resguardar a segurança jurídica do particular que fora beneficiado. Assim, passado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, ocorrerá a convalidação pelo decurso do tempo, atingindo tanto a administração quanto o particular. Observação: STJ / STF 2010/2011.

INFORMATIVO!

A Administração Pública não pode, depois de terem se passado mais de 5 anos, anular a anistia política concedida mesmo que, antes de completar este prazo, a AGU tenha emitido nota questionando os critérios adotados na concessão.

A nota emitida pela AGU teve efeito similar ao de um parecer e, por isso, não impediu o fluxo do prazo decadencial, não podendo ser classificada como "exercício do direito de anular", para os fins do § 2º do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Vale ressaltar que, no caso concreto, não ficou demonstrada má-fé do interessado.
Além disso, não houve flagrante inconstitucionalidade na concessão de anistia, mas sim nova interpretação da Administração Pública quanto ao efetivo enquadramento como anistiado político.
STF. 1ª Turma. RMS 31841/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 2/8/2016 (Info 833).

INFORMATIVO!

O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal
Não existe direito adquirido à efetivação na titularidade de cartório quando a vacância do cargo ocorre na vigência da CF/88, que exige a submissão a concurso público (art. 236, § 3º). O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 **NÃO SE APLICA quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal.** O art. 236, § 3º, da CF é uma norma constitucional autoaplicável. Logo, mesmo antes da edição da Lei 8.935/1994 ela já tinha plena eficácia e o concurso público era obrigatório como condição para o ingresso na atividade notarial e de registro. STF. Plenário. MS 26860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/4/2014 (Info 741).

Ingresso na carreira sem concurso: ainda que decorrido o prazo de 5 anos decadencial, tal ato não poderá ser convalidado, visto que a problemática incide sob o campo de existência, leia-se, perfeição. Neste caso, o ato sequer fora contemplado com formação de todo o seu ciclo, razão pela qual dizemos que não existe, é imperfeito, mesmo que pareça valido e eficaz.

VOCÊ SABIA?

Servidor que recebeu auxílio-moradia apresentando declaração falsa de que havia se mudado para outra cidade terá que ressarcir o erário e devolver os valores recebidos mesmo que já se tenha passado mais de 5 anos desde a data em que o pagamento foi autorizado.

A existência do ato pode ser analisado a qualquer momento, razão pela qual não pode ser convalidado. Convalidação do Ato Administrativo

Nem todo o ato será anulado, pois se o vicio admite concerto, o ato será convalidado.

Vício Sanável → Nulidade Relativa → ato anulável.

Nesse sentido, em determinadas hipóteses, é possível a correção do vício de ato administrativo. Nestas situações, diz-se ser caso de nulidade relativa, pois o vício é sanável. Por sua vez, o ato é tido por anulável e não nulo.

Nessa esteira, contemplamos que se o interesse público exigir e for sanável o vício, o ato administrativo pode ser convalidado, em razão de oportunidade e conveniência, desde que a convalidação não cause prejuízo a terceiros.

Assim, contemplamos a existência de dois requisitos necessários a convalidação, a saber: a) que o vício seja sanável; b) que não cause prejuízo a terceiro.

Nesse sentido, o art. 55 da Lei 9.784/99 dispõe que "*em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela Administração*".

Dessa forma, à titulo de exemplo, a nomeação feita pela autoridade incompetente pode ser convalidada. A autoridade competente ratifica o ato praticado pela autoridade incompetente, incidindo, assim, a convalidação. Neste caso, há vicio quanto ao elemento competência do ato administrativo, no entanto, pode ser convalidado pela autoridade competente, por meio de ratificação do ato viciado.

A convalidação produz efeitos retroativos. Por meio da convalidação se garante a permanência dos efeitos pretéritos e os futuros.

Por fim, destaca-se que a convalidação pode ser feita tanto pela mesma autoridade que praticou o ato, quanto por autoridade diversa. Assim, quando o ato é convalido pela mesma autoridade que praticou o ato, denominados de confirmação, por seu turno, quando por autoridade diversa, classificamos como ratificação.

Convalidação – Confirmação e Ratificação.

Logo:

Mesma autoridade → confirmação.

Autoridade diversa → ratificação.

OBS: São sanáveis os vícios de competência e forma.

Em relação a forma, aplica-se o princípio da instrumentalidade das formas, de modo que, se o ato cumpre a finalidade independente da forma, ele é valido.

Revogação

A revogação é a extinção do ato administrativo por motivo de oportunidade e conveniência, ou seja, por razões de mérito. Ocorre a revogação quando a administração não tem mais interesse do ato.

Forma de retirada do ato administrativo válido, mas que deixou de ser conveniente e oportuno para Administração, por motivo de mérito. Assim, quando não há mais interesse em manutenção do ato administrativo, este é revogado.

Revogação – MÉRITO: análise de oportunidade conveniência.

Na revogação, todos os efeitos já produzidos são lícitos, razão pela qual a revogação não retroage, impedindo somente a produção de efeitos futuros, razão pela qual falamos em efeitos *ex nunc*. Os efeitos produzidos são mantidos, deixando de existir o ato dali para frente. Efeitos prospectivos → a partir de agora, sendo mantido os efeitos que foram produzidos.

Só quem pode revogar o ato é a própria Administração pública, pois só esta tem competência para análise do mérito. O poder judiciário não tem competência para revogar, isto porque não faz controle de mérito.

Legitimidade para revogar

→ SOMENTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PODE REVOGAR O ATO.

- Não se admite a revogação de atos consumados (ato administrativo que já exauriu todos os seus efeitos).
- Não se admite a revogação de ato vinculado, isto porque nesta espécie de ato não há margem de escolha, ou seja, não há mérito, razão pela qual não pode ser arguido posteriormente sob alegação que deixou de ser conveniente ou inoportuno.

→ Definição dada pela VUNESP em uma de suas questões:

A supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência é denominada REVOGAÇÃO.

Atos que NÃO podem ser revogados:

Macete:

VC PODE DÁ?

- Vinculados;
- Consumados;
- Procedimento Administrativo;

- Declaratórios/Enunciativo;
- Direito Adquirido.

Cassação

A cassação é a retirada por motivo de ilegalidade superveniente. O ato administrativo nasce valido e torna-se invalido durante a sua execução, por culpa do beneficiário.

Caducidade

É a retirada do ato administrativo em razão da superveniência da norma jurídica que impede a sua manutenção.

Cassação	Caducidade
Ocorre quando o beneficiado do ato deixa de cumprir os requisitos de quando teve o ato deferido	É a extinção do ato ocorre em decorrência de lei superveniente que impede a manutenção do ato inicialmente válido.
Ilegalidade superveniente em decorrência de uma situação fática.	Ilegalidade superveniente em decorrência de uma situação jurídica. Altera-se a lei.

Nessa linha, vejamos como a VUNESP cobrou o tema.

Na hipótese de concessão de permissão para exploração de uma atividade, que depois venha a ser incompatível com nova lei de zoneamento, é correto afirmar que o referido ato administrativo será extinto por meio da: E) CADUCIDADE.

Contraposição

É a retirada em virtude da edição de um ato que impede a manutenção do mesmo, até então vigente.

O novo ato expedido tem por efeito principal extinguir o ato anterior, por exemplo, a exoneração se contrapõe ao anterior (nomeação).

Deixando o ato anterior, de produzir seus efeitos.

Conteúdo 11: Processo Administrativo

1. Legislação

A Lei nº 9.784/99 consagra as regras gerais dos processos administrativos no âmbito Federal.

- Aplicação Subsidiária

Destaque-se, a referida legislação é de natureza subsidiária, ou seja, aplica-se aos processos administrativos que tenham subsidiariamente regulamentação por lei específica.

