

COORDENADOR  
CLAUDIO MADUREIRA

RESUMOS DE

# DIREITO ADMINISTRATIVO

ENTRE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO



UFES

PPGDIR

**PPGDIR**

Programa de Pós-Graduação em Direito Processual

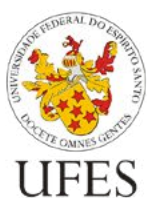


VIRTUALIS

**COORDENADOR  
CLAUDIO MADUREIRA**

**RESUMOS DE  
DIREITO  
ADMINISTRATIVO**

**ENTRE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO**





**COORDENADOR  
CLAUDIO MADUREIRA**

**RESUMOS DE  
DIREITO  
ADMINISTRATIVO**

**ENTRE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO**

Editora Virtualis  
2020

2020 - Editora Virtualis

**Conselho Editorial**

Cláudio Penedo Madureira  
Cláudio Janotti da Rocha  
José Roberto Mello Porto  
Leonardo de Medeiros Garcia  
Romeu Faria Thomé da Silva

**Capa, Diagramação e Impressão:** Editora Virtualis

---

R436 Resumos de Direito Administrativo - Entre ensino, pesquisa e extensão /  
Coordenador: Claudio Madureira - Belo Horizonte: Editora Virtualis, 2020.  
530p. 21 cm x 27 cm.

ISBN: 978-65-990782-1-7

1. Direito. 2. Direito Administrativo I. Madureira, Claudio. II. Título.

CDD 342.6

---



[www.editoravirtualis.com](http://www.editoravirtualis.com)

*“Com a roupa encharcada e a alma repleta de chã,  
todo artista tem de ir aonde o povo está.  
Se for assim, assim será,  
cantando me disfarço e não me canso de viver, nem de cantar”*

**Milton Nascimento e Fernando Brant<sup>1</sup>**

*“Já podaram seus momentos, desviaram seu destino,  
seu sorriso de menino tantas vezes se escondeu.  
Mas renova-se a esperança, nova aurora a cada dia,  
e há que se cuidar do broto, pra que a vida nos dê flor e fruto”.*

**Milton Nascimento e Wagner Tiso<sup>2</sup>**

---

1 Letra da música “Nos bailes da vida”, lançada em 1981 no álbum “Caçador de Mim”.

2 Letra da música “Coração de Estudante”, lançada em 1985 em álbum homônimo.



Este trabalho é resultado de atividade de pesquisa e extensão desenvolvida conjuntamente com alunos dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, e se associa à linha de pesquisa “Sistemas de justiça, constitucionalidade e tutelas de direitos individuais e coletivos”, do seu Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR/UFES), com área de concentração em “Justiça, processo e constituição”, que assume como objetivo geral a crítica do paradigma meramente formalista do processo por meio da discussão da concepção de processo como meio adequado de garantia dos direitos fundamentais erigidos em estatura constitucional e traz entre os seus objetivos específicos a pesquisa dos fundamentos de hermenêutica jurídica voltados aos conceitos de teoria da norma por meio do crítica e do estudo dos diversos conceitos de justiça.





<b>AUTORES</b> .....	31
<b>PREFÁCIO</b> .....	37
<b>CLAUDIO MADUREIRA</b> .....	38

# **PARTE I**

## **BASE TEÓRICA**

---

<b>CAPÍTULO 1 - HISTÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	43
<b>1.1. A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	43
<b>1.2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL</b> .....	45
<b>1.2.1. NO BRASIL COLÔNIA</b> .....	46
<b>1.2.2. NO BRASIL IMPÉRIO</b> .....	46
<b>1.2.3. NO PERÍODO DA REPÚBLICA</b> .....	47
<b>1.2.3.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934</b> .....	48
<b>1.2.3.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	48
<b>1.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	49
 <b>CAPÍTULO 2 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AGENTES ESTATAIS, ÓRGÃOS E ENTIDADES</b> .....	51
<b>2.1. AGENTES ESTATAIS</b> .....	51
<b>2.1.1. AGENTES POLÍTICOS</b> .....	52
<b>2.1.2. SERVIDORES PÚBLICOS</b> .....	52
<b>2.1.2.1. SERVIDORES EFETIVOS</b> .....	52
<b>2.1.2.2. SERVIDORES COMISSIONADOS</b> .....	53
<b>2.1.2.3. SERVIDORES TEMPORÁRIOS</b> .....	53
<b>2.1.3. EMPREGADOS PÚBLICOS</b> .....	53
<b>2.2. ÓRGÃOS E ENTIDADES</b> .....	53
<b>2.2.1. DESCONCENTRAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO</b> .....	54
<b>2.2.2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA: UNIDADES FEDERADAS E SEUS ÓRGÃOS DESCONCENTRADOS</b> .....	54

<b>2.2.3. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: ÓRGÃOS DESCENTRALIZADOS OU ENTIDADES.</b> .....	54
2.2.3.1. ENTIDADES COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.....	55
2.2.3.1.1. AUTARQUIAS.....	55
2.2.3.1.2. AUTARQUIAS ESPECIAIS.....	56
2.2.3.1.3. FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO.....	57
2.2.3.1.4. CONSÓRCIOS PÚBLICOS.....	57
2.2.3.2. ENTIDADES COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO.....	58
2.2.3.2.1. EMPRESAS ESTATAIS.....	58
2.2.3.2.1.1. EMPRESAS PÚBLICAS.....	58
2.2.3.2.1.2. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.....	58
2.2.3.2.1.3. SOCIEDADES CONTROLADAS.....	59
2.2.3.2.2. FUNDAÇÕES PÚBLICAS.....	59
2.2.3.2.3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS-PRIVADOS.....	59
2.2.3.2.4. SOCIEDADES COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL MINORITÁRIA.....	59
2.2.3.2.5. EMPRESAS ESTATAIS DE FATO.....	59
<b>2.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.</b> .....	60
<b>CAPÍTULO 3 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEGALIDADE.</b> .....	61
3.1. O PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA LEGALIDADE. ....	62
3.2. LEGALIDADE VERSUS JURIDICIDADE.....	62
3.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64
<b>CAPÍTULO 4 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO</b> .....	67
4.1. O QUE NÃO É INTERESSE PÚBLICO? .....	68
4.1.1. ILEGITIMIDADE DA CONCEITUAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO (OU DO ESTADO).....	68
4.1.2. ILEGITIMIDADE DA CONCEITUAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DO PÚBLICO (OU DA SOCIEDADE). ....	70
4.2. INTERESSE PÚBLICO COMO REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	72
4.3. INTERESSE PÚBLICO COMO SÍNTESE DOS INTERESSES ASSIMILADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO-POSITIVO.....	73
4.4. INTERESSE PÚBLICO E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. ....	76
4.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	78

<b>CAPÍTULO 5 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE ADMINISTRATIVO</b> .....	81
<b>5.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.</b> .....	81
<b>5.2. CONTROLE ADMINISTRATIVO.</b> .....	81
5.2.1. CONCEITO E ALCANCE.....	82
5.2.2. FUNDAMENTOS.....	83
<b>5.3. AS VÁRIAS FORMAS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO.</b> .....	83
<b>5.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.</b> .....	84

## **PARTE II**

### **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

---

<b>CAPÍTULO 6 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEORIAS</b> .....	87
<b>6.1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE.</b> .....	87
<b>6.2. TEORIAS CIVILISTAS.</b> .....	88
6.2.1. TEORIA DOS ATOS DE IMPÉRIO E ATOS DE GESTÃO.....	89
6.2.2. TEORIA DA CULPA CIVIL OU DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.....	89
<b>6.3. TEORIAS PUBLICISTAS.</b> .....	90
6.3.1. TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO.....	91
6.3.2. TEORIA DO RISCO.....	92
6.3.2.1. RISCO ADMINISTRATIVO VERSUS RISCO INTEGRAL.....	92
6.3.2.2. CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE.....	94
6.3.2.2.1. CAUSAS EXCLUDENTES.....	94
6.3.2.2.1.1. FORÇA MAIOR.....	95
6.3.2.2.1.2. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	95
6.3.2.2.1.3. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIROS.....	95
6.3.2.2.2. CAUSA ATENUANTE: CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA.....	96
<b>6.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	96

<b>CAPÍTULO 7 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA E REPARAÇÃO DO DANO</b> .....	99
<b>7.1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: O ART. 37, § 6º, CRFB.</b> .....	99

<b>7.2. OS ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ART. 37, § 6º, CFRB.....</b>	<b>100</b>
7.2.1. AS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSÁVEIS. ....	101
7.2.2. OS AGENTES PÚBLICOS.....	101
7.2.3. AS RELAÇÕES JURÍDICAS.....	102
<b>7.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>102</b>
7.3.1. A CONDUTA LESIVA (FATO ADMINISTRATIVO). ....	103
7.3.2. O DANO.....	103
7.3.3. O NEXO DE CAUSALIDADE.....	103
<b>7.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS.....</b>	<b>104</b>
<b>7.5. O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O AGENTE PÚBLICO.....</b>	<b>105</b>
<b>7.6. A REPARAÇÃO DO DANO.....</b>	<b>105</b>
<b>7.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>107</b>

## **CAPÍTULO 8 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: CAUSAS DE EXCLUSÃO TOTAL OU PARCIAL DA RESPONSABILIDADE E DANO MORAL E PATRIMONIAL.....**

<b>8.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....</b>	<b>109</b>
<b>8.2. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>110</b>
8.2.1 CAUSAS CONCORRENTES.....	111
8.2.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.....	111
8.2.3 CONDUTA DE TERCEIROS.....	113
8.2.4 CONDUTA DA VÍTIMA.....	114
<b>8.3. DANO MORAL E PATRIMONIAL.....</b>	<b>114</b>
8.3.1 DANOS MATERIAIS.....	116
8.3.2 DANOS MORAIS.....	117
<b>8.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>120</b>

## **CAPÍTULO 9 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE POR ATOS JURISDICIONAIS E LEGISLATIVOS.....**

<b>9.1. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....</b>	<b>123</b>
<b>9.2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS JURISDICIONAIS.....</b>	<b>124</b>

9.2.1 TEORIAS.....	124
9.2.1.1 SOBERANIA DO PODER JUDICIÁRIO.....	124
9.2.1.2 INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA.....	124
9.2.1.3 OFENSA À COISA JULGADA.....	125
9.2.1.4 AUSÊNCIA DE TEXTO EXPRESSO EM LEI.....	125
9.2.2 CONDUTAS DOLOSAS VERSUS CONDUTAS CULPOSAS.....	125
9.3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS.....	126
9.3.1. LEIS INCONSTITUCIONAIS.....	127
9.3.2. LEIS CONSTITUCIONAIS.....	127
9.3.3. OMISSÃO LEGISLATIVA.....	127
9.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	128

## **CAPÍTULO 10 – EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA..... 129**

10.1. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.....	129
10.2. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DE TERCEIROS.....	130
10.3. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO E PRESCRIÇÃO DE PRESTAÇÕES DE CARÁTER SUCESSIVO.....	132
10.4. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO EM FACE DO ESTADO.....	132
10.5. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO EM FACE DO ESTADO.....	133
10.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	135

# **PARTE III**

## **PROCESSO ADMINISTRATIVO**

---

## **CAPÍTULO 11 – PROCESSO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E GERAIS..... 139**

11.1. O PROCESSO EM CONOTAÇÃO GENÉRICA E TEORIA GERAL.....	139
11.2. PROCESSO VERSUS PROCEDIMENTO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS.....	140
11.3. A DISCIPLINA NORMATIVA DA LEI FEDERAL Nº 9.784/1999.....	141
11.4. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	144
11.5. CLASSIFICAÇÕES DOGMÁTICAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.....	144

11.6. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E BREVES CONTROVÉRSIAS.....	145
11.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	146

## **CAPÍTULO 12 – PROCESSO ADMINISTRATIVO: PRINCÍPIOS** 147

12.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	147
12.2. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE.....	148
12.3. PRINCÍPIO DA GRATUIDADE.....	149
12.4. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	149
12.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	151
12.6. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO PROCEDIMENTAL.....	152
12.7. PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE.....	152
12.8. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL.....	153
12.9. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS.....	153
12.10. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL.....	154
12.11. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	154
12.12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	155

## **CAPÍTULO 13 – PROCESSO ADMINISTRATIVO: SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR**..... 157

13.1. SINDICÂNCIA.....	157
13.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	158
13.2.1. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.....	160
13.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165

# **PARTE IV**

## **RESTRIÇÕES DO ESTADO SOBRE A PROPRIEDADE.**

---

## **CAPÍTULO 14 – DESAPROPRIAÇÃO: NOÇÃO, PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES**..... 169

14.1. NOÇÃO.....	169
14.2. PRESSUPOSTOS.....	171

14.3. ESPÉCIES.....	172
14.3.1. DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA.....	172
14.3.2. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA.....	172
14.3.3. DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA.....	174
14.3.4. DESAPROPRIAÇÃO DISCIPLINADA PELO ESTATUTO DAS CIDADES.....	175
14.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	175
<b>CAPÍTULO 15 – DESAPROPRIAÇÃO: FASES E IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....</b>	<b>177</b>
15.1. FASE DECLARATÓRIA.....	177
15.2. FASE EXECUTÓRIA.....	180
15.2.1. VIA ADMINISTRATIVA OU EXTRAJUDICIAL.....	180
15.2.2. VIA JUDICIAL.....	181
15.2.2.1. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....	182
15.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	183
<b>CAPÍTULO 16 – DESAPROPRIAÇÃO: JUSTA INDENIZAÇÃO E CONTROLE JURISDICIONAL.....</b>	<b>185</b>
16.1. INDENIZAÇÃO PRÉVIA <i>VERSUS</i> IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....	186
16.1.1. MATRIZ TEÓRICA INTERPRETATIVA: SOBRE AS RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOBRE A CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO DIREITO MATERIAL.....	188
16.1.2. EXERCÍCIO DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS QUE PREVEEM A INDENIZAÇÃO PRÉVIA E A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....	192
16.2. MEIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS A ASSEGURAR O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO JUSTA E PRÉVIA NOS FEITOS EM QUE SE DÁ O DEFERIMENTO AO EXPROPRIANTE DA MEDIDA LIMINAR DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....	194
16.2.1. ADEQUADO DIMENSIONAMENTO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI À COGNIÇÃO NOS PROCESSOS EXPROPRIATÓRIOS.....	195
16.2.2. IDENTIFICAÇÃO DOS MEIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS A ASSEGURAR O RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO JUSTA E PRÉVIA JÁ NO MOMENTO DA IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.....	196
16.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	197



**CAPÍTULO 17 – DESAPROPRIAÇÃO: DESTINAÇÃO DO BEM EXPROPRIADO E DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA..... 201**

<b>17.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS.....</b>	<b>201</b>
<b>17.2. TREDESTINAÇÃO E RETROCESSÃO.....</b>	<b>202</b>
<b>17.3. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA.....</b>	<b>205</b>
<b>17.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>206</b>

**CAPÍTULO 18 – OUTRAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE: REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA, SERVIDÃO ADMINISTRATIVA, LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA, OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA, TOMBAMENTO..... 207**

<b>18.1. DAS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE.....</b>	<b>207</b>
<b>18.2. DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>208</b>
<b>18.3. DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>209</b>
18.3.1. DEFINIÇÃO.....	209
18.3.2. CONSTITUIÇÃO.....	209
18.3.3. DISTINÇÕES.....	210
18.3.4. CAUSAS EXTINTIVAS.....	210
<b>18.4. DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>210</b>
18.4.1. INDENIZAÇÃO.....	210
<b>18.5. DA OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA.....</b>	<b>211</b>
<b>18.6. TOMBAMENTO.....</b>	<b>211</b>
18.6.1. ESPÉCIES.....	212
18.6.2. PROCEDIMENTO.....	212
18.6.3. EFEITOS.....	212
18.6.4. EXTINÇÃO.....	213
<b>18.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>213</b>

# PARTE V

## BENS PÚBLICOS

---

<b>CAPÍTULO 19 – BENS PÚBLICOS: NOÇÃO, CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES, AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO</b> .....	217
<b>19.1. INTRODUÇÃO</b> .....	217
<b>19.2. NOÇÃO, CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS</b> .....	217
19.2.1. CONCEITO DE BEM NO ÂMBITO JURÍDICO .....	217
19.2.2. CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS .....	219
19.2.2.1. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO .....	219
19.2.2.1.1. BENS DE USO COMUM .....	219
19.2.2.1.2. BENS DE USO ESPECIAL .....	219
19.2.2.1.3. BENS DE USO DOMINICAL .....	220
19.2.2.2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À TITULARIDADE .....	220
<b>19.3. AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS</b> .....	221
<b>19.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	222
<b>CAPÍTULO 20 – BENS PÚBLICOS: AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO, IMPRESCRITIBILIDADE, IMPENHORABILIDADE E NÃO ONERAÇÃO</b> .....	223
<b>20.1. REGIME JURÍDICO</b> .....	223
20.1.1. INALIENABILIDADE RELATIVA (OU ALIENABILIDADE CONDICIONADA) .....	223
20.1.2. IMPENHORABILIDADE .....	224
20.1.3. IMPRESCRITIBILIDADE .....	225
20.1.4. NÃO-ONERABILIDADE .....	225
20.1.5. BENS PRIVADOS EQUIPARADOS A BENS PÚBLICOS .....	225
<b>20.2. AQUISIÇÃO</b> .....	226
20.2.1. FORMAS DE AQUISIÇÃO .....	226
<b>20.3. ALIENAÇÃO</b> .....	228
20.3.1. FORMAS DE ALIENAÇÃO .....	228
<b>20.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	229

<b>CAPÍTULO 21 – BENS PÚBLICOS: AUTORIZAÇÃO DE USO, PERMISSÃO DE USO, CONCESSÃO DE USO E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO</b> .....	231
<b>21.1. FORMAS DE USO DO BEM PÚBLICO PELO ADMINISTRADO</b> .....	231
21.1.1. USO NORMAL E ANORMAL.....	231
21.1.2. USO COMUM.....	231
21.1.3. USO PRIVATIVO OU ESPECIAL .....	232
<b>21.2. AUTORIZAÇÃO DE USO</b> .....	232
<b>21.3. PERMISSÃO DE USO</b> .....	233
<b>21.4. CONCESSÃO DE USO</b> .....	234
<b>21.5. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO</b> .....	234
<b>21.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	235

<b>CAPÍTULO 22 – BENS PÚBLICOS: TERRAS DEVOLUTAS, TERRENOS DE MARINHA E ENFITEUSE</b> .....	237
<b>22.1. TERRAS DEVOLUTAS</b> .....	237
22.1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPREENSÃO DO INSTITUTO.....	237
22.1.2. CONCEITO DE TERRAS DEVOLUTAS .....	238
22.1.3. DISPONIBILIDADE E INDISPONIBILIDADE.....	239
22.1.4. PROCESSO DE DISCRIMINAÇÃO.....	240
<b>22.2. TERRENOS DE MARINHA E SEUS ACRESCIDOS</b> .....	241
<b>22.3. ENFITEUSE</b> .....	242
<b>22.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	242

## **PARTE VI**

### **ATOS ADMINISTRATIVOS**

---

<b>CAPÍTULO 23 – ATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÃO, DISTINÇÃO ENTRE FATOS E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	247
<b>23.1. NOÇÃO</b> .....	247

23.2. FATOS E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO .....	248
23.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS.....	249
23.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	249
<b>CAPÍTULO 24 – ATOS ADMINISTRATIVOS: ESTRUTURA.....</b>	<b>251</b>
24.1. CONCEITO E DIVERGÊNCIAS TERMINOLÓGICAS .....	251
24.2. COMPETÊNCIA.....	252
24.2.1. DELEGAÇÃO E AVOCÇÃO DE COMPETÊNCIA .....	253
24.2.2. VÍCIOS DE COMPETÊNCIA .....	254
24.3. FORMA.....	255
24.3.1. VÍCIOS DE FORMA.....	256
24.4. FINALIDADE .....	256
24.4.1. VÍCIOS DE FINALIDADE.....	256
24.5. MOTIVO.....	258
24.5.1. MOTIVO E MOTIVAÇÃO .....	259
24.5.2. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	260
24.6. OBJETO .....	261
24.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	262
<b>CAPÍTULO 25 – ATOS ADMINISTRATIVOS: ATRIBUTOS.....</b>	<b>263</b>
25.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ....	263
25.2. AUTOEXECUTORIEDADE.....	264
25.3. TIPICIDADE.....	265
25.4. IMPERATIVIDADE.....	265
25.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	265
<b>CAPÍTULO 26 – ATOS ADMINISTRATIVOS: ESPÉCIES.....</b>	<b>267</b>
26.1. ATOS NORMATIVOS. ....	267
26.1.1.1. DECRETOS.....	268
26.1.2. REGULAMENTOS .....	268
26.1.3. INSTRUÇÕES NORMATIVAS.....	268
26.1.4. REGIMENTOS .....	269
26.1.5. RESOLUÇÕES.....	269
26.1.6. DELIBERAÇÕES.....	269

<b>26.2. ATOS ORDINATÓRIOS.....</b>	<b>269</b>
26.2.1. INSTRUÇÕES, CIRCULARES, AVISOS, PORTARIAS, ORDENS DE SERVIÇO E PROVIMENTOS.....	269
26.2.2. OFÍCIOS.....	270
26.2.3. DESPACHOS.....	270
<b>26.3. ATOS NEGOCIAIS.....</b>	<b>271</b>
26.3.1. LICENÇA, AUTORIZAÇÃO E PERMISSÃO.....	271
26.3.2. ADMISSÃO.....	272
26.3.3. APROVAÇÃO, HOMOLOGAÇÃO E VISTO.....	272
26.3.4. DISPENSA E RENÚNCIA.....	272
26.3.5. PROTOCOLO ADMINISTRATIVO.....	273
<b>26.4. ATOS ENUNCIATIVOS.....</b>	<b>273</b>
26.4.1. CERTIDÕES.....	273
26.4.2. ATESTADOS.....	273
26.4.3. PARECERES.....	274
26.4.4. APOSTILAS.....	274
<b>26.5. ATOS PUNITIVOS.....</b>	<b>274</b>
26.5.1. MULTA.....	275
26.5.2. INTERDIÇÃO DE ATIVIDADE.....	275
26.5.3. APREENSÃO OU DESTRUIÇÃO DE COISAS.....	275
<b>26.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>275</b>

## **CAPÍTULO 27 – ATOS ADMINISTRATIVOS: PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES.....**

<b>27.1. ATOS GERAIS E INDIVIDUAIS.....</b>	<b>277</b>
<b>27.2. ATOS DE IMPÉRIO, DE GESTÃO E DE EXPEDIENTE.....</b>	<b>278</b>
<b>27.3. ATOS VINCULADOS OU DISCRICIONÁRIOS.....</b>	<b>279</b>
<b>27.4. ATOS SIMPLES, COMPLEXOS E COMPOSTOS.....</b>	<b>280</b>
<b>27.5. ATOS NULOS, ANULÁVEIS E INEXISTENTES.....</b>	<b>281</b>
<b>27.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>282</b>

## **CAPÍTULO 28 – ATOS ADMINISTRATIVOS: NULIDADES, CONVALIDAÇÃO, CONVERSÃO E TEORIA DOS EFEITOS DOS ATOS NULOS.....**

<b>28.1. NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: ATOS NULOS E ANULÁVEIS. ....</b>	<b>285</b>
--	------------

28.2. CONVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA: SUPRESSÃO DE INVALIDADE DE ATO ANULÁVEL.....	288
28.3. CONVERSÃO: APROVEITAMENTO DE ELEMENTOS DE ATO INVÁLIDO.....	290
28.4. TEORIA DOS EFEITOS DOS ATOS NULOS.....	291
28.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	292
<b>CAPÍTULO 29 – ATOS ADMINISTRATIVOS: EXTINÇÃO.....</b>	<b>295</b>
29.1. ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOCTRINÁRIAS.....	295
29.2. REVOGAÇÃO.....	297
29.3. INVALIDAÇÃO.....	299
29.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	300

## **PARTE VII**

### **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

<b>CAPÍTULO 30 – CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MODALIDADES.....</b>	<b>303</b>
30.1. OS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO.....	303
30.2. MODALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	305
30.2.1. CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	306
30.2.2. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA.....	308
30.2.3. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO.....	309
30.2.4. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA E SERVIÇO PÚBLICO.....	309
30.2.5. CONTRATO DE FORNECIMENTO.....	310
30.3. CONCLUSÃO.....	311
30.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	311

<b>CAPÍTULO 31 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CLÁUSULAS EXORBITANTES.....</b>	<b>313</b>
31.1. EXIGÊNCIA DE GARANTIA.....	313
31.2. ALTERAÇÃO UNILATERAL.....	314
31.3. RESCISÃO UNILATERAL.....	314

31.4. FISCALIZAÇÃO .....	315
31.5. APLICAÇÃO DIRETA DE SANÇÃO .....	315
31.6. A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO .....	316
31.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	317

## **CAPÍTULO 32 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: VIGÊNCIA, ALTERAÇÕES CONTRATUAIS E EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA..... 319**

32.1. VIGÊNCIA.....	319
32.2. PRORROGAÇÃO E RENOVAÇÃO.....	320
32.3. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS.....	321
32.4. EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO-ECONÔMICO FINANCEIRA.....	321
32.5. TEORIA DE IMPREVISÃO.....	323
32.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	323

## **CAPÍTULO 33 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: FATO DO PRÍNCIPE VERSUS FATO DA ADMINISTRAÇÃO E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS..... 325**

33.1. FATO DO PRÍNCIPE VERSUS FATO DA ADMINISTRAÇÃO.....	325
33.2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.....	327
33.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	329

## **CAPÍTULO 34 - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: EXTINÇÃO**

331

34.1. EXTINÇÃO E RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	331
34.2. EXTINÇÃO POR ADIMPLENTO DAS PARTES.....	332
34.3. EXTINÇÃO POR ACORDO ENTRE AS PARTES E EXTINÇÃO JUDICIAL.....	332
34.4. EXTINÇÃO POR DECRETAÇÃO DE INVALIDADE E EXTINÇÃO POR RESCISÃO.....	333
34.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	334

# PARTE VIII

## LICITAÇÕES

---

<b>CAPÍTULO 35 - LICITAÇÕES: CONCEITO, PRINCÍPIOS E TIPOS DE LICITAÇÃO</b> .....	337
<b>35.1. CONCEITO</b> .....	337
<b>35.2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO</b> .....	339
35.2.1. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROIBIDADE ADMINISTRATIVA .....	340
35.2.2. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E IGUALDADE .....	340
35.2.3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE .....	342
35.2.4. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO .....	343
35.2.5. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO .....	344
35.2.6. PRINCÍPIOS CORRELATOS: FORMALISMO, COMPETITIVIDADE, SIGILO DAS PROPOSTAS E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA.....	344
<b>35.3. TIPOS DE LICITAÇÃO</b> .....	345
35.3.1. MENOR PREÇO.....	345
35.3.2. MELHOR TÉCNICA E TÉCNICA E PREÇO.....	346
35.3.3. MAIOR LANCE OU OFERTA .....	347
<b>35.4. REFERÊNCIAS</b> .....	347
<b>CAPÍTULO 36 - LICITAÇÕES: MODALIDADES</b> .....	349
<b>36.1. INTRODUÇÃO.</b> .....	349
<b>36.2. A CONCORRÊNCIA.</b> .....	350
<b>36.3. A TOMADA DE PREÇOS.</b> .....	351
<b>36.4. O CONVITE.</b> .....	353
<b>36.5. O CONCURSO.</b> .....	354
<b>36.6. O LEILÃO.</b> .....	356
<b>36.7. O PREGÃO.</b> .....	356
<b>36.8. A CONSULTA.</b> .....	358
<b>36.9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.</b> .....	358



## **CAPÍTULO 37 – LICITAÇÕES: ATOS CONVOCATÓRIOS, FASES E PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BÁSICO. .... 359**

<b>37.1. FASES DA LICITAÇÃO .....</b>	<b>359</b>
37.1.1. FASE INTERNA.....	359
37.1.2. FASE EXTERNA.....	360
<b>37.2. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BÁSICO .....</b>	<b>361</b>
37.2.1. INSTAURAÇÃO OU ABERTURA.....	361
37.2.1.1. EDITAL.....	362
37.2.1.2. CARTA-CONVITE .....	363
37.2.2. HABILITAÇÃO .....	364
37.2.3. CLASSIFICAÇÃO .....	366
37.2.4. JULGAMENTO.....	367
37.2.4.1. TIPOS DE LICITAÇÃO.....	368
37.2.5. RECURSOS .....	369
37.2.6. HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO .....	369
<b>37.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>369</b>

## **CAPÍTULO 38 – LICITAÇÕES: HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO 371**

<b>38.1. HOMOLOGAÇÃO .....</b>	<b>371</b>
<b>38.2. ADJUDICAÇÃO .....</b>	<b>372</b>
<b>38.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>373</b>

## **CAPÍTULO 39 – EXTINÇÃO DA LICITAÇÃO: REVOGAÇÃO, ANULAÇÃO E DESISTÊNCIA .....**

<b>39.1. ANULAÇÃO .....</b>	<b>375</b>
<b>39.2. REVOGAÇÃO .....</b>	<b>376</b>
<b>39.3. DESISTÊNCIA.....</b>	<b>377</b>
<b>39.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>377</b>

## **CAPÍTULO 40 – LICITAÇÕES: CONTRATAÇÃO DIRETA, SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E DISPOSIÇÕES RELATIVAS A EMPRESAS ESTATAIS. .... 379**

<b>40.1. CONTRATAÇÃO DIRETA.....</b>	<b>379</b>
--------------------------------------	------------

40.1.1. FORMAS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	380
40.1.1.1. LICITAÇÃO DISPENSADA.....	380
40.1.1.2. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL OU DISPENSA DE LICITAÇÃO.....	380
40.1.2. LICITAÇÃO INEXIGÍVEL OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....	383
40.2. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS.....	384
40.3. DISPOSIÇÕES RELATIVAS ÀS EMPRESAS ESTATAIS.....	385
40.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	387

## **CAPÍTULO 41 - REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: PRINCIPAIS INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À LEI Nº 8.666/1993.....**

41.1. FONTES NORMATIVAS, APLICAÇÃO E ASPECTOS GERAIS.....	389
41.2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À LEI Nº 8.666/1993.....	391
41.2.1. REGIME DE EXECUÇÃO DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA.....	391
41.2.2. SIGILO QUANTO AO ORÇAMENTO.....	392
41.2.3. ESTRUTURA PROCEDIMENTAL, MODOS DE DISPUTA E CRITÉRIOS DE JULGAMENTO.....	393
41.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	396

# **PARTE IX**

## **SERVIÇOS PÚBLICOS**

---

<b>CAPÍTULO 42 - SERVIÇOS PÚBLICOS: PRESTAÇÃO DIRETA</b> .....	<b>399</b>
42.1. CONCEITO.....	399
42.2. LIMITES CONSTITUCIONAIS.....	401
42.3. SERVIÇOS PÚBLICOS E OUTRAS ATIVIDADES ESTATAIS.....	401
42.4. PRINCÍPIOS INERENTES AOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	402
42.5. CLASSIFICAÇÃO.....	404
42.6. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	405
42.7. PRESTAÇÃO DIRETA.....	406
42.8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	408

## **CAPÍTULO 43 – TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: PERMISSÃO, AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP’S)..... 409**

<b>43.1. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....</b>	<b>409</b>
43.1.1. DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DELEGAÇÃO.....	410
43.1.2. NOVAS FORMAS UTILIZADAS PELO ESTADO PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	410
<b>43.2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....</b>	<b>411</b>
43.2.1. LEGISLAÇÃO PERTINENTE.....	411
43.2.2. CONCEITO E NOÇÕES GERAIS.....	412
43.2.2.1. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PRECEDIDA DA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA.....	413
43.2.3. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO.....	414
43.2.4. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONÁRIO.....	414
43.2.5. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO PODER PÚBLICO.....	415
43.2.6. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS.....	415
43.2.7. PRAZO.....	416
43.2.8. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA.....	416
43.2.9. RESPONSABILIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.....	416
43.2.10. FORMAS DE EXTINÇÃO.....	417
<b>43.3. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>417</b>
<b>43.4. AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....</b>	<b>418</b>
<b>43.5. PARCEIRAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP’S).....</b>	<b>419</b>
43.5.1. ESPÉCIES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	420
43.5.2. NATUREZA CONTRATUAL E OBJETO.....	420
43.5.3. CARACTERÍSTICAS.....	420
<b>43.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>421</b>

## **CAPÍTULO 44 – REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS TERCEIRIZADOS: AGÊNCIAS REGULADORAS E REGULAMENTO ADMINISTRATIVO..... 423**

<b>44.1. NOÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL.....</b>	<b>423</b>
44.1.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.....	424
44.1.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	425
<b>44.2. PREVISÃO LEGAL.....</b>	<b>426</b>
44.2.1. REGIME JURÍDICO.....	427
44.2.2. REGIME DE PESSOAL.....	429

44.2.3. LICITAÇÕES.....	429
44.3. AS ESPÉCIES DE AGÊNCIAS REGULADORAS POR ÁREA DE ATUAÇÃO.....	430
44.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	431

# PARTE X

## IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E EMPRESARIAL

---

<b>CAPÍTULO 45 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NOÇÃO, ATOS E SANÇÕES.....</b>	<b>435</b>
45.1. NOÇÃO.....	435
45.1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.....	435
45.1.2. DISPOSIÇÕES GERAIS.....	436
45.2. SUJEITOS.....	436
45.2.1. SUJEITO ATIVO.....	436
45.2.2. SUJEITO PASSIVO.....	437
45.3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	438
45.4. SANÇÕES.....	438
45.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	440

<b>CAPÍTULO 46 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL.....</b>	<b>441</b>
46.1. INTRODUÇÃO.....	441
46.1.1. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS SANÇÕES.....	442
46.2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO.....	443
46.2.1. LEGITIMIDADE PARA DENÚNCIA.....	446
46.2.2. DENÚNCIA ANÔNIMA.....	446
46.2.3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD).....	447