Assim, se o processo administrativo possuir regulamentação específica, a Lei nº 9.784 é aplicada subsidiariamente. Em sentido contrário, se possuir não possuir regulamentação específica, aplicar-se-á em sua integralidade.

Desse modo, a aplicação da Lei 9.784/99 é subsidiária, só é aplicada na ausência de normas específicas, nesse sentido, dispõe o art. 69, senão vejamos.

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

Nesse sentido, a Jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. ATO ANULATÓRIO DA INVESTIDURA. ART. 54 DA LEI N. 9.784/1999. ESTADOS-MEMBROS. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. PRAZO DECADENCIAL. SUSPENSÃO. INTERRUPÇÃO. NÁO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VIGÊ.NCIA DA LEI. DECADÊNCIA CONFIGURADA. I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a Lei n. 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos Estados-Membros, se ausente lei própria regulando o processo administrativo no âmbito local, o que se verifica no caso do Estado do Rio de Janeiro. (REsp 1103105/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2012, DJe 16/05/2012).

2. Princípios aplicáveis ao Processo Administrativo

2.1 Princípio do Impulso Oficial: uma vez instaurado o processo administrativo, os atos subsequentes, se impulsionam de ofício.

Diferentemente do processo judicial, o processo administrativo pode se iniciar de ofício, sem a necessidade de provocação de um particular interessado.

→O Processo Administrativo não depende de provocação da parte. A própria administração deve impulsioná-lo.

2.2 Princípio do contraditório e da ampla defesa: nos processos administrativos, vigora o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Nesse sentido, dispõe o texto constitucional que serão respeitados em processos administrativos e processos judiciais, o contraditório e a ampla defesa.

Art. 5º. LV – *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

O particular interessado tem direito de saber (ciência) do que acontece no processo, bem como, possui direito de se manifestar à respeito da imputação que lhe está sendo atribuída.

Assim:

→Contraditório: Constituição da Bilateralidade do Processo. É a ciência do processo dada à parte.

→Ampla Defesa: Oportunidade para que a parte se defenda.

Cumpre ressaltar, o Princípio da Ampla Defesa tem alguns desdobramentos obrigatórios:

Súmula Vinculante nº 5: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

Súmula Vinculante nº 21: É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

INFORMATIVO!

Inclusão de entes federativos nos cadastros federais de inadimplência

É necessária a observância da **garantia do devido processo legal**, em especial, **do contraditório e da ampla defesa**, relativamente à inscrição de entes públicos em cadastros federais de inadimplência. Assim, a União, antes de incluir Estados-membros ou Municípios nos cadastros federais de inadimplência (exs: CAUC, SIAF) deverá assegurar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. STF. Plenário. ACO 1995/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 26/3/2015 (Info 779). STF. 1ª Turma. ACO 732/AP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10/5/2016 (Info 825).

2.3 Princípio da instrumentalidade das formas: o princípio da instrumentalidade das formas se aplica à formação dos atos administrativos e estipula que todas as vezes que o texto legal prevê uma determinada forma para a prática

de um ato administrativo, tem a intenção de garantir a busca pelo interesse público que é a finalidade do ato. Logo, a forma é somente o instrumento necessário a alcançar o interesse coletivo.

2.4 Princípio do Informalismo ou Formalismo Necessário: não há forma pela simples forma em processos administrativos.

Para o particular o processo administrativo é informal. Porém, para o Estado (Administração Pública) o processo administrativo é formal.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho (Manual D. Administrativo, 2016) "*o informalismo norteia os atos do processo administrativo praticados pelos particulares visando evitar prejuízos a este, em virtude da exigência de formalidades legais. Portanto, como regra geral, os atos praticados pelos particulares em processos administrativos não dependem de forma prescrita em lei*".

O Estado, por sua vez, deverá observar determinadas formalidades que lhes sirva para assegurar as garantias que lhes são próprias e do particular interessado.

Corroborando, preleciona Matheus Carvalho "*pelo princípio do "formalismo necessário" ao estabelecer que, em matéria processual, são obrigatórias as formalidades indispensáveis à segurança jurídica do cidadão que devem ser observadas pela Administração Pública na condução do feito, a despeito de não se poder exigir formalidades ao particular interessado no procedimento*".

2.5 Princípio da Verdade Real: o processo administrativo busca a verdade material em contraponto aos processos judiciais, na esfera cível, que apontam na busca da verdade formal, ou seja, verdade apresentada nos autos. Assim, o processo civil não admite provas extemporâneas e segue um formalismo rígido definido na legislação pertinente.

Os processos administrativos, por sua vez, admitem todos os tipos lícitos de provas, apresentados em qualquer fase do processo, ainda que após o encerramento da instrução, bem como admite a produção de provas realizada, de ofício, pela própria Administração Pública condutora do feito. Isso tudo ocorre em respeito à busca pelo conhecimento do fato efetivamente ocorrido, a verdade absoluta.

- Todos os meios de provas produzidos licitamente podem ser feitos em processo administrativo.

No processo administrativo, ambas as partes, Administração Pública e Particular gozam de poderes que lhes permitem alcançar a verdade real dos fatos. Deve-se buscar a realidade dos fatos.

Obs.: Não obstante o "dever" pela busca real, esta deve ser interpretada de modo há compatibilizar-se com o princípio da razoável duração do processo. Assim, não se admite processos com longos prazos sob a alegação de que se está "buscando a verdade real".

- Princípio da verdade real precisa se compatibilizar com o princípio da celeridade.

2.6 Princípio da Gratuidade: o processo administrativo é gratuito para o particular interessado. Assim, não há o pagamento de custas ou emolumentos a serem pagos pelo particular em decorrência do processo administrativo.

Desse modo, dispõe o art. 2º, parágrafo único, XI, da Lei nº 9.784:

Art. 2º. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: XI - *proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei*.

→Assim, contemplamos que, no Processo

Administrativo é vedada a cobrança de taxas para cobrir despesas processuais.

3. Início do Processo

Conforme exposto, ao tratar do princípio do impulso oficial, o processo administrativo poderá iniciar-se por provocação do interessado ou de ofício, por interesse da própria Administração Pública.

O processo administrativo se inicia por meio da sua **INSTAURAÇÃO.**

Instauração: pode ser feita por meio de portaria (de iniciativa do particular interessado ou de ofício pela própria Administração Pública).

→Instauração pela administração pública ou pelo administrado (particular).

Nesse sentido, Matheus Carvalho "o processo administrativo será instaurado mediante portaria do órgão responsável, por provocação do interessado ou *ex offício*, por interesse da Administração Pública, em decorrência do princípio da autotela".

O processo é instaurado através da Portaria que designa a Comissão que ficará responsável pela condução do Processo Administrativo.

A portaria irá informar regras básicas a serem analisadas sobre os fatos.

Ademais, os atos do processo precisam ter forma definida, tempo e lugar dos atos processuais.

Forma: todos os atos do procedimento administrativo devem ser feitos em escrito e no idioma português.

→Atos praticados em escrito e em português!

→Todas as páginas do processo devem ser numeradas de forma sequencial e rubricadas.

→Os atos devem ser praticados no local e no horário de funcionamento da Repartição (tempo e lugar). Destaquem-se, esses atos poderão ser praticados em lugares diversos sempre que essa previsão for determinada, por exemplo, para realização de perícia.

→Os atos do processo só podem ser praticados na repartição e durante o horário de expediente.

Em princípio, os atos devem ser praticados no horário de funcionamento da repartição, porém,a lei menciona que se o ato tiver se iniciado e se demonstrar que a interrupção possa causar prejuízo ao processo, esse "tempo" poderá se alongar para além do horário de funcionamento. Ex.: Início de audiência no horário de funcionamento regular da Repartição que vai além.

Comunicação dos atos processuais

Em decorrência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve-se observar uma série de requisitos, de modo a assegurar as garantias inerentes dos princípios ao administrado.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo, 2016) "*como garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o interessado deve ser informado de todos os atos que sejam praticados no processo e intimado para realização de qualquer providência adotada*".