46.2.4. INQUÉRITO CIVIL .....	448
46.2.4.1. NÚCLEO DE COMBATE À CORRUPÇÃO (NCC/MPF) OU GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO (GAECO/MP ESTADUAL) .....	448
46.2.4.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO .....	449
46.2.4.3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE .....	450
46.2.4.4. FASES DO INQUÉRITO CIVIL.....	450
<b>46.3. PROCESSO JUDICIAL.....</b>	<b>450</b>
<b>46.3.1. PETIÇÃO INICIAL.....</b>	<b>453</b>
46.3.1.1. COMPETÊNCIA .....	454
46.3.1.2. QUALIFICAÇÃO DAS PARTES.....	455
46.3.1.3. FATO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO .....	455
46.3.1.4. PEDIDO COM SUAS ESPECIFICAÇÕES .....	456
46.3.1.5. VALOR DA CAUSA.....	457
46.3.1.6. PROVAS.....	457
46.3.1.7. OPÇÃO PELA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA AUTOCOMPOSITIVA.....	457
46.3.2 DEFESA PRÉVIA.....	457
46.3.3. AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	459
<b>46.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>461</b>
<b>CAPÍTULO 47 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO .....</b>	<b>465</b>
<b>47.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....</b>	<b>465</b>
<b>47.2. OS PRAZOS PRESCRICIONAIS PREVISTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>465</b>
47.2.1 PRAZO PRESCRICIONAL E TERMO INICIAL NAS SITUAÇÕES FUNCIONAIS TRANSITÓRIAS (MANDATO ELETIVO, CARGO EM COMISSÃO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA) – ART. 23, I, DA LIA .....	466
47.2.2 PRAZO PRESCRICIONAL E TERMO INICIAL NAS SITUAÇÕES FUNCIONAIS PERMANENTES (SERVIDOR PÚBLICO E EMPREGADO PÚBLICO) – ART. 23, II, DA LIA .....	467
47.2.3 TERMO INICIAL E PRAZO PRESCRICIONAL QUANTO AOS EMPREGADOS DE ENTIDADES NÃO ADMINISTRATIVAS – ART. 23, III, DA LIA.....	468
47.2.4 TERMO INICIAL E PRAZO PRESCRICIONAL DOS TERCEIROS CONCORRENTES E BENEFICIÁRIOS .....	469
<b>47.3. INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS.....</b>	<b>469</b>
<b>47.4. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO DANO DECORRENTE DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....</b>	<b>470</b>
<b>47.5. SÍNTESE CONCLUSIVA.....</b>	<b>472</b>
<b>47.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>472</b>

## **CAPÍTULO 48 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE A PARTICULARES**..... 473

<b>48.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL</b> .....	473
<b>48.2. SUJEITOS ATIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	474
<b>48.3. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92 A TERCEIROS</b> .....	475
<b>48.3.1. TERCEIROS QUE INDUZEM OU CONCORREM PARA A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	475
<b>48.3.2. TERCEIROS QUE SE BENEFICIAM DIRETA OU INDIRETAMENTE DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	476
<b>48.4. PESSOA JURÍDICA COMO TERCEIRO</b> .....	477
<b>48.5. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA</b> .....	478
<b>48.6. A IMPOSSIBILIDADE DO PARTICULAR RESPONDER ISOLADAMENTE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA</b> .....	480
<b>48.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	481

## **CAPÍTULO 49 – IMPROBIDADE EMPRESARIAL: NOÇÃO E ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**..... 483

<b>49.1. BREVE HISTÓRICO DA LEI 12.846/2013</b> .....	483
<b>49.2. DISPOSIÇÕES GERAIS</b> .....	483
<b>49.2.1 RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS</b> .....	484
<b>49.2.2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA TERRITORIAL DA LEI 12.846/2013</b> .....	484
<b>49.2.3. SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS</b> .....	485
<b>49.2.4. ALTERAÇÕES NA PESSOA JURÍDICA</b> .....	485
<b>49.3. ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO NACIONAL E ESTRANGEIRA</b> .....	486
<b>49.4. ATOS LESIVOS AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	487
<b>49.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	488

## **CAPÍTULO 50 – IMPROBIDADE EMPRESARIAL: RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL**..... 489

<b>50.1. ATOS DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL</b> .....	491
<b>50.2. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA</b> .....	497
<b>50.3. RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL</b> .....	504

<b>50.3.1. AÇÃO JUDICIAL PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES E OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO.....</b>	<b>505</b>
50.3.1.1. RITO PROCEDIMENTAL, LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO E FORMULAÇÃO DOS PEDIDOS.....	508
50.3.1.2. MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS.....	510
50.3.1.3. PRESCRIÇÃO.....	510
<b>50.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>512</b>

<b>CAPÍTULO 51 – IMPROBIDADE EMPRESARIAL: ACORDO DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>515</b>
<b>51.1. CONCEITO.....</b>	<b>515</b>
<b>51.2. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>516</b>
<b>51.3. SURGIMENTO: CONTEXTO HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA.....</b>	<b>516</b>
51.3.1. CONTEXTO HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL.....	517
<b>51.4. A DIFERENÇA ENTRE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DAS LEIS ANTITRUSTE (12.529/ 2011) E ANTICORRUPÇÃO (12.846/2013).....</b>	<b>518</b>
<b>51.5. ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/2013).....</b>	<b>518</b>
51.5.1. REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA.....	519
51.5.2. LEGITIMIDADE PARA FIRMAR O ACORDO DE LENIÊNCIA.....	520
51.5.3. DEMAIS QUESTÕES NO QUE TANGE AO ACORDO DE LENIÊNCIA.....	521
<b>51.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>521</b>

## AUTORES

---

### **ANA BEATRIZ FONSECA DOS SANTOS**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **ANA CAROLINA BOUCHABKI PUPPIN**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **ANA ELISE CAOU CANDEIA**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **ANDREY ROSSI OLIVEIRA**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **ANDRICK FARIA PEREIRA**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **ANA VALÉRIA MAGALHÃES CAMARGO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **CAIO FRANCISCO AZEVEDO SOUZA**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **CARLOS ANDRÉ LUÍS ARAÚJO**

Mestrando em Direito Processual pela UFES, Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Futura, Graduado em Direito pela FDV, Procurador do Município de Ibirapu-ES e Advogado.

### **CARLOS AUGUSTO PENA DA MOTTA LEAL**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

### **CAROLINE REISEN DE ALBUQUERQUE**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.



## **CAROLINE TRABACH PAULO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **CLAUDIO MADUREIRA**

Doutor em Direito pela PUC/SP, Mestre em Direito Processual pela UFES, Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES, Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

## **DANIEL TELES RIBEIRO**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **DAYANE NARDOTO GOMES QUEIRÓZ**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **DEBORA FROLICH FERREIRA**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **DIEGO LOUREIRO CECATO NUNES**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **DINARA DE LIMA**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **FÁBIO HENRIQUE CORDEIRO LUZ**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **FERNANDA MEDEIROS E RIBEIRO RODOR**

Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Tributário (Planejamento Tributário Estratégico) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Graduada, *cum laude*, em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Ex-Residente jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo, com atuação na Procuradoria da Consultoria Administrativa. Advogada. ES, Brasil. E-mail: fernandamr.adv@gmail.com.

## **FILIFE PEREIRA DE CASTRO**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**GABRIEL BARRETO RAMOS**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**GABRIEL DE OLIVEIRA COELHO SANTANA**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**HELORA NÍVEA CORREA DE JESUS**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**HENRIQUE DE SOUZA PIMENTA**

Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), L.L.M em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Pós-graduado em Direito Médico, Hospitalar e da Saúde pela Emescam e Advogado.

**INDIARA MANZOLI FONSECA**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**ISADORA MOREIRA DE ARAÚJO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**ITALO SOUZA ROSSI**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**JACKSON PEREIRA CORREIA JÚNIOR**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**JOÃO PEDRO CEZÁRIO DA CRUZ**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**JOÃO VITOR CRUZ DE CASTRO**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**JORDAN SANTOS RODRIGUES**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **JULIA SANCHES MOREIRA DE REZENDE**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **KARINA AGATTI PACHECO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **LAIS RIBEIRO MEYRELLES**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **LARA RIOS**

Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e Pós-graduada em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

## **LAYLI OLIVEIRA ROSADO**

Doutora em História pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2018), Mestre em História Social das Relações Políticas (2013) e Bacharel em História (2011) pela Universidade Federal do Espírito Santo, Professora de História e acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **LORENZO CASER MILL**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ, bolsista de iniciação científica vinculado ao CNPq. Membro do grupo de pesquisa “DESAFIOS DO PROCESSO”.

## **MARIANA SCARAMUSSA NIGRI DO CARMO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **MARINA PASSAMANI ABRAHÃO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **MARINALVA MARIA DA CONCEIÇÃO SILVA JUVENATO**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

## **MONIQUE AHNERT KUSTER**

Acadêmica de Direito da UFES, pesquisadora vinculada ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ, bolsista de iniciação científica pelo CNPq.

---

**RODRIGO FANTONI DE BRITO GOMES**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.

**VITOR FREITAS ZUMAK PASSOS**

Acadêmico de Direito da UFES, pesquisador vinculado ao Projeto “DIREITO ADMINISTRATIVO PARA TODOS”, registrado na PRPPG-UFES, na PROEX-UFES e no CNPQ.



---

## PREFÁCIO

---

Um dos elementos integrantes do Plano de Trabalho que apresentei à Banca Examinadora do Concurso Público em que fui aprovado para atuar como Professor da UFES foi a proposta de realização de atividades de pesquisa e extensão integrando alunos da Graduação e do Mestrado. Esta obra coletiva encerra o primeiro resultado concreto dessa promessa feita aos meus examinadores, a cujo cumprimento me dediquei desde que assumi as primeiras turmas na Graduação. É que a sua construção tem origem em trabalho desenvolvido (atividade de ensino) junto aos alunos das disciplinas “DIREITO ADMINISTRATIVO I” e “DIREITO ADMINISTRATIVO II” do Curso de Graduação em Direito da UFES, nas quais utilizei (e sigo utilizando) seminários para procurar induzir a participação dos discentes na apresentação dos temas de nossos programas.

Divido as minhas aulas em duas partes: uma primeira, dedicada às apresentações dos seminários, e uma segunda, em que faço exposições sobre o mesmo conteúdo das apresentações. A atividade consiste no trabalho dos alunos da Graduação com os principais Manuais e Cursos de Direito Administrativo, mediante prévia leitura de tópicos pré-determinados e construção de resumo de citações bibliográficas, para posterior aplicação em resumos sobre os conteúdos das aulas expositivas.

Inicialmente a construção dos seminários pelos alunos foi feita fora da sala de aula (entre 2018-1 e 2019-1). A ideia era que eles se reunissem presencialmente, ou por vídeo conferência, para uma leitura conjunta das obras indicadas e de outros trabalhos que desejassem incluir, de modo a que, depois disso, pudessem dividir os temas entre si e preparar as suas respectivas apresentações. Porém, com o tempo verifiquei que o seu aproveitamento poderia ser otimizado se eles pudessem tirar as dúvidas que fossem surgindo durante o processo de estudo, e por isso optei por transportar essa dinâmica para a sala de aula, obtendo, com isso, maior engajamento de todos e, pelo que pude constatar a cada semestre, melhores resultados pedagógicos. Como consequência desse trabalho, que vem sendo desenvolvido há pouco mais de dois anos, construímos rico material de pesquisa, que reúne síntese bastante contundente das minhas observações em sala de aula (atividade de ensino) e da doutrina dos mais importantes autores da área.

Com a suspensão das atividades presenciais na UFES no início do primeiro semestre letivo de 2020, que nos foi imposta pela universidade como medida de distanciamento social necessário ao enfrentamento à pandemia da COVID-19, sugeri aos alunos deste semestre (2020-1) que adiantassem os estudos necessários à elaboração dos seus respectivos seminários, solicitando que eles dividissem os conteúdos previamente entre os membros de cada grupo, de maneira a que essa atividade pudesse ser realizada mesmo durante o período em que não estaríamos juntos em sala de aula. Também propus a eles que escrevessem pequenos resumos sobre os temas que lhes foram distribuídos, utilizando como subsídios os resumos de citações bibliográficas construídos por eles e pelos alunos dos semestres anteriores, para que, juntos, pudéssemos compor obra coletiva congregando os principais conteúdos do Direito Administrativo.

Obtive boa adesão inicial entre os alunos do 9º período, e também pude contar com a participação de discentes de outras turmas da Graduação e do Curso de Mestrado em Direito da UFES. Com isso, construí o sumário da obra

e demos início aos trabalhos, que se estenderam por um período de quatro meses.

Nesse interregno, mantive contatos diários (por telefone, e-mails e mensagens de Whatsapp) com os alunos, que me deram a dimensão de que poderíamos transformar atividade de ensino que num primeiro momento foi desenvolvida apenas para mantê-los engajados nos estudos no período de distanciamento social em projeto que também contemple atividades de pesquisa e de extensão. Disso resultou a minha iniciativa por iniciar atividades de pesquisa e extensão que congregam todos os discentes que participaram desta Coletânea.

No campo da pesquisa, desejo ampliar os estudos realizados pelos discentes que aderiram ao projeto, pela via do engajamento, nos semestres subsequentes, de novos alunos da Graduação e do Mestrado, de professores da UFES e de outras instituições de ensino, e também de profissionais com ampla experiência no mercado de trabalho. A ideia é que (i) tenhamos uma primeira edição composta pelos textos originais dos alunos, aos quais acrescentarei textos de minha autoria (alguns dos quais elaborados com a participação de alunos e egresso do Mestrado), para, na sequência da pesquisa, (ii) construirmos (ii.1) livro mais denso (que se apresentaria como 2ª edição da obra e serviria de base para as edições subsequentes), fruto da intervenção do professor e de outros autores (alunos da Graduação e do Mestrado, professores da UFES e de outras instituições de ensino, profissionais de Direito, etc.) sobre o texto original, e que doravante serviria como texto-base para as nossas disciplina nos Cursos de Graduação e Mestrado, além de (ii.1) outros livros jurídicos, capítulos de livro e artigos para publicação em periódicos científicos, todos com a participação dos discentes que aderiram ao projeto da 1ª edição.

No campo da extensão, desejo aproveitar a particularidade da linguagem empregada pelos discentes da Graduação para procurarmos construir obra jurídica que possa ser acessível a todos, inclusive àqueles que não militam na área jurídica. Essa seria, juntamente com o esforço que eles estão realizando para compreender os conteúdos que resultam da atividade de ensino que desenvolvemos no semestre e com a própria atividade de pesquisa em que se iniciam, importante contribuição dos alunos ao projeto, da qual espero me beneficiar, com vistas à necessária simplificação do meu texto. Afinal, *também o jurista* (como o artista citado por Fernando Brant e Milton Nascimento na canção “Nos bailes da vida”) *precisa de ir aonde o povo está*, sob pena e risco de que o seu trabalho não seja adequadamente compreendido, tornando-se, assim, irrelevante para a comunidade científica e, sobretudo, para a sociedade.

Com essas considerações me despeço. Mas não sem antes agradecer a todos os alunos de Graduação e do Mestrado que colaboraram conosco para construção desta que é verdadeiramente uma obra coletiva, porque se apresenta como resultado do esforço teórico e do engajamento pessoal não apenas dos seus autores, mas, sobretudo, daqueles que, nos respectivos semestres letivos, trabalharam duro na construção do material de consulta que utilizamos, o quais, por uma contingência do método de trabalho que empregamos, permaneceram anônimos nesta 1ª edição, mas desde já estão convidados a caminhar conosco no prosseguimento da pesquisa. *Vocês são a prova viva de que se nós, professores, cuidarmos do broto, a vida certamente nos dará flor e fruto*, como disseram Milton Nascimento e Wagner Tiso em outra belíssima canção, “Coração de Estudante”, que dedico a cada um vocês nesta manhã ensolarada de julho.

Vitória/ES, inverno de 2020.

**CLAUDIO MADUREIRA**

Doutor em Direito pela PUC/SP e Mestre em Direito Processual pela UFES  
Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da UFES  
Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado







---

# PARTE I

## BASE TEÓRICA



# CAPÍTULO 1 – HISTÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO

*Layli Oliveira Rosado*

**SUMÁRIO:** 1.1. A Origem do Direito Administrativo. 1.2. A Evolução do Direito Administrativo no Brasil. 1.2.1. No Brasil Colônia. 1.2.2. No Brasil Império. 1.2.3. No Período da República. 1.2.3.1. A Constituição Federal de 1934. 1.2.3.2. A Constituição Federal de 1988. 1.3. Referências Bibliográficas.

## 1.1. A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A origem do direito administrativo é considerada recente, visto que as condições históricas que servem de fundamento para o seu surgimento levaram um longo tempo, semelhante ao direito constitucional.<sup>1</sup> Acredita-se que tem como berço a França do final do século XVIII e do início do século XIX. O seu reconhecimento como ramo autônomo do Direito está intrinsecamente articulado à implantação do Estado de Direito, que ocorreu após a Revolução Francesa, sob o fim da estrutura do Antigo Regime<sup>2,3</sup>.

A França revolucionária e os seus desdobramentos inculcaram ideais de igualdade, de legalidade e de separação dos poderes que não mais eram realizáveis juridicamente sob a ótica das monarquias absolutistas. Segundo Mauricio Costa Mesurini, “após a Revolução, era preciso ter um ramo jurídico que disciplinasse especificamente as relações entre Estado e indivíduo; este, agora, concebido como um sujeito de direitos e aquele, embora soberano, como um garantidor desses direitos.<sup>4</sup> O objetivo dos revolucionários franceses era “[...] não criar uma nova ordem jurídica que se identificasse com o antigo regime e concentrasse todo o poder nas mãos de um só indivíduo”,<sup>5</sup> bem como estabelecer uma estrutura política que criasse leis e que se submetesse à cumpri-las.

Somado a isso, foi o primeiro momento em que tem-se a jurisdição administrativa separada da jurisdição comum. Fernando Cavalcanti explica que, nesse momento, surge na França um modelo de administração pública que é racional e objetiva, e que se espalhou por toda a Europa.<sup>6</sup> Cria-se, portanto, uma jurisdição administrativa

1 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 169.

2 A Revolução Francesa teve seus desdobramentos e fases entre 1789 e 1799, na França, que transformou profundamente a política, a cultura, a economia e a sociedade francesa, pondo fim ao Antigo Regime e as monarquias absolutistas.

3 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez 2016, p. 186.

4 Cf. MESURINI, Mauricio Costa. História do Direito Administrativo no Brasil (1937-1964): o debate em torno das delegações legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 35, dez. 2016, p. 65.

5 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 174.