A comunicação dos atos é denominada de intimação, e obedece aos requisitos, de modo a permitir as garantias dos administrados.

Obs.: Sempre que o ato de intimação for para comparecimento, a intimação deverá ser feito pelo menos três dias uteis anteriores marcado para a data de comparecimento.

- 3 dias uteis, no mínimo, para comparecimento.

Requisitos da intimação em processo Administrativos

a. Identificação do interessado e nome do órgão ou entidade administrativa (qual a entidade que está dando sequencia ao processo administrativo);

b. Finalidade da intimação;

c. Data, hora e local em que deve comparecer; *Para comparecimento, deve respeitar, o tempo mínimo de 3 dias uteis.

d. Se o intimado deve comparecer pessoalmente ou se pode fazer-se representar;

e. Informação da continuidade do processo independentemente de comparecimento;

Obs.: O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado. Isso significa que, no processo administrativo, a revelia não produz os efeitos que costuma produzir nos processos judiciais. Tal dispositivo é decorrência do princípio da verdade real, ou seja, a administração vai buscar a verdade dos fatos, não se satisfazendo com presunções legais.

268

f. Indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

Após a instauração do processo, passa-se a fase da instrução processual.

Instrução Processual:

A fase instrutória é a fase de dilação probatória nos procedimentos administrativos, em busca da verdade dos fatos.

No âmbito do direito administrativo, especificamente, do processo administrativo, tem-se admitido a produção de todos os meios de prova, desde que lícitos.

→Em processos administrativos, somente não se admitem não se admitem as provas obtidas por meios ilícitos, conforme explicitado na lei e no próprio texto constitucional.

Obs.: Admite-se, inclusive, a denominada "prova emprestada".

Nesse sentido, a Jurisprudência:

O STF e o STJ já pacificaram que a interceptação realizada na investigação criminal ou no processo penal pode ser utilizada como prova emprestada, por exemplo, em processo administrativo disciplinar para demissão de servidor público, inclusive contra servidores que não figuraram no processo penal. É possível ainda para processo por quebra de decoro parlamentar. **A interceptação não pode ser realizada em razão de processo administrativo, mas pode ser utilizada como prova emprestada. (STJ – EDMS 10.128/DF STF – PET 3683 – QO).**

Destaque-se ainda, a prova emprestada tem natureza de prova documental, e a prova documental é plenamente aceita no processo administrativo.

Prazo para Defesa:

Em princípio, o prazo para apresentação de defesa é de dez dias, salvo disposição em contrário contemplada em lei específica.

Desse modo, temos que "*encerrada a fase instrutória com a produção de todas as provas necessárias, os interessados terão o prazo máximo de 10 (dez) dias , para as manifestações, SALVO se outro prazo for fixado por disposição legal específica*".

Parecer:

- Parecer Facultativo: é aquele parecer que não tem previsão legal. A autoridade Administrativa poderá ainda assim requerer o referido parecer.

O parecer é facultativo para a autoridade administrativa que o requer. Não há previsão legal que exija o parecer antes da decisão de julgamento.

- Parecer Obrigatório: o parecer obrigatório, é aquele que tem determinação legal de ser realizado, podendo ainda ser classificado em vinculante ou não vinculante.

No parecer obrigatório não vinculante, o parecer é meramente opinativo, e a Autoridade não está obrigado a decidir conforme o parecer. A autoridade poderá seguir o entendimento do parecer ou, de forma justificada, decidir de modo diverso. Em regram, os pareceres são não vinculantes.

Em determinadas situações, porém, o parecer é vinculante. Nessa hipótese, a conclusão do parecer não é meramente opinativa, vinculando a autoridade a qual o parecer é dirigida. Não pode o parecer ser contrariado a autoridade.

Assim, na hipótese em que há exigência normativa, pode ser cobrada a emissão de pareceres dos órgãos consultivos. Nesse caso, conforme dispõe o art. 42, da Lei nº 9.784, o prazo para emissão de parecer será de 15 (quinze) dias.

Art. 42. *Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo*.

Nesse sentido, destaque-se:

> Se o parecer for obrigatório e não vinculante, o processo poderá prosseguir sem a emissão do parecer, inclusive com a decisão final, sem prejuízo da responsabilização penal, civil e administrativa do agente que deu causa à não emissão do parecer devido, no prazo fixado por lei.
>
> Se o parecer for obrigatório e vinculante, será paralisado o processo até a apresentação do parecer, sem prejuízo da responsabilização civil, penal e administrativa do agente público que deu causa ao atraso.

Em sequência, o processo segue para Julgamento.

Julgamento: o julgamento deve ser praticado pela autoridade competente e de forma motivada.

Motivação → a motivação é um princípio que rege toda a atuação da administração pública e se justifica pela dato de que o poder emana do povo, o qual deve ser informado dos motivos que justifiquem a prática dos atos pelos administradores públicos.

Assim, deverá apresentar as razões pelas quais a decisão fora proferida naqueles termos.

VOCÊ SABIA?

O ato de remoção de servidor público por interesse da Administração Pública deve ser motivado. Caso não o seja, haverá nulidade. No entanto, é possível que o vício da ausência de motivação seja corrigido em momento posterior à edição dos atos administrativos impugnados. Assim, se a autoridade removeu o servidor sem motivação, mas ela, ao prestar as informações no mandado de segurança, trouxe aos autos os motivos que justificaram a remoção, o vício que existia foi corrigido. STJ. 1ª Turma. AgRg no RMS 40427-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 3/9/2013 (Info 529).

Obs.: **Motivação *Aliunde***

A *motivação aliunde* ocorre quando, na pratica do ato administrativo "a motivação de um determinado ato remete à motivação de ato anterior que embasa sua edição, ou seja, ao invés de o administrador público justificar a razão de seu ato, ele justifica com base em motivos expostos em ato prévio".

Nesse sentido, dispõe o art. 51, §1º, da Lei nº 9.784: "*A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato*".

Autoridade Competente → o ato administrativo tem que ser praticado pela autoridade administrativa competente responsável pelo julgamento.

A competência originária poderá ser afastada por ocasião da delegação ou avocação; ou ainda, em decorrência de circunstâncias de suspeição e impedimento (para garantir a imparcialidade do julgamento – prioriza-se a decisão imparcial).

Obs.: A autoridade que tem competência para julgar o processo terá competência para arguir sua própria suspeição ou impedimento. Se não o fizer, sabidamente, ficará sujeita a falta disciplinar.

As hipóteses de impedimento são objetivas.

Impedimento:

- aquele que tenha participado dos atos anteriores do processo;

- participou do procedimento investigatório que deu origem ao processo administrativo;
- litigando com particular em processo

(administrativo ou judicial);

- interesse direto ou indireto na solução da controvérsia (da causa).

Suspeição:

Trata-se de hipóteses em que haja amizade intima ou inimizada notória entre o julgador e o particular (trata-se de conceitos indeterminados).

Uma vez proferida a decisão, a lei prevê duas formas de impugnação da decisão: 1) recurso; 2) revisão.

Recursos Administrativos

O prazo para interposição de recursos é de 10 dias, salvo disposição em contrário. O prazo de 10 dias é aplicável na hipótese do silencio das demais leis especificas.

→Prazo: 10 dias;

O recurso será interposto perante a própria autoridade que proferiu a decisão. Em princípio, o recurso será interposto perante essa autoridade.

A referida autoridade terá em sequência, o prazo de 5 dias para se retratar OU para encaminhar a autoridade superior.

→Prazo: 5 dias, para retratação (reconsidera a decisão proferida) ou encaminha a decisão para autoridade superior.

Obs.: *Reformatio in pejus*

Em sede de recurso administrativo, em princípio, não há vedação a denominada *reformatio in pejus*. Assim, é possível em decorrência do recurso que a autoridade ao reformar a decisão agrave ainda mais a situação do particular (administrado). Por exemplo: não era hipótese de suspensão mas de demissão.

Corroborando ao exposto, preleciona Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo), "na seara administrativa, não há vedação da *reformatio in pejus* e uma decisão de recurso administrativo poderá piorar a situação do recorrente, em respeito ao princípio da verdade material e da legalidade estrita da atuação administrativa. Nestes casos, se, do julgamento do recurso, puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão".

Além do recurso administrativo, é hipótese de impugnação da decisão a denominada – REVISÃO.

Revisão

O pedido de revisão não se submete a prazo, podendo ser feito a qualquer tempo, desde que o particular tenha fatos novos a se alegar.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho "*Não há prazo para pedido de revisão que depende, entretanto, da alegação de fatos novos a serem analisados pela autoridade julgadora que justifiquem o entendimento de inadequação da penalidade aplicada*".

A revisão será encaminhada a autoridade que proferiu a decisão, e esta autoridade irá decidir conforme os novos fatos. Nesta hipótese, diferentemente do recurso administrativo, estará vedado a *rejormatio in pejus.*

Atenção!!! O julgamento da revisão não pode resultar agravamento da penalidade inicialmente aplicada, ou seja, nestes casos, é vedada a *rejormatio in pejus*.

Contagem de Prazos

Os prazos são contados em dias corridos, excluindose o do inicio e incluindo-se o dia final ao prazo da contagem.

Se o prazo tiver início ou término em dia não útil, prorroga-se para o próximo dia útil subsequente.

Nesse sentido, ensina Matheus Carvalho "*considerase 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*".

Controle da Administração

Segundo Matheus Carvalho, o controle da Administração pode ser definido como "*conjunto de instrumentos definidos pelo ordenamento jurídico a fim de permitir a fiscalização da atuação estatal por órgãos e entidades da própria Administração Pública, dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como pelo povo diretamente, compreendendo ainda a possibilidade de orientação e revisão da atuação administrativa de todas as entidades e agentes públicos, em todas as esferas de poder*".

Sistema de Controle

a) Sistema do Contencioso Administrativo (ou Sistema Francês): o Judiciário julga todas as controvérsias existentes do Estado, com exceção daquelas que tenham como parte a Administração (separação absoluta de poderes).

Desse modo, contemplamos que é *o sistema que proíbe o conhecimento, pelo Poder Judiciário, de atos ilícitos praticados pela Administração Pública, ficando esses atos sujeitos à chamada jurisdição especial do contencioso administrativo*, formada por tribunais de natureza administrativa.

Cumpre destacar que as decisões proferidas pelo Conselho de Estado (responsável em julgar no âmbito administrativos) formam a denominada coisa julgada material, impedindo assim sua rediscussão (diferentemente do que acontece no sistema adotado pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro). As decisões possuem caráter de definitividade (forma-se a coisa julgada material administrativa).

b) Sistema de Jurisdição Única (ou sistema inglês): as decisões proferidas no contencioso administrativo podem se submeter a análise do Poder Judiciário, posto que somente o Poder Judiciário proferem decisões com caráter de definitividade.

Conforme ensina Matheus Carvalho, o sistema de jurisdição única "*é aquele no qual todos os litígios, sejam eles administrativos ou privados, podem ser levados à justiça comum, ou seja,* ***ao Poder Judiciário, único com competência para dizer o direito aplicável aos casos litigiosos, de forma definitiva****, com força de coisa julgada material. Nesse sentido, pode-se estabelecer que somente ao Poder Judiciário é atribuída jurisdição, em sentido próprio*"

Classificação

1. Quanto à pessoa que exerce

No tocante à pessoa que exerce o controle, este pode ser classificado em controle executivo; controle legislativo ou controle judiciário.

1.1 Controle Administrativo:

O controle administrativo decorre do próprio poder de autotutela conferido à Administração Pública que deve efetivar a fiscalização e revisão de seus atos.

1.2 Controle Legislativo:

É aquele exercido pelo Poder Legislativo diretamente – o chamado controle parlamentar direto – ou mediante auxilio do Tribunal de Contas.

1.3 Controle Judicial:

É o controle realizado pelo Poder Judiciário, mediante provocação de qualquer interessado que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão em virtude de conduta ou omissão administrativa que o atinja direta ou indiretamente.

2. Quanto à natureza

Quanto a sua natureza, o controle administrativo poderá ser de legalidade ou de mérito.

2.1 Controle de legalidade: tem o intuito de analisar se o ato administrativo foi praticado em conformidade com o ordenamento jurídico.

→Verificação se o ato praticado está em conformidade com o Ordenamento Jurídico (Lei; Princípios constitucionais aplicáveis; Constituição).

2.2 Controle de mérito: é realizado sobre a oportunidade e conveniência do ato.

→Verificação se há interesse público na manutenção do ato administrativo (conveniência e oportunidade).

O controle de mérito é feito sobre atos legítimos.

3. Quanto ao âmbito da Administração

Quanto ao âmbito de atuação, o controle administrativo pode ser por hierarquia

(subordinação) ou por vinculação.

3.1 Controle por hierarquia: é aquele realizado por autoridade hierarquicamente superior a quem praticou o ato, ou seja, entre órgãos e agentes de uma mesma pessoa jurídica da Administração

Pública.

- Controle decorrente do Poder Hierárquico.

3.2 Controle por vinculação: é o controle exercido pela Administração Direta sobre as entidades descentralizadas, não se caracterizando como subordinação hierárquica, mas tão somente supervisão.

- Controle decorrente da Tutela Administrativa.

4. Quanto à oportunidade (momento de exercício do controle administrativo):

O controle é considerado prévio ou posterior, levando-se em consideração a formação do ato administrativo.

4.1 Controle Prévio: é aquele realizado antes da formação do ato controlado.

4.2 Controle Concomitante: é realizado durante a execução da atividade controlada.

Obs.: Tem-se entendido que esse controle, atualmente, não é muito comum.

4.3 Controle Posterior: é aquele que verifica-se a regularidade e conveniência diante de atos administrativos já praticados em sua inteireza. Nesse caso, o controle é feito quanto o ato administrativo encontra-se perfeito, ou seja, já cumpriu com todas as suas etapas de formação. (Controle exercido sobre o ato perfeito e acabado).

5. Quanto à iniciativa

O controle, quanto à iniciativa, pode ser classificado em controle de ofício ou controle provocado.

5.1 Controle de Ofício: é aquele realizado sem a provocação da parte interessada como ocorre, por exemplo, na instauração, efetivada por portaria da administração, de um processo disciplinar para apuração de falta grave cometida por um servidor público.

→É o controle feito por iniciativa do próprio órgão controlador.

5.2 Controle Provocado: é aquele que depende da iniciativa da parte interessada para que seja exercido.

→É o controle exercido por provocação do particular sobre o órgão controlador.

Controle Administrativo

O controle administrativo divide-se em controle interno e no controle exercido à titulo de supervisão ministerial.

Controle Interno

O controle interno se manifesta internamente dentro de uma mesma pessoa jurídica da Administração Pública. Decorre da hierarquia, sendo exercido dentro de uma mesma estrutura orgânica administrativa.

Supervisão Ministerial

A supervisão Ministerial é o poder de influência exercido pela Administração direta sobre as entidades descentralizadas, não se caracterizando como subordinação hierárquica. Exemplo: poder de fiscalização do Ministro de Estado sobre autarquia vinculada à sua pasta.

Nessa mesma linha, ensina Matheus Carvalho "a supervisão ministerial se manifesta entre entidades diferentes, sendo também designado como controle finalístico ou tutela administrativa. Em razão da autonomia administrativa existente nos entres da Administração descentralizada, este controle é diverso daquele apresentado em decorrência hierarquia".