6 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 340.

especializada e passa-se a aplicar à administração de regras distintas das do direito privado.<sup>7</sup>

De fato, “[...] o século XVIII, as novas ideias, a queda do velho regime, foram marcantes para o surgimento de um Estado de Direito, embora ainda embrionário, e o conseqüente surgimento do direito administrativo.<sup>8</sup> De acordo com Francisco Mafra Filho, “o surgimento do direito administrativo é frequentemente associado à concretização do Estado de direito. Também vários são os autores que identificam a aparição dos três poderes, ou a *separação de poderes* ao surgimento do direito administrativo”.<sup>9</sup>

Destarte, o direito administrativo surge como um ramo autônomo do direito público. Possui o objetivo específico de regular as atividades do Estado, ordenando órgãos e agentes, e garantindo segurança jurídica quanto as obrigações do Estado e os atos que devem ser praticados pela Administração Pública no âmbito do interesse público. Na França pós-revolucionária, a ideia era criar critérios ou hipóteses específicas que delimitassem quando a aplicação do direito administrativo seria fundamental.

Por conseguinte, foi nesse período que surgiu o *puissance publique*<sup>10</sup> como um critério para aplicação desse novo ramo do Direito. O *puissance publique* consiste na atuação do Estado em face dos administrados. Posteriormente, esse conceito foi substituído pelo de *serviço público*. Assim, atribuiu ao direito administrativo um critério fundamental, o qual consistiria na ideia de que este tem como base os serviços que são indispensáveis e que são prestados pelo Estado visando atender às necessidades coletivas da sociedade, isto é, o interesse público. Conclui-se, de fato, que a base do direito administrativo é o *poder*, visto que é a partir deste que todo Estado se manifesta. Portanto, o direito administrativo precisava atender aos interesses do coletivo público e, ao mesmo tempo, regular as ações do Estado, que agora possui limites delimitados, e não mais absoluto e manifestado a partir da vontade de um indivíduo.

Isso é o que Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata ao abordar sobre a duplicidade do direito administrativo na sua origem. A autora sustenta que esse ramo do Direito se desenvolveu tendo como base duas ideias que são opostas. Se por um lado o Estado deveria promover a proteção aos direitos individuais, o que serve de embasamento teórico para o princípio da legalidade, por outro, a Administração Pública precisa satisfazer as necessidades oriundas do interesse público. Essa última é o que justifica as prerrogativas e os privilégios que possui, visto que eventualmente, no intuito de garantir o bem coletivo, é preciso limitar o exercício de direitos individuais.<sup>11</sup> Em verdade, esse sistema de dualidade de jurisdição é resultado direto da desconfiança que pairava sob o Poder Judiciário. Os revolucionários franceses não mais admitiam que as decisões do Poder Executivo pudessem ser modificadas por ele mesmo.<sup>12</sup>

Ao longo do tempo, essa discussão sobre o que seria a base do direito administrativo ganhou fôlego, e entendeu-se que não era apenas o *poder*, mas também os *deveres*, estes do Estado, visto que correspondem às funções que detém nesse novo contrato social.<sup>13</sup> A preocupação era de que além do *poder*, o Estado de Direito precisava garantir proteção aos direitos coletivos e individuais.

De certo, a formação do direito administrativo tem início, assim como outros ramos do direito – como o direito constitucional, articulada ao desenvolvimento do Estado de Direito, esse fundado sobre os princípios da legalidade e da separação de poderes. O primeiro princípio traz consigo a ideia fundamental de que até mesmo os governantes se submetem à lei, e o segundo faz menção à garantia de proteção dos direitos individuais e coletivos em todas as

7 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 167.

8 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 340.

9 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 168.

10 O *puissance publique*, ou a potestade pública, faz referências as prerrogativas e a correção da Administração Pública tem quando atua em face do indivíduo particular.

11 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez 2016, p. 186.

12 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 86; Cf. BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. Paris: PUF, 1995, p. 114-121.

13 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.

relações na sociedade.<sup>14</sup>

Falar que o direito administrativo tenha surgido na França significa dizer que é resultado da criação de uma jurisdição administrativa, o sistema contencioso administrativo,<sup>15</sup> em contrapartida à jurisdição comum. Mauricio Costa Mesurini afirma que

O Conselho de Estado foi o responsável inicial pela racionalização interna do direito administrativo na medida em que facilitou a construção de um regime jurídico próprio à administração, a partir e além dos conceitos do direito privado. O contencioso administrativo justificava-se, em síntese, a partir de três argumentos. Os juízes “comuns” não eram aptos a enfrentar os novos desafios jurídicos, pois além de não conhecerem da matéria eram muito apegados ao direito privado. Tais juízes, caracteristicamente conservadores, ainda possuíam sólidos vínculos com o Antigo Regime. Por fim, a própria teoria liberal da separação dos poderes explicava aquela jurisdição extravagante, eis que julgar a administração era uma maneira de administrar.<sup>16</sup>

A grosso modo, em sua origem, o contencioso francês estava subordinado ao governo, momento em que vigorava a chamada *justiça retida*. Contudo, a partir de 1872 passou a ser reconhecida legalmente a autonomia do Conselho de Estado, passando a vigorar a *justiça delegada*.

De certo modo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que esse direito administrativo francês era um “direito não legislado”, pois era proveniente de formulações feitas pelos juízes visando suprir as lacunas que haviam na legislação em vigor. Dessa maneira, “[...] o Conselho de Estado passou a estabelecer princípios informativos sobre o direito administrativo”,<sup>17</sup> visto que era o “[...] órgão criado com destinação de preparar decisões que envolvessem matéria administrativa”,<sup>18</sup> no intuito de não limitar-se em aplicar as normas do Código Civil. Esses princípios estão “[...] ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos.”<sup>19</sup> Partindo, essencialmente, de quatro deles: 1) o da separação das autoridades administrativa e judiciária; 2) o das decisões executórias; 3) o da legalidade; e 4) o da responsabilidade do poder público.<sup>20</sup>

O direito administrativo bebe diretamente do Conselho de Estado francês, órgão de jurisdição administrativa, o qual desenvolveu princípios informativos sobre o direito administrativo. Esses informativos, posteriormente, foram utilizados e aplicados em diversos outros países na Europa.<sup>21</sup>

## 1.2. A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

No caso brasileiro, assim como na França, não há que se falar em direito administrativo como ramo autônomo durante o período de existência e domínio da monarquia absolutista. Isso não significa dizer que durante a monarquia não haviam leis que dispusessem sobre a Administração Pública, mas sim que, ainda, não integravam

14 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 1, v. 1, n. 2, jun./dez 2016, p. 186-7.

15 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958; Cf. BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. Paris: PUF, 1995.

16 Cf. MESURINI, Mauricio Costa. História do Direito Administrativo no Brasil (1937-1964): o debate em torno das delegações legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 35, dez. 2016, p. 65.

17 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 169.

18 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 169.

19 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 02.

20 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 02.

21 Cf. FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958; Cf. BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. Paris: PUF, 1995.

um ramo autônomo do Direito.

### 1.2.1. NO BRASIL COLÔNIA

Durante o período colonial, o Brasil estava sob o vigor das Ordenações Afonsinas, de D. Afonso V, e que datam de 1446 ou 1447. Tal legislação vigorou até 1511, quando, em Portugal, passou a ser substituída pelas Ordenações Manuelinas, de D. Manuel I. No entanto, ambas as ordenações eram dificilmente aplicadas no Brasil, visto que havia uma prevalência dos usos e dos costumes na colônia portuguesa.

Posteriormente, em 1613, são instituídas as Ordenações Filipinas ou Ordenações do Reino, de Filipe I de Portugal, que estiveram em vigor no Brasil. Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que essa lei vigorou no país mesmo após a Independência, e “[...] mesmo depois de sua revogação em Portugal, em 1º-7-1867, quando aprovado o Código Civil Português”.<sup>22</sup> Todavia, deixou de ser aplicada à medida que os grandes códigos foram baixados, como o Código Criminal do Império do Brasil de 1830, o Código de Processo Penal de 1832, o Código Comercial de 1850, e o Código Civil de 1916.<sup>23</sup>

Isso demonstra que no Brasil, até o momento da Independência, as normas estabelecidas sobre a Administração Pública eram de origem portuguesa. Ou seja, todo o aparelhamento administrativo que havia no país era proveniente de Portugal. Nesse sentido, não havia divisão de poderes ou separação entre as funções de administração ou de criar legislação. Tampouco havia a duplicidade do direito administrativo. Mesmo quando havia algum delegado do monarca na colônia, como os capitães hereditários<sup>24</sup> ou o governador-geral, estes também detinham poderes absolutos oriundos da corte portuguesa. Em outras palavras, não havia um direito administrativo como ramo autônomo, e sim algumas normas que regulavam as relações da corte portuguesa com aqueles que viviam no Brasil, como os colonos, os delegados e a Igreja.

### 1.2.2. NO BRASIL IMPÉRIO

Em 1824, foi promulgada a primeira Constituição do Brasil, a qual era muito inspirada nos princípios da Revolução Francesa. Havia previsão de divisão e harmonia entre os Poderes, da existência do Poder Moderador além do Executivo, do Judiciário e do Legislativo. No entanto, destaca-se que o Poder Executivo passou a ser subdividido e a ter uma função que se aproximava do poder de administração. De acordo com Fernando Cavalcanti, “o pensamento jurídico brasileiro em sede de direito administrativo, tomando como ponto de partida a independência do país, caracterizou-se, seguindo o padrão da época, pela forte influência francesa”.<sup>25</sup>

“O controle jurisdicional sobre os atos Administrativos do Estado brasileiro encontrava-se fortemente influenciado pelo modelo francês clássico”,<sup>26</sup> como pode se verificar com a criação do contencioso administrativo, também fundado sob a ideia de independência dos poderes. Assim, criou-se tribunais administrativos que integram o Poder Executivo, o qual tinha o Conselho de Estado como órgão superior.<sup>27</sup> De fato, nesse momento criou-se o Conselho de Estado, anteriormente à Constituição do Brasil de 1824. Contudo, esse tinha somente função de consultoria, estando todas as suas decisões sujeitas ao posicionamento do Imperador.

Em outras palavras, o Conselho de Estado não detinha qualquer função jurisdicional, como na França ou em outros países.<sup>28</sup> Era mais visto como um órgão auxiliar da Administração Pública, e não detinha independência

22 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 04.

23 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 04.

24 As capitâneas hereditárias consistem numa forma de administração territorial empregada pela corte portuguesa na América sob seu domínio. Assim, delegavam a função de colonização e de exploração mediante a divisão e a distribuição de faixas de terras aos capitães hereditários e aos governadores.

25 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 342.

26 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 362-3.

27 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 362-3.

28 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 08-9.

nas suas decisões. Apesar deste ser o único período em que houve aplicação no Brasil do sistema de dualidade de jurisdição, A Constituição Imperial não deu ao Conselho de Estado “[...] a necessária independência a esses órgãos, para que de fato representassem eficiente mecanismo de controle da função administrativa do Estado”.<sup>29</sup>

Apesar disso, durante o Império havia uma Administração Pública implementada, organizada, e já se tinha em mente de que existia uma jurisdição administrativa distinta da jurisdição comum. Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que em 1855 foi criada a disciplina de Direito Administrativo na Faculdade de Direito de São Paulo,<sup>30</sup> e que essa época é marcada pelo desenvolvimento desse ramo do Direito a partir da publicação de diversos trabalhos sobre o tema por doutrinadores do país, como Vicente Pereira do Rego (1857), Prudêncio Giraldes Tavares da Veiga Cabral (1859), Visconde de Uruguai (1862), Furtado de Mendonça (1865), dentre outros.<sup>31</sup> A autora ainda aduz que

Compulsando-se os doutrinadores da época, verifica-se que não havia uniformidade no tratamento da matéria, nem mesmo em relação ao seu objeto. A grosso modo, pode-se afirmar que eles se preocupam em distinguir ciência da administração e direito administrativo tratam de matérias que hoje constituem ramos autônomos, como o direito constitucional e o tributário, tratam também de problemas afetos à teoria do Estado e às finanças públicas. Tratam dos atos administrativos, porém sem as características hoje apontadas. Preocupam-se em analisar as relações da Administração (poder administrativo) com os Poderes Legislativos, Judiciário e Moderador.<sup>32</sup>

Na realidade, tratavam sobre temáticas que permeiam o direito administrativo atual, mas sem as mesmas delimitações e tampouco com as mesmas amplitudes. Insta salientar, no entanto, que o período do Império foi de intensa produção legislativa, além dos códigos Criminal, de Processo Criminal e Comercial, como a Lei n. 601 de 1850, intitulada *Lei de Terras*, como pode-se ver em:

[...] a Lei nº 601, de 18-9-1850, chamada Lei de Terras, dispo sobre as terras devolutas do Império e acervo das que são possuídas por título de sesmaria sem o preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica [...] Indubitável a importância dessa Lei para a regularização de posse de terras públicas, com a criação de institutos que até hoje permanecem, com o próprio conceito de terras devolutas, a legitimação de posse, a discriminação de terras devolutas.<sup>33</sup>

Foram inúmeros decretos, leis, cartas imperiais, regulamentos, dentre outras espécies de informativos, inclusive abordando temas que são objetos do direito administrativo. Dito isso, o Sistema do Contencioso Administrativo e o Conselho de Estado permaneceram em vigor durante o Império até o seu término.

### 1.2.3. NO PERÍODO DA REPÚBLICA

Durante a República o Brasil adotou o modelo anglo-americano de unidade de jurisdição, abandonando o francês de dualidade de jurisdição. Logo, foi extinto o Poder Moderador e a jurisdição administrativa que o Conselho de Estado detinha. Esse período é marcado pelo rompimento com o modelo antes utilizado de Estado unitário. A pretensão era a criação da federação aos moldes dos Estados Unidos da América.<sup>34</sup>

Com essa mudança para a unidade de jurisdição, a jurisprudência passou a ter relevância como fonte de direito, especialmente para o direito administrativo. Somado a isso, a Administração Pública passou a estar submetida ao poder jurisdicional. Entretanto, ainda que o direito administrativo tenha sofrido influência do modelo norte-americano, no que concerne às teorias e aos princípios, permaneceu fortemente amparado pelo modelo francês de

29 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 365.

30 Cf. MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 169.

31 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 10-1.

32 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 11.

33 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 14.

34 Cf. CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, p. 379.



jurisdição administrativa.<sup>35</sup>

A Constituição Federal de 1891 tinha feição liberal e individualista, e recebeu grande influência do Texto Constitucional dos Estados Unidos da América. A partir de então, os processos administrativos poderiam ser analisados pelo Poder Judiciário e pela jurisdição comum. Vigorava, nesse momento, o princípio da vinculação negativa. Entretanto, a medida que os casos concretos fossem sendo analisados e decididos, o direito privado que antes era aplicado à Administração foi perdendo espaço e passou a ser criado seu próprio regime jurídico, o qual permitiu autonomia ao direito administrativo *a posteriori*. Dessa forma, quanto à atuação da Administração, estava permitido tudo aquilo que não estivesse proibido pela lei. Não obstante, isso significou um afastamento da *common law*, pois esta não aceitava que a Administração Pública tivesse um regime jurídico especial.

### 1.2.3.1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1934

Com a promulgação da Constituição de 1934, houve uma extensão da atuação da Administração Pública. O texto constitucional estendeu o caráter social do Estado. Nesse sentido, a Administração Pública passou a atuar em áreas como saúde, educação, habitação, dentre outras, não se limitando apenas à posição de guardião da ordem pública. Além disso, o princípio da legalidade<sup>36</sup> passou a vigorar, bem como diversos direitos e garantias individuais.

Outro importante fator foi o crescimento do poder de polícia, que passou a atuar em diversos setores da sociedade, somando-se à polícia de segurança as polícias especiais. Dessa forma, foi um período marcado pelo aumento do número de instituições e de pessoas jurídicas de direito público interno, o que propiciava o crescimento da extensão da jurisdição administrativa. Isso significa que a partir da Constituição de 1934 o direito administrativo estava definido como ramo autônomo do direito público, passando a ter institutos, princípios e regime jurídico próprios. Somado a isso, tinha por objeto órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que fazem parte da Administração Pública.<sup>37</sup>

### 1.2.3.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito administrativo, após estabelecido como ramo autônomo do direito público, segue sofrendo diversas modificações e transformações desde então. De fato, a partir da Constituição de 1891 instaurou-se o Estado Liberal de Direito, e na Constituição de 1934 se teve o Estado Social de Direito. Já a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo os princípios do Estado Democrático de Direito, bem como o fortalecimento e a intensificação do âmbito e das normas da Administração Pública.

De um lado, a de vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, a de submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido puramente formal; e falar em submissão do Estado ao Direito significa falar em observância dos valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e agasalhados implícita e explicitamente na Constituição, tais como os que constam do preâmbulo da Constituição. Tal ideia, adotada por várias Constituições, como a espanhola e a portuguesa, inspirou-se, sem dúvida, na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 8-5-49, cujo artigo 20, § 3º, determina que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”.<sup>38</sup>

Os princípios constitucionais passaram a ser as bases do direito administrativo brasileiro, os quais fundamentam todas as normas que regem a Administração Pública. Como pode ser notado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Logo, princípios, como o da legalidade, foram alargados ao adotar o Estado Democrático de Direito, o que limita a

35 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Bahia, jan./fev./mar. de 2006, p. 15-6.

36 O princípio da legalidade faz referência à ideia de que apenas deve ser cumprido o que estiver expressamente previsto pela lei.

37 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez 2016, p. 17-9.

38 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez 2016, p. 20.

discrecionalidade administrativa, especificamente ao submeter a Administração Pública à princípios e a valores, e amplia o controle.