A supervisão ministerial se baseia na relação de vinculação existente entre as entidades da Administração Pública, configurando-se como controle de finalidade, permitindo ao órgão controlador verificar se o ente controlado cumpre os fins precipuamente definidos por lei como de sua responsabilidade.

- O controle da administração poderá ser de mérito ou de legalidade.

O **controle de mérito** é exercido somente pela própria Administração quanto aos juízos de conveniência e oportunidade de seus atos. Não se admite controle do mérito de atos administrativos pelo Poder Judiciário, exceto quanto aos atos praticados pelo próprio Judiciário no exercício de

função atípica. Exemplo: revogação de ato administrativo.

O **controle de legalidade**, por sua vez, analisa a compatibilidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico. O controle de legalidade pode ser exercido pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Exemplo: anulação de contrato administrativo por violação da Lei n. 8.666/93.

- O controle administrativo poderá ser prévio ou posterior.

- O controle administrativo pode ser de ofício (decorrente do princípio da autotutela – Súmula 473, STF).

Súmula 473: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Nesse mesmo sentido, a Súmula 346.

Súmula 346: "A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos".

- Por outro lado, o controle administrativo poderá também ser provocado através do direito de petição (art. 5º, XXXIV).

A provocação poderá se manifestar por meio de Representação; Reclamação ou Pedido de

Reconsideração.

a. Representação:

b. Reclamação:

c. Pedido de reconsideração:

A-**Representação:** ato por meio do qual o particular requer a anulação de ato lesivo ao interesse público. Ressalte-se que, nestes casos, o peticionante não é diretamente prejudicado pela conduta impugnada, agindo como representante da coletividade, haja vista a atuação estatal violar preceitos de garantia de toda a coletividade. Cite-se como exemplo a impugnação a um edital de licitação feita por um cidadão que acompanhava o procedimento licitatório.

B-**Reclamação:** ato de impugnação que visa à retirada de conduta administrativa que viola direito preexistente do peticionante. Nestes casos, o particular prejudicado busca a anulação do ato administrativo que lhe causou prejuízos diretamente.

Suponha que um licitante impugna edital de licitação quetraz regras que o desclassificariam do certame.

C-**Pedido de reconsideração:** ato por meio do qual se peticiona requerendo a retratação da autoridade pública de uma conduta previamente praticada.

- **Recursos hierárquicos**: próprio ou impróprio

Ao tratar dos recursos hierárquicos, contemplamos a existência dos denominados "recurso hierárquico próprio" ou "recurso hierárquico impróprio".

Recurso hierárquico próprio é endereçado à autoridade hierárquica superior à que praticou o ato recorrido, dentro da estrutura orgânica de uma mesma pessoa jurídica. Trata-se de recurso inerente à organização escalonada da administração e pode ser interposto sem necessidade de previsão legal.

Recurso hierárquico impróprio é dirigido à autoridade que não possui posição de superioridade hierárquica em relação a quem praticou o ato recorrido, mas tão somente a possibilidade de controle em decorrência de vinculação. Em verdade, não é um recurso hierárquico, decorre da tutela, supervisão ministerial.

- **Efeito Devolutivo**

O recurso administrativo, em regra, apresenta efeito devolutivo, admitindo, excepcionalmente, efeito suspensivo.

Os recursos administrativos, como regra, tem efeito devolutivo, e isso decorre da presunção de legitimidade. Assim, não pode-se suspender o ato administrativo em decorrência deste ser presumivelmente legitimo.

Controle Legislativo

O controle da administração feito pelo poder legislativo e pelo poder judiciário deve ter base (fundamento) constitucional.

A Constituição deve prevê esse controle posto que a regra é a separação de poderes. Assim, a exceção a essa regra depende de previsão na Constituição Federal.

Segundo Matheus Carvalho (Manual de D. Administrativo), o controle legislativo "*é realizado no âmbito do parlamento e dos órgãos auxiliares do poder Legislativo, sobre os atos praticados pela Administração Pública, nos limites definidos pela Constituição*".

A atuação (função) de controle é função típica do Poder Legislativo.

O controle legislativo, nesse contexto, divide-se em dois grupos: controle parlamentar direto (controle realizado pelo próprio Parlamento) e controle exercido com auxilio do Tribunal de Contas.

- Controle Parlamentar Direto

*O Controle Parlamentar Direto, trata-se de controle efetivado pelo próprio parlamento diretamente, mediante manifestação do Congresso Nacional, ou por meio de suas casas.

Através do Controle Parlamentar Direto, o legislativo tem poder de sustar atos que exorbitem o Poder Regulamentar e de autorizar a ausência do Presidente da República do País.

Art. 49, V: "É da competência exclusiva do

Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa".

Art. 49, X: "Fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta".

- Controle Exercido pelo Tribunal de Contas

Obs.: Leitura atenciosa do art. 71 da Constituição Federal.

O Tribunal de Contas é órgão auxiliar do Poder Legislativo no controle externo. Tem competência para fiscalização de quaisquer entidades públicas, incluindo as contas do Ministério Público, Legislativo e Judiciário, assim como para efetivar seu controle sobre entidades privadas que utilizem dinheiro público para execução de suas atividades.

O Tribunal de Contas julga as contas de todos os Administradores de verbas públicas (essas entidades devem ser interpretadas em sentido amplo).

Obs.: Exceção – as contas do Presidente da República não serão julgadas perante o Tribunal de Contas. O TCU não julga as contas do Presidente, porém aprecia as referidas, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em 60 dias, a contar do seu recebimento. Esse parecer é meramente opinativo (não vinculante).

Nestes casos, não compete ao TCU efetivar o julgamento das contas que será feito pelo Congresso Nacional.

O TCU possui ainda, a possibilidade de aplicar multa (natureza de título executivo extrajudicial). A multa será executada pela AGU.

Nessa esteira, preleciona Matheus Carvalho "*a multa aplicada pelo Tribunal de Contas tem natureza de Título executivo extrajudicial, podendo ser executada diretamente, sem a necessidade de propositura de ação cognitiva prévia. Neste sentido, o art. 71, §3° da carta Magna dispõe que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo*".

No exercício de suas atividades, o TCU pode fazer a declaração da inconstitucionalidade de leis (controle difuso – exercido incidentalmente) – pode afastar determinada lei, alegando a inconstitucionalidade da referida lei.

O TCU pode ainda, pode fazer a sustação de atos da administração que sejam ilegítimos.

(Obs.: não poderá fazê-lo em relação aos contratos administrativos). Nesse caso, o TCU deverá emitir parecer à respeito da ilegalidade desse contrato. O parecer, por sua vez, será encaminhado ao Congresso Nacional, a quem compete sustar os contratos administrativos.

Nessa linha, corroborando ao exposto, ensina Matheus Carvalho "o TCU *não pode efetivar a sustação de contratos administrativos ilícitos, haja vista ser atribuição do Congresso Nacional. Nestes casos, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis, sendo que, somente se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal poderá decidir a respeito*".

O silencio do CN ou do Poder Executivo por 90 dias, faz com que haja uma espécie de "devolução" para o TCU avalie à respeito.

- O controle exercido pelo legislativo é prévio ou posterior.
- O controle exercido pelo legislativo pode ser feito de ofício ou provocado.
- O controle pode ser de legalidade ou de mérito (a aprovação de determinados atos pelo Congresso Nacional são discricionários, dessa ideia decorre o "controle de mérito").

Controle Jurisdicional

O controle da administração feito pelo poder judiciário deve ter base constitucional.

A Constituição deve prevê esse controle posto que a

regra é a separação de poderes. Assim, a exceção a

essa regra depende de previsão na Constituição Federal.

Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

As medidas judiciais podem ser por meio de ações ordinárias ou medidas próprias (mandado de segurança; habeas corpus; habeas data; mandado de injunção; ação popular; ação civil pública; ADIN).