Insta salientar, também, o aumento significativo da participação dos cidadãos na tutela de seus interesses diante da Administração Pública. Para tanto, a título de exemplo, tem-se a definição e a ampliação de institutos como do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e da ação popular. Isso demonstra que a Constituição atual possui seu caráter democrático enfatizado não somente com princípios, mas também com recursos e medidas que tornam a Administração, o Estado e, por consequência, os interesses coletivos mais acessíveis ao povo.

Pode-se destacar, ainda, inovações nas atividades de fomento, em que o Estado incentiva o desenvolvimento de determinadas atividades ou categorias na sociedade, bem como a abstenção parcial da Administração Pública no regime de direito público. Isso permitiu o surgimento de instituições que são, simultaneamente, de regime jurídico público e privado.

Portanto, o direito administrativo brasileiro surgiu seguindo modelos estrangeiros, como o francês, o norte-americano e o alemão. No entanto, com o tempo criou suas próprias diretrizes, e segue em transformação constante. O objetivo maior do direito administrativo é melhorar o funcionamento da Administração Pública, mantendo a prevalência dos princípios do Estado Democrático de Direito.

### 1.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013.

BURDEAU, François. *Histoire du droit administratif*. Paris: PUF, 1995.

CAVALCANTI, Francisco. Contexto histórico do direito administrativo brasileiro e os atos administrativos. *Revista Acadêmica*, v. 84, 2012, 339-394. Disponível em: <[https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs\\_pdf/biblioteca/artigos\\_periodicos/FranciscodeQueirozBezerraCavalcanti/Contexto\\_Rev\\_Academica\\_v84\\_2012.pdf](https://www.jfpe.jus.br/images/stories/docs_pdf/biblioteca/artigos_periodicos/FranciscodeQueirozBezerraCavalcanti/Contexto_Rev_Academica_v84_2012.pdf)>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, Salvador, jan./fev./mar. de 2006, p. 01-25. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=82>>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. *Revista de Direito da Administração Pública*, ISSN 2595-5667, a. 1, v. 1, n. 2, jun/dez 2016. P. 185-211. Disponível em: <<http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/download/55/43>>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

DYZENHAUS, David. The Rule of (Administrative) Law in International Law, Law and Contemporary Problems, v. 68: 127, summer/autumn 2005, p. 127-166. Disponível em <[https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/10/Dyzenhaus\\_The-Rule-of-Administrative-Law-in-International-Law.pdf](https://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/10/Dyzenhaus_The-Rule-of-Administrative-Law-in-International-Law.pdf)>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. Paris: Dalloz, 2013.

MAFRA FILHO, Francisco de Saltes Almeida. Nascimento e Evolução do Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 238, out./dez. 2004, p. 167-174. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/44077/44750>> Acesso em: 20 de junho de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MESURINI, Mauricio Costa. História do Direito Administrativo no Brasil (1937-1964): o debate em torno das delegações legislativas. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 35, dez. 2016, p. 59-84. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/>

revfacdir/article/download/68051/39967>. Acesso em: 20 de junho de 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Estado Administrativo: de Omissivo a Hiperativo, *Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, 2017, p. 154-179. Disponível em: <<https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/download/154/131>> Acesso em: 20 de junho de 2020.

METZLER, Edward L. The growth and development of Administrative Law. *Marquette Law Review*, v. 19, n. 04, 1935. Disponível em: <<https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol19/iss4/1/>> . Acesso em: 27 de junho de 2020.

STOLLEIS, Michael. *A history of public law in Germany 1914-1945*. New York: Oxford University Press, 2004.

## CAPÍTULO 2 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AGENTES ESTATAIS, ÓRGÃOS E ENTIDADES

*Claudio Madureira*

**SUMÁRIO:** 2.1. Agentes estatais. 2.1.1. Agentes políticos. 2.1.2. Servidores públicos. 2.1.2.1. Servidores efetivos. 2.1.2.2. Servidores comissionados. 2.1.2.3. Servidores temporários. 2.1.3. Empregados públicos. 2.2. Órgãos e entidades. 2.2.1. Desconcentração e descentralização. 2.2.2. Administração Direta: unidades federadas e seus órgãos desconcentrados. 2.2.3. Administração Indireta: órgãos descentralizados ou entidades. 2.2.3.1. Entidades com personalidade jurídica de direito público. 2.2.3.1.1. Autarquias. 2.2.3.1.2. Autarquias especiais. 2.2.3.1.3. Fundações de direito público. 2.2.3.1.4. Consórcios públicos. 2.2.3.2. Entidades com personalidade jurídica de direito privado. 2.2.3.2.1. Empresas estatais. 2.2.3.2.1.1. Empresas públicas. 2.2.3.2.1.2. Sociedades de economia mista. 2.2.3.2.1.3. Sociedades controladas. 2.2.3.2.2. Fundações públicas. 2.2.3.2.3. Consórcios públicos-privados. 2.2.3.2.4. Sociedades com participação estatal minoritária. 2.2.3.2.5. Empresas estatais de fato. 2.3. Referências bibliográficas.

Marçal Justen Filho leciona que a expressão Administração Pública é empregada “para fazer referência ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa”, advertindo, todavia, que a expressão remete (i) a uma *acepção subjetiva* (segundo a qual ele “é o conjunto de pessoas públicas e privadas, e de órgãos que exercem atividade administrativa”), (ii) a uma *acepção objetiva* (em que ela se apresenta como “conjunto de bens e direitos necessários ao desempenho da função administrativa”) e (iii) a uma *acepção funcional* (em que encerra “espécie de atividade caracterizada pela adoção de providências de natureza diversa, visando à satisfação imediata dos direitos fundamentais”)<sup>39</sup>. As acepções objetiva e funcional da Administração Pública serão minudenciadas em outros capítulos desta obra coletiva. Neste capítulo, abordaremos tão-somente o seu aspecto subjetivo, pela via da descrição, em suas linhas mais gerais, das pessoas físicas (adiante designadas como agentes estatais) e jurídicas que a compõem (adiante designadas como órgãos e/ou entidades).

### 2.1. AGENTES ESTATAIS

São agentes estatais as pessoas físicas que atuam “como órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado”<sup>40</sup>. Trata-se, com efeito, de expressão mais ampla que aquela empregada para designar os servidores públicos (espécie do gênero agentes estatais), que designa “genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao poder público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou

39 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 225.

40 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 817.

episodicamente”<sup>41</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello os divide em quatro grandes grupos: (i) agentes políticos, (ii) agentes onoríficos, (iii) servidores estatais, que abrangem as categorias de (iii.1) servidores públicos e (iii.2) servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, e (iv) particulares em atuação colaboradora com o poder público<sup>42</sup>.

### 2.1.1. AGENTES POLÍTICOS.

São agentes políticos “os titulares dos cargos estruturais à organização política do país”, que “integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do poder”, e que por isso “se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”<sup>43</sup>. Integram essa categoria “o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores”<sup>44</sup>. Também a compõem os membros do Poder Judiciário e os integrantes do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

### 2.1.2. SERVIDORES PÚBLICOS.

Os servidores públicos, por sua vez, “são aqueles investidos em cargo público que se caracteriza como uma posição jurídica sujeita a um regime próprio e diferenciado”, o regime estatutário<sup>45</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello os qualifica como espécie do gênero servidores estatais, que congrega todos aqueles que mantêm relação de trabalho de natureza profissional e de caráter não eventual com a Administração Pública, de que seriam exemplos os servidores públicos (vinculados a pessoas jurídicas de direito público) e os servidores das pessoas governamentais de direito privado (vinculados a pessoas jurídicas de direito privado)<sup>46</sup>. Todavia, optamos, em sintonia com o posicionamento doutrinário predominante<sup>47</sup>, por qualificar essa última categoria (designada por Bandeira de Mello como “servidores das pessoas governamentais de direito privado” e por ele situada como espécie do gênero servidores estatais) simplesmente como empregados públicos.

São servidores públicos (i) *aqueles que são investidos em seus cargos em virtude de prévia aprovação em concursos públicos* (comumente chamados servidores efetivos), (ii) *os que ocupam cargos de livre nomeação e destituição* (comumente chamados servidores comissionados) e (iii) *aqueles contratados por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público* (comumente chamados servidores temporários).

#### 2.1.2.1. SERVIDORES EFETIVOS.

O inciso II do artigo 37 da Constituição Brasileira condiciona o acesso aos cargos públicos a prévia aprovação “em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”, sempre observada a “forma prevista em lei”. Esse é, pois, a regra geral para a contratação de servidores, da qual o texto constitucional apenas ressaltou, como exceções, (i) “as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (art. 37, II, parte final) e (ii) as contratações “por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, IX).

Essa opção político-normativa encerra, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, iniciativa do constituinte por procurar “ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na *Administração direta e indireta*”<sup>48</sup>, enunciando o que em doutrina se convencionou chamar *princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos*<sup>49</sup>. É

41 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 248.

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 251.

43 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 251.

44 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 251-252.

45 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 849.

46 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 253.

47 A propósito, cf., por todos: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 681.

48 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 285-286.

49 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235.

que o concurso público se apresenta, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, como “prova de habilitação para escolha dos melhores”, ou como meio técnico destinado a “obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e, ao mesmo tempo, proporcionar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei”, com ao afastamento dos ineptos e dos apaniguados<sup>50</sup>.

### 2.1.2.2. SERVIDORES COMISSIONADOS.

A primeira das exceções à regra do concurso público diz respeito à contratação de servidores comissionados. Quanto a eles, a Constituição ressalva, na parte final do inciso II do seu artigo 37, a possibilidade da nomeação profissionais não aprovados em concurso públicos para “cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”, mas adverte, no inciso V do mesmo dispositivo, que a sua investidura somente pode se dar para cargos com atribuições direção, chefia e assessoramento. Fora desse âmbito, não será admitida a contratação de servidores comissionados.

### 2.1.2.3. SERVIDORES TEMPORÁRIOS.

A outra exceção feita é relativa à “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” (art. 37, X). No ponto, é importante atentar ao texto constitucional, que deixa muito claro que a necessidade invocada para a contratação deve ser, ao mesmo tempo, (i) *temporária* (o que significa dizer que a contratação não pode se perdurar no tempo) e (ii) *de excepcional interesse público* (o que significava dizer que ela supõe situação de exceção à normalidade das coisas). Posto isso, é claramente inconstitucional a prorrogação por períodos subsequentes de contratos de designação temporárias firmados com base nessa exceção constitucional (por contraposição ao requisito da temporalidade), num contexto em que essa modalidade de contratação, que é singularizada por sua excepcionalidade, acaba sendo empregada, em evidente desvio de finalidade, em substituição ao regime geral da investidura de servidores mediante prévia aprovação em concurso público.

### 2.1.3. EMPREGADOS PÚBLICOS.

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que há, na Administração, tanto “servidores titulares de cargos, quanto servidores ocupantes de empregos”<sup>51</sup>. Esses últimos atuam nas pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Indireta, “isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado”, onde há empregos, e não cargos<sup>52</sup>.

Portanto, são empregados públicos (ou servidores das pessoas governamentais de Direito Privado, como Bandeira de Mello prefere chama-los) “os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito Privado instituídas pelo Poder Público”, que atuam, “obrigatoriamente, sob regime trabalhista”<sup>53</sup>. Como os servidores efetivos, os empregados públicos também devem ser admitidos (como regra<sup>54</sup>) mediante prévia aprovação em concurso público<sup>55</sup>.

## 2.2. ÓRGÃOS E ENTIDADES.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, “órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuição do Estado”<sup>56</sup>, que, por seu vez, “é uma pessoa jurídica, um organismo moral composto de partes, denominadas órgãos”, que, de seu turno, dividem “o todo estatal, as unidades técnicas, as repartições públicas, os

50 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p.475.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 261.

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 261.

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 255.

54 Ressalvadas tão somente as hipóteses previstas em lei, desde que observem, como limite, as exceções admitidas pelo constituinte ao modelo geral.

55 Afinal, o constituinte (art. 37, II) condiciona à “aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”, não apenas a investidura em cargo, mas também em emprego público.

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 140.

ofícios públicos, e respectivas competências, constituídas para manifestação de parcelas da vontade do Estado”<sup>57</sup>. Tratam-se, enfim, de “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”<sup>58</sup>, criados por lei e compostos “por uma ou mais pessoas físicas”, com “competência para formar e exteriorizar a vontade de uma pessoa jurídica de direito público e que, embora destituída de personalidade jurídica própria, pode ser investida da titularidade de posições jurídicas subjetivas”<sup>59</sup>.

O que os diferencia do que em doutrina se convencionou chamar *entidades* é que elas são órgãos com personalidade jurídica própria (Administração Indireta), enquanto que os órgãos *se abrigam sob a pessoa jurídica do ente federado a que se encontram vinculados* (Administração Direta). Ambos são resultado da repartição das atividades estatais, mas deve estar claro que as entidades experimentam maior autonomia em relação às unidades federadas.

### 2.2.1. DESCONCENTRAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello leciona que a distribuição de atribuições do Estado gera dois institutos distintos: o da concentração (ou desconcentração) e o da centralização (ou descentralização). A desconcentração refere-se à “distribuição de competências entre os órgãos de dada entidade”, de maneira que “os órgãos com poderes desconcentrados, quanto ao exercício das suas competências, se sujeitam ao poder hierárquico dos órgãos superiores, a fim de ser mantida a unidade no aparelho governamental”. A descentralização, por sua vez, comporta a distribuição de competências entre distintas pessoas jurídicas, “em virtude do qual se faz a distribuição de poderes entre diversas entidades”, sendo que, nela, os entes descentralizados sujeitam-se, nos termos da lei, “ao poder de controle do ente maior, do qual se desdobrou, a fim de manter a unidade do todo, formado pelos diversos aparelhos governamentais”<sup>60</sup>. O instituto da desconcentração possibilita a repartição de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica, que corporifica a Administração Direta, ao passo que a descentralização a instrumentaliza mediante a criação de outras pessoas jurídicas, suscitando, portanto, a formação da Administração Indireta.

### 2.2.2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA: UNIDADES FEDERADAS E SEUS ÓRGÃOS DESCONCENTRADOS.

A Administração Direta é composta pelas unidades federadas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e por seus órgãos desconcentrados (Ministérios, Secretarias, etc.), entre eles os Poderes Legislativo e Judiciário, assim como as instituições a quem a Constituição atribuiu autonomia em relação aos Poderes da República (Ministério Público, Defensoria Pública, etc.)<sup>61</sup>. Os órgãos que a integram são instituídos com base no instituto da desconcentração, e porque isso mantém a mesma personalidade jurídica das unidades federadas a que se vinculam. Destarte, a Administração Direta, nas palavras de Silvio Rocha, “não passa de um conjunto orgânico específico, assim como o Legislativo e o Judiciário, razão pela qual as ações do particular” contra os órgãos desconcentrados que a integram “são promovidas contra a pessoa de direito público a qual pertencem: União, Estados e Municípios”<sup>62</sup>.

### 2.2.3. ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: ÓRGÃOS DESCENTRALIZADOS OU ENTIDADES.

Por sua vez, a Administração Indireta resulta do fenômeno da descentralização, sendo composta por pessoas jurídicas de direito público (autarquias, fundações de direito público e consórcios públicos) e de direito privado (empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, consórcios públicos privados e sociedades controladas)<sup>63</sup>. Ela encerra, conforme José dos Santos Carvalho Filho, “conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de

57 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 140.

58 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

59 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 229.

60 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969. p. 145-146. Quanto ao particular, cf., ainda: ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 117.

61 Cf. (DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro, editora Forense, 2018, p. 90) e (ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 118).

62 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 118.

63 Cf. ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 119.

forma descentralizada”<sup>64</sup>. As entidades que a compõem podem ter personalidade jurídica de direito público ou de direito privado.

### 2.2.3.1. ENTIDADES COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO.

Integram a Administração Indireta, como entidades com personalidade jurídica de direito público, as autarquias, fundações de direito público e consórcios públicos.

#### 2.2.3.1.1. AUTARQUIAS.

Autarquia é “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública”, e “que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada” (DL nº 200/1967, art. 5º, I)<sup>65</sup>. A sua autonomia se manifesta, conforme Marçal Justen Filho, em quatro dimensões jurídicas:

(i) *patrimônio*: porque “a autarquia é uma pessoa jurídica dotada de personalidade jurídica própria”, que, “portanto, é titular de um patrimônio próprio”, de modo que “os bens de sua titularidade não se confundem com aqueles que estão no domínio da pessoa jurídica”<sup>66</sup>;

(ii) *estruturação organizacional*: porque ela “tem uma estrutura administrativa distinta da Administração Direta”, o que “significa ser dotada de órgãos e servidores próprios” (“a pessoa política não é dotada de competência para prover os cargos existentes no âmbito da autarquia”, competência conferida ao seu administrador), mas seus órgãos de mais elevada hierarquia podem ser providos e (como regra) destituídos (ressalvadas a situação das entidades cujos dirigentes tem mandatos por prazo determinado) por decisões da Administração Direta<sup>67</sup>;

(iii) *competências*: porque elas são titulares de competências próprias, atribuídas por lei, que na origem eram de titularidade da pessoa política<sup>68</sup>;

(iv) *recursos financeiros*: porque “em alguns casos a lei prevê recursos próprios vinculados necessariamente à autarquia”, embora existam outros casos “em que a autarquia dependerá de transferências de recursos do ente a que se vincula”<sup>69</sup>.