Obs.: Não é possível que o controle judicial se dê de ofício, ele só atua por meio de provocação do interessado.

O controle judicial das atividades administrativas é realizado sempre **mediante provocação**, podendo ser **prévio** ou **posterior**. Como o Brasil adota o **modelo inglês da jurisdição una**, e não o modelo francês do contencioso administrativo, todas as causas são decididas pelo Poder Judiciário, mesmo aquelas que envolvam interesse da Administração.

→Atua mediante provocação.

O controle judicial pode ser prévio ou posterior.

O controle judicial é de legalidade (se limita a analise da conformidade do ato com o ordenamento jurídico), não compete ao poder judiciário analisar mérito (oportunidade e conveniência).

<u>Discricionariedade X Controle Judicial</u>

No tocante ao controle judicial referente ao "mérito", inobstante a concepção tradicional não admita revisão judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, observa-se uma tendência à aceitação do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a discricionariedade especialmente no tocante ao princípio da razoabilidade.

A margem de escolha do ato administrativo (ato discricionário) deve observar a razoabilidade, e é sob esse aspecto que poderá ser feito controle judicial, posto que a atuação desproporcional consiste em violação da lei, por extrapolar seus limites.

DE OLHO NA SÚMULA!

Novas súmulas sobre o tema "processo administrativo disciplinar" foram editadas recentemente (12/2017). Vejamos:

Validade da prova emprestada

Súmula 591-STJ: É permitida a "prova emprestada" no processo administrativo disciplinar, desde que devidamente autorizada pelo juízo competente e respeitados o contraditório e a ampla defesa. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 13/09/2017, DJe 18/09/2017.

Excesso de prazo para conclusão

Súmula 592-STJ: O excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver demonstração de prejuízo à defesa. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 13/09/2017, DJe 18/09/2017.

Dos Informativos: Processo Administrativo Disciplinar

2016

A Súmula Vinculante 5 continua válida

A Súmula Vinculante 5 continua válida. O STF rejeitou proposta da OAB que pretendia o cancelamento do verbete. Após a edição da SV 5, não houve mudança na legislação, na jurisprudência ou na percepção da sociedade a justificar a revisão ou o cancelamento do enunciado. A súmula vinculante deve ter certo grau de estabilidade, somente devendo ser cancelada ou revista em caso de superveniência de fatos suficientemente relevantes. Assim, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a CF. STF. Plenário. PSV 58/DF, julgado em 30/11/2016 (Info 849).

Desnecessidade de intimação do servidor após o relatório final para alegações finais

Após o relatório ter sido produzido pela comissão, ele deverá ser apresentado ao servidor processado para que este possa impugná-lo? Existe previsão na Lei nº 8.112/90 de alegações finais a serem oferecidas pelo servidor após o relatório final ter sido concluído? NÃO. Não é obrigatória a intimação do interessado para apresentar alegações finais após o relatório final de processo administrativo disciplinar. Inexiste previsão na Lei nº 8.112/1990 de intimação do acusado após a elaboração do relatório final da comissão processante. STF. 1ª Turma. RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016 (**Info 834**). STJ. 1ª Seção. MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013 (Info 523).

Inexistência de impedimento de que os membros da comissão do primeiro PAD, que foi anulado, participem da segunda comissão

Respeitados todos os aspectos processuais relativos à suspeição e impedimento dos membros da Comissão Processante previstos pelas Leis 8.112/90 e 9.784/99, não há qualquer impedimento ou prejuízo material na convocação dos mesmos servidores que anteriormente tenham integrado Comissão Processante, cujo relatório conclusivo foi posteriormente anulado (por cerceamento de defesa), para comporem a segunda Comissão de

Inquérito. Assim, não há qualquer impeditivo legal de que a comissão de inquérito em processo administrativo disciplinar seja formada pelos mesmos membros de comissão anterior que havia sido anulada. STF. 1ª Turma. RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016 (**Info 834**). STJ. 1ª Seção. MS 16.192/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 10/04/2013.

Ausência de transcrição integral de dados obtidos por meio de interceptação telefônica não gera nulidade

Mesmo em matéria penal, a jurisprudência do STF e do STJ é no sentido de que não é necessária a degravação integral das escutas, sendo bastante que dos autos constem excertos suficientes a embasar o oferecimento da denúncia. O servidor processado, que também é réu no processo criminal, tem acesso à integralidade das interceptações e, se entender necessário, pode juntar no processo administrativo os eventuais trechos que considera pertinentes ao deslinde da controvérsia. O acusado em processo administrativo disciplinar não possui direito subjetivo ao deferimento de todas as provas requeridas nos autos, ainda mais quando consideradas impertinentes ou meramente protelatórias pela comissão processante (art. 156, §1º, Lei nº 8.112/90). STF. 1ª Turma. RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016 (Info 834).

Empréstimo das interceptações telefônicas do processo criminal para o PAD

A prova colhida mediante autorização judicial e para fins de investigação ou processo criminal pode ser utilizada para instruir procedimento administrativo punitivo. Assim, é possível que as provas provenientes de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente em processo criminal sejam emprestadas para o processo administrativo disciplinar. STF. 1ª Turma. RMS 28774/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Roberto Barroso, julgado em 9/8/2016 (**Info 834**). STJ. 1ª Seção. MS 16.146-DF, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 22/5/2013.

Ilegitimidade ativa do MP para impetrar MS questionando decisão administrativa que reconheceu a prescrição em processo administrativo

O Procurador-Geral da República não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com o objetivo de questionar decisão que reconheça a prescrição da pretensão punitiva em processo administrativo disciplinar. A legitimidade para impetrar mandado de segurança pressupõe a titularidade do direito pretensamente lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade pública. O Procurador-Geral da República não tem legitimidade para a impetração, pois não é o titular do direito líquido e certo que afirmara ultrajado. Para a impetração do MS não basta a demonstração do simples interesse ou atuação como custos legis, uma vez que os direitos à ordem democrática e à ordem jurídica não são de titularidade do Ministério Público, mas de toda a sociedade. STF. 2ª Turma. MS 33736/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 21/6/2016 (Info 831).

Competência para instaurar e julgar PAD relacionado com servidor cedido

A instauração de processo disciplinar contra servidor efetivo cedido deve ocorrer, preferencialmente, no órgão em que tenha sido praticada a suposta irregularidade. Por outro lado, o julgamento e a eventual aplicação de sanção só podem ocorrer no órgão ao qual o servidor efetivo estiver vinculado. Ex: João é servidor efetivo (técnico judiciário) do TJDFT e foi cedido para um cargo em comissão no STJ. Quando ainda estava prestando serviços no STJ, João praticou uma infração disciplinar. A Instauração do PAD deverá ser feita preferencialmente pelo STJ. Por outro lado, o julgamento do servidor e aplicação da sanção deverão ser realizados obrigatoriamente pelo TJDFT. STJ.

Corte Especial. MS 21.991-DF, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 16/11/2016 (Info 598).

2015

Monitoramento de e-mail corporativo de servidor público

As informações obtidas por monitoramento de e-mail corporativo de servidor público não configuram prova ilícita quando relacionadas com aspectos "não pessoais" e de interesse da Administração Pública e da própria coletividade, especialmente quando exista, nas disposições normativas acerca do seu uso, expressa menção da sua destinação somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, bem como advertência sobre monitoramento e acesso ao conteúdo das comunicações dos usuários para cumprir disposições legais ou instruir procedimento administrativo. STJ. 2ª Turma. RMS 48.665-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 15/9/2015 (Info 576).