Da sua autonomia resulta, ainda, a inexistência de hierarquia entre as autarquias a Administração Direta, substituída pelo que em doutrina se convencionou chamar poder de tutela (ou de controle), qualificado por Justen Filho como “controle exercitado pelo ente da Administração Direta sobre os sujeitos da Administração Indireta que estão a ele vinculados”<sup>70</sup>. Esse poder de controle “não significa a concorrência para revisar diretamente as ações e omissões praticadas no âmbito da autarquia”, e “nem envolve o poder de editar diretamente atos substitutivos daqueles de competência da autarquia”, pois continua ínsita às prerrogativas da pessoa política o poder jurídico de verificar a regularidade da atividade desenvolvida no âmbito da autarquia<sup>71</sup>. Posto isso, “a identificação de algum desvio ou irregularidade deve acarretar determinações aos órgãos da autarquia para a adoção das providências cabíveis”<sup>72</sup>.

O poder de controle se diferencia da hierarquia.

A hierarquia é definida por Celso Antônio Bandeira de Mello “como vínculo de autoridade que une órgãos e

64 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 310.

65 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 237.

66 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

67 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

68 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

69 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 241.

70 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

71 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

72 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.



agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno”<sup>73</sup>. Ela confere ao hierarca “uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados”, e pressupõe, para o publicista<sup>74</sup>:

(i) **poder de comando**: que autoriza o hierarca “a expedir determinações gerais (instruções) ou específicas a um dado subalterno (ordens), sobre o modo de efetuar serviços”);

(ii) **poder de fiscalização**: que lhe possibilita inspecionar “as atividades dos órgãos e agentes que olhe são subordinados”);

(iii) **poder de revisão**: “que lhe permite, dentro dos limites legais, alterar ou suprimir as decisões dos inferiores, mediante revogação, quando inconveniente ou inoportuno o ato praticado, ou mediante anulação, quando se revestir de vício jurídico”);

(iv) **poder de punir**: que lhe possibilita “aplicar sanções estabelecidas em lei aos subalternos faltosos”);

(v) **poder de dirimir controvérsias de competência**: que lhe possibilita resolver “conflitos positivos (quando mais de um órgão se reputa competente) ou negativos (quando nenhum deles se reconhece competente)”); e

(vi) **poder de delegar ou avocar competências**: que é exercitável exclusivamente na forma da lei.

Portanto, a palavra *controle* é empregada pela doutrina em sentido amplo, em contraposição à figura da *hierarquia*; na medida em que “designa o poder que a Administração Central tem de influir sobre a pessoa descentralizada”, e não de atuar diretamente sobre ela; num contexto em que, “enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlados só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nelas indicados”<sup>75</sup>.

### 2.2.3.1.2. AUTARQUIAS ESPECIAIS.

As *autarquias especiais* aquelas cujas decisões “não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública”<sup>76</sup>. São exemplos delas:

(i) **as agências**: instituídas “no processo de modernização do Estado” com o objetivo de exercer controle (regulação) sobre “pessoas privadas incumbidas da prestação de serviços públicos” (em geral “sob a forma de concessão ou permissão”) e também na de intervenção no domínio econômico, quando necessário para evitar abusos nesse campo, perpetrados por pessoas da iniciativa privada”<sup>77</sup>;

(ii) **as universidades públicas**: às quais a Constituição confere “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (art. 207) e faculta “admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei” (art. 207, p 1º), e que abarcam, inclusive, as instituições de pesquisa científica e tecnológica (art. 207, p. 2º)<sup>78</sup>; e

73 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150.

74 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 150-151.

75 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

76 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 179.

77 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 483. Carvalho Filho as classifica, em função da diversidade de objetivos, em duas categorias: “as agências reguladoras, com função básica de controle e fiscalização, adequadas para o regime de desestatização, e as agências executivas, mais apropriadas para a execução efetiva de certas atividades de certas atividades administrativas do Estado” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 483). E acrescenta que, “quanto à forma jurídica de tais entidades, não houve qualquer novidade em sua instituição” (elas são autarquias, “categoria inserida em nosso ordenamento desde a década de 1940”), e que “a inovação reside apenas [...] na relativa independência que a ordem jurídica lhes conferiu em aspectos técnicos, administrativos e financeiros” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 484).

78 Sobre a extensão dos limites da sua autonomia, Marçal Justen Filho observa que, conquanto caiba “à lei infraconstitucional regulamentar a questão”, “é evidente a impossibilidade de intervenção estatal sobre questões didático-científicas”, visto que “a natureza autárquica de uma universidade não outorga interferência sobre, por exemplo, teorias ou concepções científicas veiculadas pela instituição” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 241). Além disso, prossegue o publicista, a “indicação dos reitores segue procedimento que assegura a autonomia, conferindo ao administrador garantias contra a demissão imotivada”, e também “cabe à universidade deliberar sobre o destino de seus recursos orçamentários” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 241).

(iii) *as autarquias reguladoras de categorias profissionais*: constituídas pelos “entes reguladores de profissão foram criados por lei ao longo do tempo”<sup>79</sup>, à exceção da OAB, a quem o STF que lhe reconheceu natureza jurídica singular<sup>80</sup>.

### 2.2.3.1.3. FUNDAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que, “em rigor, as chamadas fundações públicas são pura e simplesmente autarquias, às quais foi dada a designação correspondente à base estrutural que têm”<sup>81</sup>. É que as pessoas jurídicas em geral são classificadas, tendo em vista os substratos básicos sobre o qual assentam, em dois tipos; *apresentando-se (i) ora “pessoas de base corporativa* (corporações, associações, sociedades), que “tomam como substrato uma associação de pessoas”, *(ii) ora como pessoas de base funcional* (fundações)”, cujo substrato é, “como habitualmente se diz, um patrimônio personalizado, ou, como mais corretamente dever-se-ia dizer, ‘a do regime jurídico aplicado às autarquias’<sup>82</sup>.

Todavia, é importante distinguir, para efeito do seu enquadramento na Administração Indireta, as *fundações de direito público* (instituídas como pessoas jurídicas de direito público) das *fundações públicas* (instituídas como pessoas jurídicas de direito privado)<sup>83</sup>.

### 2.2.3.1.4. CONSÓRCIOS PÚBLICOS.

Consórcios públicos são pessoas jurídicas formadas exclusivamente por unidades federadas “para estabelecer relações de cooperação federativa, inclusive a realização de objetivos de interesse comum”, que podem ser constituídos “como associação pública com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos” (Decreto Federal nº 6.017/2007, art. 2º, I). Marçal Justen Filho os distingue entre *consórcios públicos* (instituídos como pessoas jurídicas de direito público) e *consórcios públicos privados* (instituídos como pessoas jurídicas de direito público)<sup>84</sup>, conceituando os primeiros (consórcios públicos) como “associação pública entre entes políticos diversos, constituída a partir de autorizações legislativas, investida na titularidade de atribuições e poderes públicos para relações de cooperação federativa, tendo por objeto o desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas”<sup>85</sup>.

A sua instituição (dos chamados *consórcios públicos*) abarca os seguintes elementos:

(i) *constituição*: depende de “lei ordinária autorizadora, editada por cada um dos entes federados envolvidos, aprovando um protocolo de intenções prévio firmado pelos chefes dos respectivos poderes executivos”, que “definirá as condições essenciais sobre a organização e o funcionamento do consórcio”<sup>86</sup>;

(ii) *contrato de rateio*: celebrado anualmente, para a determinação dos valores e das condições de transferência

79 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 242.

80 O STF reconheceu, no contexto do julgamento da ADI nº 3.026, que “[...] a OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União”, mas “serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro” porque se ocupa “de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça (art. 133 da CF/88), e por isso “não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas”, mas “possui finalidade institucional”, não se incluindo, assim, “na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como ‘autarquias especiais’” e não se sujeitando, destarte, “a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada”.

81 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 190.

82 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 191.

83 Conforme Marçal Justen Filho: “[...] questão problemática, inclusive em virtude de terminologia, envolve as fundações mantidas com recursos públicos. Há a possibilidade jurídica de tais fundações serem dotadas de personalidade jurídica de direito público ou de se submeterem ao regime de direito privado – hipótese em que a lei lhes atribui a denominação ‘fundação pública’. Portanto, é necessário distinguir as fundações de direito público e as fundações públicas (que, insista-se, são dotadas de personalidade jurídica de direito privado)” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 225, p. 244).

84 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 446.

85 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 246.

86 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 248.

de recursos por cada unidade federada<sup>87</sup>;

(iii) *posição jurídica*: integra a Administração Indireta<sup>88</sup>;

(iv) *fiscalização pelo Tribunal de Contas*: os consórcios públicos estão sujeitos a controle externo, a cargo do “Tribunal de Contas competente para aprovar as contas do Chefe do Poder Executivo que estiver investido na condição de representante legal do consórcio”<sup>89</sup>; e

(v) *contrato de programa*: possibilita “que o consórcio público assuma diretamente direitos e obrigações em face dos consorciados”, de modo a que ele passe a “assumir diretamente a prestação de serviços públicos de interesse dos consorciados”<sup>90</sup>.

### 2.2.3.2. ENTIDADES COM PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO.

Integram esse grupo as empresas estatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e sociedades controladas), bem com as fundações públicas e os consórcios públicos privados.

#### 2.2.3.2.1. EMPRESAS ESTATAIS.

São empresas estatais as “pessoas jurídicas de direito privado que se encontram sob o controle direto ou indireto de um ente político”<sup>91</sup>. Elas são criadas pela própria Administração, mediante autorização legislativa (CRFB, art. 37, XX<sup>92</sup>), no que se distinguem das autarquias, que são criadas por lei (CRFB, art. 37, XIX<sup>93</sup>). Ao ensejo, Marçal Justen Filho esclarece que a circunstância de Constituição condicionar a sua criação a prévia autorização legislativa não remete à necessidade de edição de lei específica, limitada a dispor sobre a autorização para a sua instituição, concluindo, em arremate, que “é perfeitamente possível que a lei disponha sobre vários assuntos e, em seu bojo, veicule autorização para a criação de uma nova empresa estatal”<sup>94</sup>.

Integram essa categoria as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as sociedades controladas.

##### 2.2.3.2.1.1. EMPRESAS PÚBLICAS.

As empresas públicas são entidades dotadas “de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo” do poder público” (DL nº 200/1967, art. 5º, II). Elas são, basicamente, nas palavras de Marçal Justen Filho, “organizações empresariais que contam como sócios apenas sujeitos integrantes do Estado”<sup>95</sup>.

##### 2.2.3.2.1.2. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA.

As sociedades de economia mista, por sua vez, são empresas estatais instituídas “sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria” ao poder público (DL nº 200/1967, art. 5º, III). Trata-se, com efeito, de sociedade anônima sujeita a regime diferenciado”, porque instituída sob controle do poder público e com objeto social voltado à exploração de atividades econômicas estratégicas ou à prestação de serviços

87 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 249.

88 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 249.

89 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 249.

90 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 250.

91 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 250.

92 CRFB. “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” (destaques pessoais).

93 CRFB. “Art. 37. [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (destaques pessoais).

94 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 250.

95 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 261.

públicos<sup>96</sup>.

### 2.2.3.2.1.3. SOCIEDADES CONTROLADAS.

Também são empresas estatais as sociedades controladas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista. Marçal Justen Filho as qualifica como “fenômeno inerente à ampliação da complexidade da atuação estatal”<sup>97</sup>. Elas se apresentam, em concreto, como pessoas jurídicas de direito privado constituídas, mediante autorização legislativa, como sociedades anônimas controladas por uma outra empresa estatal<sup>98</sup>, e por isso se diferenciam das empresas privadas de que participa o Estado, mas sem controle acionário<sup>99</sup> (abordadas na sequência).

### 2.2.3.2.2. FUNDAÇÕES PÚBLICAS.

As fundações públicas são, na precisa definição construída por Marçal Justen Filho, pessoas jurídicas de direito privado, instituídas mediante autorização legislativa, que assumem a forma de fundações e se destinam ao desempenho de “atividades de interesse coletivo, destituídas de cunho econômico”, desde que mantidas “total ou parcialmente com recursos públicos”<sup>100</sup>. Elas se diferenciam das *fundações de direito público* (anteriormente referidas), que são instituídas como pessoas jurídicas de direito público<sup>101</sup>.

### 2.2.3.2.3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS-PRIVADOS.

Os consórcios públicos-privados são constituídos por pessoas jurídicas sem fins econômicos, formadas tão somente por unidades federadas, com a finalidade de estabelecer relações de cooperação federativa<sup>102</sup>. Eles se diferenciam dos chamados consórcios públicos, que são instituídos com finalidade semelhante, mas assumem a forma de pessoas jurídicas de direito privado<sup>103</sup>.

### 2.2.3.2.4. SOCIEDADES COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL MINORITÁRIA.

Além das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das sociedades controladas (que são chamadas empresas estatais em razão da circunstância de o poder público deter o controle de suas ações com direito a voto), também existem, em concreto, as chamadas sociedades com participação estatal minoritária, qualificadas por Marçal Justen Filho como pessoas jurídicas “de direito privado sob controle de particulares” e sujeitas “a regime de direito privado, de cujo capital participa minoritariamente um ente estatal”<sup>104</sup>. Mesmo sem haver controle estatal, a sua instituição depende de autorização legislativa e de interesse estatal relevante.

### 2.2.3.2.5. EMPRESAS ESTATAIS DE FATO.

Por fim, devemos referir às denominadas *empresas estatais de fato*, que são “empresas privadas sob controle estatal, cuja criação não atendeu o princípio da legalidade”<sup>105</sup>. Mesmo tendo sido instituídas com vício de forma,

96 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 267.

97 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 267.

98 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 268.

99 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 269.

100 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 271.

101 Conforme Marçal Justen Filho: “[...] questão problemática, inclusive em virtude de terminologia, envolve as fundações mantidas com recursos públicos. Há a possibilidade jurídica de tais fundações serem dotadas de personalidade jurídica de direito público ou de se submeterem ao regime de direito privado – hipótese em que a lei lhes atribui a denominação ‘fundação pública’. Portanto, é necessário distinguir as fundações de direito público e as fundações públicas (que, insista-se, são dotadas de personalidade jurídica de direito privado)” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 225, p. 244).

102 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 271.

103 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 446.

104 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de*

*Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 275.

105 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 278.

elas integram a Administração Pública, sujeitando-se, portanto, “ao regime próprio das estatais regulares”<sup>106</sup>.

## 2.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público privada e outras formas*. 8<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

---

106 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 278.

## CAPÍTULO 3 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E LEGALIDADE.

*Claudio Madureira*

**SUMÁRIO:** 3.1. O princípio administrativo da legalidade. 3.2. Legalidade versus juridicidade. 3.3. Referências bibliográficas.

Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um território”<sup>107</sup>. Ora, se o Estado, enquanto institucionalização política de uma sociedade, resulta de uma ordem jurídica, por óbvio não lhe assiste, sob qualquer perspectiva, desafiá-la. Destarte, a sua atuação frente à sociedade pressupõe atenção aos limites que lhe atribui essa mesma ordem jurídica. Afinal, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a lei [...] estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de [...] direitos em benefício da coletividade”<sup>108</sup>.

Disso decorre a noção de legalidade, que, na feliz observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, traduz o propósito político “de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições e desmandos”<sup>109</sup>. Até porque, como lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “a legalidade a que a Administração está sujeita é antes de tudo uma técnica para garantir a liberdade”, de tal sorte que “a violação à legalidade que leve o cidadão a suportar o que a lei não permite é uma agressão à sua liberdade e sua oposição a isto é uma defesa dela”<sup>110</sup>.

Nessa senda, Bandeira de Mello acentua que “através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal”, isto é, da “lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”, pretendeu-se “garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral”<sup>111</sup>. Por esse motivo é que os agentes públicos têm a sua atuação vinculada aos estritos limites do que lhes determinam a lei e a Constituição. Cumpra-lhes, pois, em suas atividades cotidianas, aplicar corretamente o Direito, servindo, assim, aos interesses juridicizados pelos legítimos representantes do povo.

107 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 118. Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 33-34.

108 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

109 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100.

110 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo, vol. II*. 11ª ed. Madrid, Thomson Civitas, 2008. p. 48; *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 186.

111 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 100.

### 3.1. O PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA LEGALIDADE.

Em rigor, não resta alternativa ao Estado brasileiro<sup>112</sup>. Com efeito, o agente estatal, na lição de Hely Lopes Meirelles, “não pode [...] deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos”, precisamente porque “os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada”<sup>113</sup>. Daí falar-se em legalidade estrita, a vincular a Administração Pública e seus agentes, que, conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, é “fruto da submissão do Estado à lei”<sup>114</sup>; e que se encontra positivada, entre nós, como princípio de sede constitucional, na medida em que restou assentada pelo poder constituinte originário no *caput* do artigo 37 da Constituição<sup>115-116</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca a absoluta importância da legalidade para o regime jurídico-administrativo, quando afirma que “este princípio juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”<sup>117</sup>. Nesse mesmo sentido se posiciona Romeu Felipe Bacellar Filho, quando expõe que esse princípio decorre “do Estado de Direito, respeitadas as nuances da construção do significado desse conceito em cada país”<sup>118</sup>. Trata-se, pois, como ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, de “instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração”<sup>119</sup>.

Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”<sup>120</sup>. Ou, como expressa Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei”<sup>121-122</sup>. Ou, ainda, como sintetiza Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”<sup>123</sup>.

### 3.2. LEGALIDADE VERSUS JURIDICIDADE.

Postos esses contornos gerais, Romeu Felipe Bacellar Filho chama a atenção para importante debate travado no plano da Ciência<sup>124</sup>, que consiste em investigar se o princípio da legalidade vincula a Administração ao ordenamento jurídico como um todo ou exclusivamente à lei em sentido formal<sup>125</sup>. Em suas próprias palavras, “o princípio da legalidade conduz à formação da relação de legalidade entre os atos administrativos, de um lado, e o sistema

112 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 36-37.

113 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 77.

114 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 100.

115 CRFB. “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (destaques pessoais).

116 Cfr.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 96.

117 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 67.

118 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 96.

119 CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 84.

120 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 78.

121 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade – discricionariedade – seus limites e controle*, cit., p. 57.

122 Sobre o assunto, consulte-se, ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 76 e 101.

123 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 68.

124 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 37-40.

125 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 96.

jurídico (concepção ampla)” ou entre eles e “a lei em sentido formal (concepção estrita), do outro”<sup>126</sup>. Assim, ao lado de uma aceção restritiva de legalidade, que relaciona esse princípio tão-somente ao que prescrevem as leis administrativas, construiu-se, conforme Bacellar Filho, uma aceção mais ampla, que vincula a Administração e seus agentes ao ordenamento jurídico em sua integralidade, isto é, às leis e também à Constituição.

Segundo Bacellar Filho, aderem a essa aceção mais ampla de legalidade (legalidade como conformação à integralidade do ordenamento jurídico, inclusive à Constituição) Lúcia Valle de Figueiredo<sup>127</sup>, Odete Medauar<sup>128</sup> e Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>129-130</sup>. Como forma de explicitá-la, o publicista procura sintetizar o pensamento de Carmen Lúcia Rocha<sup>131</sup>, observando, quanto ao particular, que para essa professora mineira “o princípio da legalidade [...] conserva o nome de legalidade, embora signifique, hoje, juridicidade, de sorte que quando a Constituição refere-se à legalidade [...] deve-se ler juridicidade”<sup>132</sup>.

Bacellar Filho manifesta a sua adesão à aceção mais restrita de legalidade (legalidade como conformação apenas às leis), também sustentada, entre nós<sup>133</sup>, por Maria Sylvia Di Pietro<sup>134</sup>. Esse professor paranaense defende que “a adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria Constituição”, à consideração de que “se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despida de sentido a afirmação dos outros princípios constitucionais da Administração Pública”<sup>135</sup>. E observa, em arremate, que “a adoção de conceito amplo faz confundir legalidade e constitucionalidade”, pervertendo-se “a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo plano blocos distintos da pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados”<sup>136</sup>. Daí que, em sua opinião, a atividade administrativa pressupõe “a observância de ambos os princípios: legalidade (em sentido estrito), como cumprimento da lei formal, e juridicidade, como atendimento aos mandamentos do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo das normas constitucionais”<sup>137</sup>.

Todavia, não vemos razão para que se estabeleça semelhante distinção entre legalidade e juridicidade, enquanto princípios jurídicos. Com efeito, a Ciência Jurídica, campo da atuação do jurista, tem por objeto de análise as normas que compõem o ordenamento (Direito)<sup>138</sup>. Como regra, as normas são editadas pelo Parlamento<sup>139</sup>, e se qualificam como proposições prescritivas, porque prescrevem comandos que devem ser obedecidos pelos seus destinatários. Analisando-as, o jurista enuncia proposições descritivas, por meio das quais procura descrever o Direito, criando um sistema. Posto isso, torna-se absolutamente relevante distinguir ordenamento jurídico e sistema. O ordenamento é composto por normas editadas por autoridades competentes (Direito), sob a forma de enunciados prescritivos, que são reais, porque pertencem ao mundo empírico; o sistema, por sua vez, é o método de análise do ordenamento, o mecanismo pelo qual o jurista organiza seu objeto, que é o Direito, e por isso não é real, mas irreal, porque está no mundo do pensamento. O ordenamento apresenta contradições, que são bastante comuns no mundo fenomênico, a começar porque tantas vezes as preferências sociais de hoje destoam daquelas prevalentes no passado, o que

126 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 96.

127 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo e procedimento administrativo. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

128 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

129 Cfr.: (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: LÊ, 1990) e (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994).

130 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 96-97.

131 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, cit., p. 78-79, 81, 84.

132 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 97.

133 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 97-98.

134 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 61.

135 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 99.

136 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 99.

137 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 99.

138 Sobre a argumentação que se segue, cfr.: MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 131-133, passim.

139 Muito embora também afirmem essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.



pode induzir a formação de antinomias; o sistema não as comporta, porque, nele, o jurista procura harmonizar o Direito, pela via do emprego de técnicas interpretativas e integrativas. Assim, conquanto comumente se refira, em doutrina, ao Direito como um sistema (fala-se, a propósito, em “sistema jurídico”), o Direito não é sistema, embora possa ser visto pelos juristas como sistema<sup>140</sup>. Outras vezes, teóricos qualificam o ordenamento como sistema, mas o diferenciam do sistema produzido pela Ciência Jurídica. É assim em Emil Lask, que refere à existência de dois sistemas, o sistema da Ciência do Direito, que é criado pelo jurista, e o sistema não-teórico da realidade jurídica<sup>141</sup>; e também em Lourival Vilanova, que refere à existência de um sistema de direito positivo (ordenamento) ao lado de um sistema da Ciência do Direito (sistema)<sup>142</sup>. Mas, independentemente das designações que lhes são atribuídas pela doutrina, é fato que o ordenamento e o sistema apresentam-se, frente ao fenômeno jurídico, como realidades distintas: o primeiro como objeto de análise do jurista, ou outro como uma produção sua, cuja finalidade é conferir coerência e sistematicidade ao Direito. Essas considerações evidenciam que o trabalho do jurista, quando se propõe a descrever o Direito (ordenamento), sistematizando-o, pressupõe, sempre, a referibilidade das suas conclusões às especificidades ao ordenamento jurídico-positivo que é objeto dessa sua atividade descritiva. Destarte, a investigação acerca da hipotética separação entre a legalidade e a juridicidade conduz, por imperativo lógico, à indagação sobre se é possível, entre nós, a aplicação das leis sem necessária referência do intérprete (aplicador) às normas e princípios que integram a Constituição.

A resposta a esse questionamento é negativa, pois, como cediço, o Direito Brasileiro comporta, desde a nossa primeira Constituição Republicana, o controle difuso de constitucionalidade das leis, que autoriza os intérpretes em geral e os juízes em particular a deixar de aplicar leis incompatíveis com o texto constitucional<sup>143</sup>. Em razão dessa particularidade do nosso ordenamento jurídico-positivo, não há espaço para a separação entre as leis e a Constituição como objetos a que se reportam a Administração e seus agentes no campo da aplicação do Direito, o que torna imprecisa a distinção, no plano da Ciência, entre legalidade e juridicidade.

Por esse motivo é que preferimos empregar a juridicidade como legalidade em um sentido mais amplo; de maneira que quando nos reportamos ao conteúdo do princípio da legalidade administrativa estamos a referir à vinculação da Administração e de seus agentes não apenas à lei em sentido formal, mas ao próprio Direito quando considerado em sua integralidade. Isso significa dizer que a Administração e seus agentes também se encontram vinculados, por força desse princípio, aos enunciados prescritivos que compõem o texto constitucional, e que devem, por isso, quando de sua referência às leis, interpretá-las e aplicá-las em consonância com a Constituição.

### 3.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

140 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 199-204, passim.

141 A propósito, cfr.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de direito no sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. p. 123-165.

142 VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. p. 158-161.

143 Recobramos, a propósito, que o modelo brasileiro de controle judicial da constitucionalidade das leis, em sua conformação atual, assume duas distintas modalidades de intervenção jurisdicional. Temos, por um lado, o controle concentrado, reflexo da experiência constitucional austríaca, exercido de forma abstrata, isto é, com o intuito de retirar do ordenamento jurídico aquelas normas que se mostrarem incompatíveis com a Lei Maior ou, quando menos, de modular a sua interpretação, conformando-as ao texto constitucional; e, por outro, o controle difuso, dito incidental, recepcionado da tradição jurídica norte-americana e efetivado no curso de processos judiciais mantidos entre particulares, ou entre eles e a Administração Pública, com a finalidade específica de promover a escorreita aplicação do Direito no caso concreto. Disso resulta que em nosso modelo jurídico-constitucional o controle da constitucionalidade das leis pode ser exercido, ainda que *incidenter tantum*, por todo e qualquer magistrado difuso ao longo do território nacional, por provocação da parte ou *ex-officio*. Nesse contexto, a inconstitucionalidade será reconhecida (ou rejeitada) de forma incidental, figurando, assim, na fundamentação das decisões proferidas em ações judiciais que comportam pedidos específicos (v.g. da condenação do Fisco a devolver a contribuinte o valor de crédito tributário indevidamente recolhido, sob a alegação de que a lei que instituiu o tributo é inconstitucional). Além do modo de exercício, distinguem essa modalidade de controle os seus efeitos, já que, diversamente do que ocorre no controle concentrado, em que a eficácia da decisão proferida pelo Poder Judiciário impõe-se *erga omnes*, no controle difuso os efeitos da decisão operam-se, via de regra, exclusivamente *inter partes*. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 147-155, passim.

- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo, vol. II*. 11ª ed. Madri, Thomson Civitas, 2008.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de direito no sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo e procedimento administrativo. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.



## CAPÍTULO 4 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INTERESSE PÚBLICO

*Claudio Madureira*

**SUMÁRIO:** 4.1. O que não é interesse público? 4.1.1. Ilegitimidade da conceituação do interesse público como interesse do poder público (ou do estado). 4.1.2. Ilegitimidade da conceituação do interesse público como interesse do público (ou da sociedade). 4.2. Interesse público como realização da dignidade da pessoa humana. 4.3. Interesse público como síntese dos interesses assimilados pelo ordenamento jurídico-positivo. 4.4. Interesse público e legalidade administrativa. 4.5. Referências Bibliográficas.

Guilherme Andrés Muñoz, em conferência ministrada em maio de 2003 no “V Congresso de La Asociación de Derecho Público del MERCOSUR”<sup>144</sup>, optou por não definir o conceito de interesse público, preferindo dizer que “o interesse público é como o amor”<sup>145</sup>. Nessa oportunidade, esse professor argentino observou que muito embora as pessoas de um modo geral animem-se a dizer que sabem o que é o amor, poucos conseguiriam expressar o seu significado; e por isso concluiu que o melhor, então, seria não defini-lo<sup>146</sup>.

Em direção semelhante posicionou-se Tércio Sampaio Ferraz Júnior em palestra proferida no ano de 1995, reproduzida na Revista da Procuradoria do Ministério Público do Trabalho de São Paulo<sup>147</sup>. Na ocasião, Ferraz Júnior expressou que o interesse público é um lugar-comum, e que “sendo um lugar-comum, é algo que em tese e por princípio não admite definição”<sup>148</sup>. Conforme Ferraz Júnior, os lugares comuns se singularizam por constituírem “expressões abertas, difusas e, assim, aceitáveis por muitos, independentemente de divergências quanto a detalhes”<sup>149</sup>. A sua força reside, então, “exatamente numa espécie de aceitação silenciosa”, de modo que “quanto mais

144 Doravante publicada na coletânea “Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello” (MUÑOZ, Guilherme Andrés. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 21-31).

145 Por óbvio, Muñoz não rejeita a importância da definição do conceito de interesse público, mas apenas quis realçar as dificuldades inerentes à execução dessa tarefa intelectual. Tanto que expressou, na sequência de sua fala, os cinco dilemas que parecem dividir a doutrina jurídica quando a esse particular: o primeiro desses dilemas consiste em investigar o que é interesse público, isto é, qual o seu conteúdo; o segundo, comporta a discussão sobre a coincidência entre o interesse público e o interesse geral, a utilidade pública, bem comum, o interesse geral do Estado e/ou o interesse geral da sociedade; o terceiro, refere-se à dificuldade de identificação de a quem compete definir o que é interesse público (se os juízes, a Administração Pública, o legislador ou constituinte); o quarto, demanda a verificação de se interesse público pode ser depreendido em abstrato ou se apenas quando da apreciação de casos concretos; o quinto, comporta a identificação de quem são os destinatários do interesse público (MUÑOZ, Guilherme Andrés. El interés público es como el amor, cit., p. 23-27).

146 MUÑOZ, Guilherme Andrés. El interés público es como el amor, cit., p. 30. *Ipsis literis*: “quién no se anima a decir que ha sentido que conoce lo que es el amor, que su venas ha latido a través del amor, que el ritmo de su pulso se ha movido a través de esa cosa ancestral que es el amor? Sin embargo cuando al amor se lo quiere definir, es como si desapareciera, como si perdiera fuerzas, como si perdiera todos. Entonces, es mejor non definirlo” (MUÑOZ, Guilherme Andrés. El interés público es como el amor, cit., p. 30).

147 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano 1, nº 1, p. 09-24, dezembro de 1995.

148 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 10.

149 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 10.

temos que explicitar o lugar-comum, menos força ele tem”<sup>150</sup>, vez que, “levantada esta ou aquela outra característica, o lugar-comum deixa de ser lugar-comum, porque aí alguns aceitam um lado, mas outros não vão aceitar o outro”<sup>151</sup>. Daí que, para Ferraz Júnior, não se definindo o interesse público, o seu uso torna-se mais eficiente<sup>152</sup>.

Essa proposição de Muñoz e Ferraz Júnior é absolutamente tentadora, dadas as dificuldades inerentes ao enfrentamento desse relevante problema teórico. Todavia, a necessidade de compreender, no plano da Ciência, como se processa a aplicação do Direito na esfera administrativa<sup>153</sup> impõe ao pesquisador que (correndo todos os riscos<sup>154</sup>) procure identificar conceito de interesse público que se compatibilize aos ditames da legalidade, de modo a que, na prática, os agentes estatais possam, a um só tempo, observar esse princípio e induzir a realização do interesse público.

## 4.1. O QUE NÃO É INTERESSE PÚBLICO?

Antes de definir o que é interesse público é relevante destacar, desde logo, o que não é interesse público, ou, quando menos, o que não pode ser qualificado como tal para orientar as atividades desenvolvidas pelos agentes estatais. Nessa perspectiva, *não constituem interesse público*, pelas razões que serão expostas na sequência, *o interesse do poder público (ou do Estado) e o interesse do público (ou da sociedade)*.

### 4.1.1. ILEGITIMIDADE DA CONCEITUAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DO PODER PÚBLICO (OU DO ESTADO).

Marçal Justen Filho leciona que “a tradição jurídica costuma identificar interesse público e interesse do Estado”, denunciando “uma espécie de circularidade”, pela qual “o interesse é público porque atribuído ao Estado e é atribuído ao Estado porque público”<sup>155</sup>. A conhecida crítica formulada por Humberto Ávila<sup>156</sup>, Alexandre Santos de Aragão<sup>157</sup>, Daniel Sarmiento<sup>158</sup>, Gustavo Binbenjamen<sup>159</sup> e Paulo Ricardo Schier<sup>160</sup> à supremacia do interesse público sobre o privado

150 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 10.

151 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 10.

152 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 10. Como Guilherme Muñoz (MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor, cit.), Ferraz Júnior não ignora a importância da definição do conceito de interesse público, mas apenas não se propôs a tanto na oportunidade, quando aduziu, textualmente, que não discutia o conceito sob a ótica da dogmática jurídica, mas como preliminar pré-questionadora situada no plano da zetéica (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 19).

153 Sobre os contornos da minha pesquisa, cf., por todos: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

154 Em especial o risco, antevisto por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, de a explicitação desse conceito conduzir a uma sua correspondente crise de aceitação, à consideração de que se “levantada esta ou aquela ou aquela outra característica, o lugar-comum deixa de ser lugar-comum, porque aí alguns aceitam um lado, mas outros não vão aceitar o outro” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 10). Essa dificuldade foi manifestada por Ferraz Júnior, na sequência de sua fala, quando questionado sobre se o método tópico-problemático é o único caminho para alcançar a delimitação conceitual do interesse público: “Vocês invocam o interesse público. Ninguém define interesse público, o interesse público é alguma coisa para ser invocada, não para ser definida. Diante do fato concreto vocês chegam e dizem ‘isto aqui é interesse público’. E ninguém se obriga a dizer o que é interesse público. Nós discutimos se aquele caso é de interesse público, mas não discutimos interesse público. Na hora em que vocês, no entanto, se dispõem a discutir o que é interesse público, a força do lugar-comum vai cair um pouco, vai cair dentro de um círculo pequeno. Porque na hora em que vocês definem, isto é, dão limites, vocês passam de um projeto tópico, pragmático, voltado à argumentação e para o convencimento e para a persuasão, para um projeto de racionalização. É possível fazer isso? Claro que é possível. É possível encontrarmos definições, para não dizer a definição de interesse público. É possível encontrarmos isso. E postulamos esta definição plausível. Só que o que vai acontecer depois? Na hora em que vocês usarem a definição, a capacidade argumentativa dela, vocês vão sentir, vai cair” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público, cit., p. 22).

155 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999. p. 116. Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 72-74/passim.

156 ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

157 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

158 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

159 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

160 SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel

parece incidir nesse ponto, na medida em que se assenta na suposição de que os intérpretes (aplicadores do Direito) poderiam se servir desse princípio, quando da tomada de posições frente a casos concretos, para afastar a realização de direitos subjetivos individuais (interesses privados) em favor da realização de interesses coletivos (ou públicos). Dessa premissa resulta a qualificação, por esses autores, da supremacia do interesse público sobre o privado como uma “regra de preferência”<sup>161</sup>.

Ocorre que, tecnicamente, o interesse público não deve ser confundido com o interesse do Estado. Tal se infere sem maiores dificuldades da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, da qual se extrai que, ao lado do interesse público, por ele qualificado como interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida<sup>162</sup>, o poder público também manifesta interesses particulares (por exemplo, cobrar tributos), designados por Renato Alessi<sup>163</sup> como interesses secundários e adiante qualificados por Bandeira de Mello como interesses individuais (ou particulares) do Estado<sup>164</sup>. Para esse professor paulista, esses interesses particulares do Estado somente merecem proteção jurídica quando instrumentais ao interesse público (por exemplo, cobrar tributos dentro dos limites legais, para tornar viável o fornecimento de serviços públicos). Portanto, a realização do interesse público, tal como conceituado por Bandeira de Mello, não induz em concreto a prevalência do público sobre o privado, e por isso não inibe a realização dos direitos subjetivos individuais que decorrem das regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico-positivo<sup>165</sup>.