O art. 170 da Lei 8.112/1990 é inconstitucional

O art. 170 da Lei nº 8.112/90 prevê que, mesmo estando prescrita a infração disciplinar, é possível que a prática dessa conduta fique registrada nos assentos funcionais do servidor. O STF e STJ entendem que esse art. 170 é INCONSTITUCIONAL por violar os princípios da presunção de inocência e da razoabilidade. STF. Plenário. MS 23262/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 23/4/2014 (Info 743). STJ. 1ª Seção. MS 21.598-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 10/6/2015 (Info 564).

Possibilidade de execução imediata de penalidade imposta em PAD

Determinado servidor público federal recebeu pena de demissão em processo administrativo disciplinar contra si instaurado. O servidor interpôs recurso administrativo contra a decisão proferida. Ocorre que, antes mesmo de ser julgado o recurso, a Administração Pública já cessou o pagamento da remuneração do servidor e o afastou das funções. É possível que a sanção aplicada seja desde logo executada mesmo que ainda esteja pendente recurso interposto no âmbito administrativo? SIM. É possível o cumprimento imediato da penalidade imposta ao servidor logo após o julgamento do PAD e antes do julgamento do recurso administrativo cabível. Não há qualquer ilegalidade na imediata execução de penalidade administrativa imposta em PAD a servidor público, ainda que a decisão não tenha transitado em julgado administrativamente. STJ. 1ª Seção. MS 19.488-DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25/3/2015 (Info 559).

Impossibilidade de aprovação do relatório final por servidor que participou das investigações

O servidor que realizou a sindicância pode também determinar a instauração de processo disciplinar, designando a comissão processante, e, ao final dos trabalhos, aprovar o relatório final? NÃO. O STJ decidiu que o servidor que participou das investigações na sindicância e concluiu que o sindicado havia cometido a infração disciplinar, tanto que determinou a instauração do PAD, não pode, posteriormente, ser a autoridade designada para aprovar o relatório final produzido pela comissão no processo administrativo, uma vez que ele já formou seu convencimento no sentido da culpabilidade do acusado. STJ. 3ª Seção. MS 15.107-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 26/9/2012 (Info 505). STJ. 3ª Seção. MS 7.758/DF, Rel. Min. Ericson Maranho (Des. Conv. do TJ/SP), julgado em 22/04/2015.

Excesso de prazo para conclusão do PAD

É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não gera, por si só, qualquer nulidade no feito. O excesso de prazo só tem o condão de macular o processo administrativo se ficar comprovado que houve fundado e evidenciado prejuízo, pois não há falar em nulidade sem prejuízo (pas de nulité sans grief). STJ. 2ª Turma. RMS 33.628-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/4/2013 (Info 521). STJ. 2ª Turma. AgRg no RMS 43.589/PB, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 03/09/2015.

2014

Processo administrativo disciplinar e súmula vinculante 14 STF

A SV 14 NÃO pode ser aplicada para os casos de sindicância, que objetiva elucidar o cometimento de infrações administrativas. Pela simples leitura da súmula percebe-se que a sindicância não está incluída em seu texto, já que não se trata de procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária. STF. 1ª Turma. Rcl 10771 AgR/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 4/2/2014 (Info 734).

Termo inicial do prazo prescricional

Para que o prazo prescricional tenha início, é necessário que a irregularidade praticada pelo servidor chegue ao conhecimento da autoridade competente para instaurar o PAD ou o prazo já se inicia caso outras autoridades do serviço público saibam do fato? O prazo de prescrição da pretensão punitiva estatal começa a fluir na data em que a irregularidade praticada pelo servidor tornou-se conhecida por alguma autoridade do serviço público, e não, necessariamente, pela autoridade competente para a instauração do processo administrativo disciplinar. STJ. 1ª Seção. MS 20.162-DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 12/2/2014 (Info 543).

Servidor já punido <u>não pode</u> ser novamente julgado para agravar sua pena

Depois do servidor já ter sido punido, é possível que a Administração, com base na autotutela, anule a sanção anteriormente cominada e aplique uma nova penalidade mais gravosa? NÃO. A decisão administrativa que põe fim ao processo administrativo, à semelhança do que ocorre no âmbito jurisdicional, possui a característica de ser definitiva. Logo, o servidor público já punido administrativamente não pode ser julgado novamente para que sua pena seja agravada mesmo que fique constatado que houve vícios no processo e que ele deveria receber uma punição mais severa. Assim, a anulação parcial do processo administrativo disciplinar para adequar a penalidade aplicada ao servidor, consoante pareceres do órgão correspondente, ensejando aplicação de sanção mais grave ofende o devido processo legal e a proibição da reformatio in pejus. Obs: o posicionamento acima tem por base a Súmula 19 do STF, que dispõe: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira." STJ. 3ª Seção. MS 10.950-DF, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 23/5/2012. STJ. 1ª Seção. MS 11.749/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11/06/2014.

2013

PAD e destituição de cargo em comissão

Deve ser aplicada a penalidade de destituição de cargo em comissão na hipótese em que se constate que servidor não ocupante de cargo efetivo, valendo-se do cargo, tenha indicado irmão, nora, genro e sobrinhos para contratação por empresas recebedoras de verbas públicas, ainda que não haja dano ao erário ou proveito pecuniário e independentemente da análise de antecedentes funcionais. STJ. 1ª Seção. MS 17.811-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 26/6/2013 (Info 526).

Inaplicabilidade do princípio da insignificância no caso de infração disciplinar que gere demissão

Deve ser aplicada a penalidade de demissão ao servidor público federal que obtiver proveito econômico indevido em razão do cargo, independentemente do valor auferido (no caso, eram apenas R$ 40,00). Isso porque não incide, na esfera administrativa, o princípio da insignificância quando constatada falta disciplinar prevista no art. 132 da Lei 8.112/1990. STJ. 1ª Seção. MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013 (Info 523).

Independência das instâncias

Não deve ser paralisado o curso de processo administrativo disciplinar apenas em função de ajuizamento de ação penal destinada a apurar criminalmente os mesmos fatos investigados administrativamente. As esferas administrativa e penal são independentes, não havendo falar em suspensão do processo administrativo durante o trâmite do processo penal. STJ. 1ª Seção. MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 8/5/2013 (Info 523).

Prova emprestada

É possível a utilização, em processo administrativo disciplinar, de prova emprestada validamente produzida em processo criminal? SIM. A jurisprudência do STJ e do STF são firmes no sentido de que é admitida a utilização no processo administrativo de "prova emprestada" do inquérito policial ou do processo penal, desde que autorizada pelo juízo criminal e respeitados o contraditório e a ampla defesa. Este "empréstimo" da prova é permitido mesmo que o processo penal ainda não tenha transitado em julgado? SIM. É possível a utilização, em processo administrativo disciplinar, de prova emprestada validamente produzida em processo criminal, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso porque, em regra, o resultado da sentença proferida no processo criminal não repercute na instância administrativa, tendo em vista a independência existente entre as instâncias. STJ. 2ª Turma. RMS 33.628-PE, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/4/2013 (Info 521).

Denúncia anônima

É possível a instauração de processo administrativo com base em "denúncia anônima"? SIM. Segundo o STJ, não há ilegalidade na instauração de processo administrativo com fundamento em denúncia anônima, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público. STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1307503/RR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06/08/2013.

PAD é independente em relação à ação de improbidade administrativa

As punições aplicáveis no PAD são independentes em relação às sanções determinadas na ação judicial de improbidade administrativa, não havendo bis in idem caso o servidor seja punido nas duas esferas. STJ. 1ª Seção. MS 15.848/DF, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/04/2013.

2012

Condenação pelo Tribunal de Contas independe do resultado do PAD

Se o servidor público responder a processo administrativo disciplinar e for absolvido, ainda assim poderá ser condenado a ressarcir o erário, em tomada de contas especial, pelo Tribunal de Contas da União. STF. 1ª Turma. MS 27867 AgR/DF, rel. Min. Dias Toffoli, 18/9/2012 (Info 680).

Prescrição da infração administrativa

Para infrações disciplinares praticadas por servidores públicos: A regra geral do prazo prescricional para a punição administrativa de demissão é de 5 anos, nos termos do art. 142, I da Lei nº 8.112/90, entre o conhecimento do fato e a instauração do processo administrativo disciplinar. Quando o servidor público comete infração disciplinar também tipificada como crime, somente se aplicará o prazo prescricional da legislação penal se os fatos também forem apurados em ação penal. Se não há notícia de apuração criminal, deve ser aplicado o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 142, I da Lei nº 8.112/90. Para outras infrações administrativas apuradas pela Administração Pública: Aplica-se o mesmo raciocínio acima exposto. Desse modo, a pretensão punitiva da Administração Pública em relação à infração administrativa que também configura crime em tese, somente se sujeita ao prazo prescricional criminal quando instaurada a respectiva ação penal. STJ. 1ª Turma. REsp 1.116.477-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 16/8/2012 (Info 502).

Intimação do processado

Em processo administrativo disciplinar é válida a intimação realizada mediante remessa de telegrama para o servidor público sendo que o AR foi recebido por terceiro? • SIM. STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 17.873/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28/08/2013. • NÃO. STJ. 3ª Seção. MS 14.016-DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 29/2/2012.

Aplicação da pena de demissão, em PAD, pela prática de improbidade administrativa

É possível a demissão de servidor por improbidade administrativa em processo administrativo disciplinar. Infração disciplinar grave que constitui ato de improbidade é causa de demissão do servidor, em processo administrativo, independente de processo judicial prévio. STJ. 3ª Seção. MS 14.140-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 26/9/2012.

DE OLHO NA SÚMULA!

Defesa técnica

Súmula Vinculante nº 5 do STF: A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

TERCEIRO SETOR

Primeiro Setor → Administração Pública Direta e Indireta.

Segundo Setor → Setor da economia com fins lucrativos.

Terceiro setor da economia → entidades privadas que atuam, SEM finalidade lucrativa, visando garantir o interesse da sociedade, executando atividades de interesse social, gozando desta forma, de benefícios pagos pelo ente estatal, como forma de incentivar a atuação do particular.

Também denominadas de entidades paraestatais – pois atuam AO LADO da Administração Pública.

Os entes paraestatais NÃO INTEGRAM a estrutura administrativa como entes da Administração Direta ou Indireta.

JÁ CAIU CESPE: As entidades paraestatais, entes privados que não integram a administração pública direta e indireta, colaboram com o Estado no desempenho de atividades de interesse público, sem finalidade lucrativa, como os serviços sociais autônomos.

O que são? São particulares em colaboração, SEM fins lucrativos, que atuam ao lado do Estado na prestação de serviços públicos NÃO exclusivos, mas de cunho social.

- Sem fins lucrativos;
- Ao lado do Estado;
- Serviços públicos não exclusivos;
- De cunho social.

São 4 as espécies de ente do terceiro setor. Ok, mas quais são elas?

- Serviços sociais autônomos;
- Entidades de apoio
- Organizações sociais (OS)
- Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Não é suficiente saber quais são, mas sim as características peculiares de cada uma delas. Vamos ao estudo delas.

A) SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

- Criadas mediante AUTORIZAÇÃO LEGAL.
- Faz parte do chamado Sistema S: SESI, SENAI, SENAC, SESC, SENAR.
- Possuem capacidade tributária;
- Gozam de parafiscalidade;
- NÃO GOZAM de privilégios administrativos: sejam eles fiscais, processuais ou contratuais.
- Ficam sujeitos ao controle do TCU.
- Devem respeitar os princípios inerentes a licitação.
- Ações propostas →tramitam perante a Justiça Estadual.
- Empregados, regidos pela CLT: não dependem de concurso público. Contudo, seus empregados ostentam qualidade de agentes públicos para fins penais e para fins de aplicação da lei de improbidade administrativa.

JÁ CAIU CESPE: em consonância com o entendimento do STF, os serviços sociais autônomos estão sujeitos ao controle finalístico do TCU no que se refere à aplicação de recursos públicos recebidos.

JÁ CAIU CESPE: É classificada como integrante dos serviços sociais autônomos uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada por **AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA**, cuja finalidade principal seja a de executar serviços de utilidade pública para o benefício de grupos específicos, com custeio de contribuições compulsórias.

B) ENTIDADES DE APOIO

C) ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (OS)

- As organizações sociais são particulares, SEM fins lucrativos para prestação de serviços públicos NÃO exclusivos de Estado, tais como, ensino, pesquisa cientifica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, entre outros definidos na própria lei.
- A sua criação NÃO depende de lei.
- As atividades desenvolvidas pelas organizações sociais é de LIVRE prestação pela iniciativa privada, por exemplo, educação e saúde.
- Recebem auxilio do ente estatal de diversas formas, e consequentemente, se sujeitam a algumas restrições impostas à fazenda pública.
- Instrumento: CONTRATO DE GESTÃO: o vínculo com o poder público é efetiva mediante a celebração de contrato de gestão. Por meio deste contrato, a entidade se qualifica como organização social e poderá gozar de todos os privilégios referentes a esta qualificação como a dotação orçamentaria, cessão de benns públicos e cessão de servidores públicos.

Organizações sociais	OSCIP
Contrato de gestão	Termo de parceria
JÁ CAIU: a relação do poder público com as organizações sociais encontra disciplina no CONTRATO DE GESTÃO, já a relação das OSCIPs é instrumentalizada por meio de termo de parceria; ambas as relações tem por objeto o fomento e o desempenho de serviços sociais não exclusivos de Estado.	

- Depende da aprovação quanto a conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.
- Contrato de gestão: discrimina atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e organização social.
- Após o contrato de gestão – passa a gozar de certos benefícios decorrentes deste ajuste, tais como a destinação de valores públicos, por meio de dotação orçamentária e cessão de bens públicos e servidores estatais.
- Submetem-se ao controle realizado pelo Ministério supervisor.

- Fica submetido ao controle financeiro – realizado pelo Tribunal de Contas.
- **GOZAM DE DISPENSA DE LICITAR**.

JÁ CAIU CESPE: a qualificação de uma entidade como OS resulta de critério discricionário do Ministro competente para supervisionar ou regular a área de atividade.
JÁ CAIU: as organizações sociais prevê a responsabilidade individual e solidária dos dirigentes pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão, em caso de desqualificação da entidade pelo descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.
JÁ CAIU: é dispensável a licitação para celebração de contrato de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo para atividades contempladas no contrato de gestão.
JÁ CAIU: o afastamento do certame licitatório *não exime o administrador público da observância dos princípios constitucionais,* de modo que a contratação direta das organizações sociais deve observar os critérios objetivos e impessoais, com a publicidade de forma a permitir o acesso de todos os interessados.
JÁ CAIU: é qualificação jurídica dada a pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, instituída por iniciativa de particulares, e que recebe delegação do Poder Público, mediante CONTRATO DE GESTÃO, para desempenhar serviço público de natureza social: ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

D) ORGANIZAÇÃO DE SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIP)

São **particulares**, sem finalidade lucrativa, criadas para prestação de serviços públicos não exclusivos de promoção de assistência social, promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação e da saúde, promoção da segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação o meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável.

- Execução de serviços de interesse social com o poder público;
- Ausência de fins lucrativos;
- Instrumento: TERMO DE PARCERIA.
- O **termo de parceria** deve observar algumas cláusulas obrigatórias: objeto; definição de metas; avaliação de desempenho; previsão de receitas e despesas; as obrigações da sociedade de interesse público; publicação.
- Ato vinculado – caso a entidade cumpra os requisitos da lei para a qualificação como OSCIP, a Administração não poderá negar o vínculo.

JÁ CAIU CESPE: Compete ao Ministério da Justiça a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como organizações da sociedade civil de interesse público.