Esse posicionamento de Bandeira de Mello quando a não se confundirem o interesse público e o interesse do poder público encontra amplo respaldo na doutrina jurídica. Quanto ao particular, Sérgio Ferraz expressa que “não é a natureza da pessoa que determina a natureza do direito ou do interesse abordado”<sup>166</sup>. Nesse mesmo sentido se manifestam Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem o interesse público refere-se “aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem”<sup>167</sup>, e Marçal Justen Filho, que adverte que a construção do conceito de interesse público a partir da identidade do seu titular traduziria “inversão lógica e axiológica insuperável e frustração da sua função”<sup>168</sup>.

Para esse professor paranaense, “definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores”, num contexto em que “deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal”, o que “corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares”<sup>169</sup>. Ocorre que, sendo o Estado um instrumento para a realização dos interesses públicos, deve-se reconhecer “que o conceito de interesse público é anterior ao conceito de interesse do Estado”, e que por isso “o interesse é público não porque atribuído ao Estado, mas é atribuído ao Estado por ser público”<sup>170</sup>. Sendo assim, “a titularidade pelo Estado representa, quando muito, um indício de ser público o interesse”, indício que conduz, “como não poderia deixar de ser, a uma presunção relativa”<sup>171</sup>.

---

(Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

161 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 59-71. Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. Supremacia do interesse público sobre o privado: uma necessária desconstrução da crítica. *Fórum Administrativo*, v. 161, p. 9-24, 2014.

162 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

163 Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960. p. 197.

164 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 188.

165 Retomarei esse ponto na sequência.

166 FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan./mar. 2003.

167 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 163. Conforme observa Di Pietro em outro trabalho, “embora o vocábulo ‘público’ seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão ‘interesse público’ ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem”, visto que “a Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã” (DI PIETRO, Maria Sylvia. *Advocacia Pública. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996. p. 15).

168 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 117.

169 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 117.

170 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 117.

171 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 118.

A distinção entre interesse público e interesse da Administração (ou interesse do poder público) também é encontrada na obra de Clovis Beznos, para quem o interesse da Administração resta circunscrito às manifestações volitivas do corpo administrativo, que não necessariamente serão coincidentes com o interesse público<sup>172</sup>. Como Bandeira de Mello, Beznos reporta-se à doutrina de Renato Alessi, para advertir que os chamados interesses secundários “somente podem realizar-se em caso de coincidirem com os interesses públicos”, isto é, com os interesses primários, e observa que “com frequência podem se atritar ambas as espécies, decorrendo *ipso facto* a ilegitimidade desses interesses secundários”<sup>173</sup>.

A propósito, Romeu Felipe Bacellar Filho lembra que é próprio do exercício da função administrativa a realização de interesses coletivos<sup>174</sup>. Mas observa que “estes interesses coletivos, dos quais a Administração deve buscar satisfação, não são necessariamente os interesses da Administração enquanto aparato organizativo autônomo, mas sim o interesse coletivo primário, ou seja, o interesse da coletividade”<sup>175</sup>. Para Bacellar Filho, “somente esse interesse é público”<sup>176</sup>. Nessa perspectiva, “o interesse do aparato administrativo é simplesmente um dos interesses secundários, assim como os demais interesses meramente individuais”<sup>177</sup>.

Também defendem a distinção teórica entre interesse público e interesse do poder público, entre outros, Cristiana Fortini, Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira, Tatiana Martins da Costa Camarão<sup>178</sup>, Francisco das Chagas Gil Messias<sup>179</sup> e Derly Barreto Silva Filho<sup>180</sup>. Esse posicionamento é absolutamente compatível com a conhecida lição Cirne Lima, no sentido de que a “Administração [...] é a atividade do que não é proprietário, do que não tem à disposição da coisa ou do negócio administrado”<sup>181</sup>. Afinal, se o Administrador não é “proprietário” do interesse público, não tendo, assim, disposição sobre ele, é inadmissível que, em concreto, o interesse público seja tomado como sinônimo de interesse do poder público (ou do Estado).

#### 4.1.2. ILEGITIMIDADE DA CONCEITUAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO COMO INTERESSE DO PÚBLICO (OU DA SOCIEDADE).

Marçal Justen Filho expressa, ainda, que uma outra proposta para definir interesse público relaciona-se “a uma espécie de generalização indutiva dos interesses privados”<sup>182</sup>, contexto em que “o interesse público se configuraria a partir do interesse privado” e corresponderia “ao interesse comum e homogêneo da totalidade ou da maior parte do povo”<sup>183</sup>. Assim, a diferença entre o interesse privado e o interesse público não seria qualitativa, mas meramente quantitativa, pois todo e qualquer interesse privado poderia “configurar-se como público desde que configurada uniformidade dos interesses da maioria”<sup>184</sup>. Outra corrente de pensamento relaciona o interesse público ao interesse

172 BEZNOS, Clovis. Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 93, jan./mar. 1990. p. 138.

173 BEZNOS, Clovis. Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos, cit., p. 138.

174 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 92.

175 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 92.

176 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 92.

177 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 92.

178 FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 48.

179 MESSIAS, Francisco das Chagas Gil. Interesse público e interesse estatal. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, v.20, n.12, dez. 2004. p. 1.415.

180 SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, n. 772, fev. 2000. p. 49.

181 LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 22.

182 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 47-48.

183 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 119.

184 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 119. Em referência às acepções de interesse público expostas nos tópicos precedentes, Justen Filho denuncia “o equívoco da concepção aritmética de interesse público”, à consideração de que a adoção de “um critério quantitativo se revela insuficiente e inadequado, eis que interesse público não é sinônimo de interesse da maioria” (1999, p. 122). O que ocorre é que, se “muitas vezes, as majorias são titulares do interesse público”, noutras “vezes, porém, o interesse público coincide com o da minoria” (JUSTEN

da sociedade<sup>185</sup>, acepção sob a qual o interesse público não se confunde “com o mero somatório dos indivíduos”, dada a pressuposição de “que o todo (conjunto de indivíduos) é mais do que o produto da soma das unidades”<sup>186</sup>. O que se afirma, sob essa ótica, segundo Justen Filho, é que “os interesses individuais não são produzidos autonomamente por cada ser humano, mas são o resultado da conjugação da individualidade com o ambiente (social, inclusive) circundante”, o que faz com que o interesse público se desvincule “dos interesses que, de modo concreto, algum particular detenha”<sup>187</sup>. Hely Lopes Meirelles parece aderir a essa linha de pensamento, quando relaciona o interesse público aos fins da Administração, dispondo, a propósito, que esses fins compreendem “aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por parte expressiva de seus membros”<sup>188</sup>.

Nessa perspectiva, o interesse público corresponderia a determinadas aspirações sociais, qualificando-se, assim, como interesse do público, ou interesse da sociedade. O problema é que essas aspirações sociais nem sempre são homogêneas. Vejamos, a título de exemplo, a questão relativa à união homoafetiva, que é conduzida ao campo de análise do Direito Administrativo quando se cogita da pretensão de um casal em registrar sua união junto à repartição administrativa competente. Chamada a se manifestar sobre o tema, com o propósito de aferir no que consistiria o interesse social na hipótese aventada, uma pessoa mais conservadora poderia dizer, mantendo-se fiel à sua particular visão de mundo, que a união entre pessoas de mesmo sexo não interessa à sociedade, por exemplo porque subverteria os valores da família, enquanto que outra, mais liberal, poderia afirmar tratar-se de situação absolutamente normal nos dias de hoje, dada a gradativa modificação do conceito de família no âmbito da sociedade. Assim, se pudéssemos tomar o interesse público como interesse da sociedade, para o primeiro entrevistado a união homoafetiva seria contrária ao interesse público, enquanto que para o outro entrevistado a união entre pessoas do mesmo sexo a ele se conformaria. Está claro, então, que a definição do interesse público como interesse do público (ou da sociedade) transporta para o campo da aplicação do Direito instabilidade cognitiva absolutamente incompatível com a segurança que deve governar as relações entre a Administração e os administrados.

Outro problema decorrente dessa proposição teórica é a possibilidade de, nos casos concretos, não haver coincidência entre o que se entende por interesse público no ambiente social e o que resta prescrito nos textos legais<sup>189</sup>. Nessa hipótese, os agentes estatais teriam de optar entre realizar o interesse público e atender aos ditames da legalidade administrativa. Ocorre que, como leciona Romeu Felipe Bacellar Filho, “não é por outro motivo, senão para alcançar o interesse público, que a Administração Pública, antes de tudo, está presa ao princípio da legalidade”<sup>190</sup>. O que se dá é que a legalidade apresenta-se, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello, como decorrência natural do interesse público, bem como da sua indisponibilidade pela Administração<sup>191</sup>. Disso resulta que, sob a ótica da atuação da Administração Pública e de seus agentes, a realização do interesse público deve guardar irrestrita compatibilidade com o Direito, adequando-se, assim, aos ditames da legalidade administrativa.

---

FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 122-123). Nesses casos, “o interesse é qualificado como público não por razões meramente quantitativas”, mas porque “existem interesses que não são gerais e continuam a ser públicos” (JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 123).

185 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 48.

186 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 120.

187 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 120. Porém isso não significa aceitar, sem maiores objeções, a qualificação do interesse público como interesse da sociedade, vez que essa acepção de interesse público ostenta duas dificuldades fundamentais: a primeira delas “reside no risco de surgir um interesse social desvinculado de qualquer interesse individual concreto”, numa “espécie de cristalização social, em que a tradição superaria a dimensão da realidade concreta”; a outra “refere-se à identificação do conteúdo do interesse”, pois se “não há compromisso com os interesses individuais concretos, surge o problema de determinar o interesse social”, pelo que “seria necessário atribuir a algum sujeito o poder de diagnosticar a existência e determinar o conteúdo do interesse público” (JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 122).

188 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 77.

189 Cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 85-86/passim.

190 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., 95.

191 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 75.



## 4.2. INTERESSE PÚBLICO COMO REALIZAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Atento a esse problema, Marçal Justen Filho propõe a vinculação do interesse público ao Direito, mais especificamente à dignidade da pessoa humana<sup>192</sup>, por ele considerada como “princípio fundamental, de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”, inclusive dos princípios que enunciam a supremacia do interesse público sobre o privado e a sua indisponibilidade pela Administração<sup>193</sup>. Justen Filho admite que “a dignidade da pessoa humana não poderia realizar-se plenamente se as relações intersubjetivas fossem deixadas ao sabor dos esforços individuais”, e por isso destaca a intervenção, no contexto da sua realização, de organizações intersubjetivas compostas pelo Estado e pelas instituições jurídicas, que atuam no sentido de “conjugar os esforços individuais e disciplinar o exercício da força”<sup>194</sup>. Mas expressa que também a “sua estruturação e funcionamento tem de ser disciplinada pelo princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>195</sup>.

Nessa perspectiva, não se concebe, ainda que a pretexto de realizar o interesse público, sacrifício à dignidade de um único particular, “pois não há interesse público que autorize o desmerecimento da dignidade de um sujeito privado”<sup>196</sup>. Disso resulta que o que é (ou não é) interesse público deverá ser afirmado por essas organizações intersubjetivas (Estado e instituições jurídicas); que devem sempre ter em consideração a dignidade da pessoa humana, pois sua satisfação não pode ser objeto de transigência; o que pressupõe, igualmente, a impossibilidade de se impor ao indivíduo, mesmo que com o propósito de realizar interesses da coletividade, prejuízo à sua dignidade humana.

Entretanto, esse posicionamento de Justen Filho não é imune a críticas. A propósito, reporto-me ao magistério de Raquel Dias Silveira, que censura a redução do conceito de interesse público à dignidade da pessoa humana<sup>197</sup>. Em suas próprias palavras:

“Quanto se diz que o Direito Administrativo é o ramo do direito que tem por escopo a realização dignidade da pessoa humana, está-se, consciente ou inconscientemente, retirando da órbita de relevância e de disciplina do Direito Administrativos outros interesses públicos primários e bens comuns políticos da mesma força e importância para os cidadãos brasileiros, notadamente, a cidadania; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a liberdade, a justiça e a solidariedade social; o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais; a igualdade entre os cidadãos; e a prevalência dos direitos humanos, entre outros já citados”<sup>198</sup>.

Silveira contesta, ainda, a operatividade de semelhante construção teórica, à consideração de que “a dignidade da pessoa humana é conceito tão ou mais indeterminado que o conceito de interesse público, pois certamente o que é dignidade para uns pode não ser dignidade para outros”<sup>199</sup>. E aduz, a propósito, que se pode conjecturar, a título de exemplo, “que determinados cidadãos ‘catadores de lixo’ alcançarão a sua dignidade quando deixarem de exercer essa função”, enquanto que por outro lado “muitos desses cidadãos podem perfeitamente almejar, como realização plena, o reconhecimento da atividade pelo Estado, valorizando-os como profissionais, com vínculo

192 Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 48-52/passim.

193 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 125.

194 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 125.

195 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 125-126.

196 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 128. É que, para Justen Filho, o “interesse público não é um valor compreensível ou bastante em si mesmo, [...] eis que o único fim em si mesmo é a pessoa humana” (1999, p. 128).

197 SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 364.

198 SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado, cit., p. 364.

199 SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado, cit., p. 364.

de trabalho confessado pelo poder público”<sup>200</sup>. Voltamos, então, ao mesmo problema apreendido no contexto da qualificação do interesse público como interesse do público (ou da sociedade): a configuração de instabilidade cognitiva incompatível com a segurança que deve governar as relações jurídicas.

Isso não bastasse, o que Justen Filho procura induzir a partir da aplicação da dignidade da pessoa humana como norte teórico para a apreensão do conteúdo do interesse público pode ser extraído tão-somente de uma aplicação integral do Direito aos casos concretos. Afinal, esse princípio jurídico resta contemplado pelo direito positivo (CRFB, art. 1º, III<sup>201</sup>), o que faz com que a sua incidência se imponha independentemente da confirmação dessa proposta teórica pela vinculação do interesse público à sua concretização. O que com isso quero dizer é que é suficiente à realização da dignidade da pessoa humana a vinculação do interesse público à juridicidade.

### 4.3. INTERESSE PÚBLICO COMO SÍNTESE DOS INTERESSES ASSIMILADOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO-POSITIVO.

Clovis Beznos conceitua o interesse público como “síntese dos interesses da coletividade, emanados das normas e princípios constantes do ordenamento jurídico, de onde decorrem os valores prevalentes relativos à mesma coletividade”<sup>202</sup>. Esse posicionamento doutrinário vai ao encontro do magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que deduz o interesse público a partir dos interesses individuais, mas refuta a sua qualificação como somatório desses interesses, ou como espécie de objetivação dos interesses sociais<sup>203</sup>, para designá-los como interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida<sup>204</sup>.

Bandeira de Mello leciona que, “ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um”<sup>205</sup>. Mas destaca a necessidade de se prevenir “contra o erro de, consciente ou inconsciente, promover uma separação absoluta entre ambos”, em vez de “acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”<sup>206</sup>. É que, conquanto possa existir, em concreto, “interesse público contraposto a um dado interesse individual”<sup>207</sup>, não há interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade<sup>208</sup>. E isso, porque, conforme Bandeira de Mello, é “inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem”, ou que “o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um”<sup>209</sup>.

200 SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado, cit., p. 364.

201 CRFB. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

202 BEZNOS, Clovis. Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 93, jan./mar. 1990, cit., p. 138.

203 Segundo Bandeira de Mello, “acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 181). No entanto, adverte o publicista, dizer isto “é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 181). Conforme Bandeira de Mello, a adesão dos intérpretes e juristas à “noção altanto obscura de que transcende os interesses próprios de cada um, sem se aprofundar a compostura deste interesse tão amplo” conduz à suposição de “um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a se *stante*, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 181).

204 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 72.

205 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 59. Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 52-58/passim.

206 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 59.

207 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 60.

208 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 59.

209 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 59.

Com essas considerações, Bandeira de Mello atesta “a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais”<sup>210</sup>. Para o publicista, “o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais”, que é composta, em suas próprias palavras, pelos “interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)”<sup>211</sup>. Noutra passagem, o Bandeira de Mello assenta que essa dimensão pública dos interesses individuais “consiste no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade”<sup>212</sup>.

Exemplificando, Bandeira de Mello expressa que “um indivíduo pode ter, e provavelmente terá, pessoal – e máximo – interesse em não ser desapropriado”, mas “não pode, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor”<sup>213</sup>. Com efeito, ele terá “pessoal interesse em que exista dito instituto”, pois é membro do corpo social, e por isso necessitará, por exemplo, “que sejam liberadas áreas para abertura de ruas, estradas ou espaços onde se instalarão aeródromos, escolas, hospitais, hidroelétricas, canalizações necessárias aos serviços públicos”, entre outras utilidades públicas “cuja disponibilidade não poderia ficar à mercê da vontade dos proprietários em comercializá-los”<sup>214</sup>. Bandeira de Mello destaca, então, a existência de dois tipos de interesses que podem ser assumidos pelos indivíduos: “o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular” (interesse da pessoa ou grupo de pessoas singularmente consideradas) e “o interesse igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos”<sup>215</sup>.

Em vista desse exemplo proposto por Bandeira de Mello, não há dúvidas de que os indivíduos podem ser convencidos com relativa facilidade da necessidade do instituto da desapropriação, pois muito embora possa lhes parecer atraente, numa perspectiva pragmática, não correrem o risco de serem expropriados, não lhes será possível sustentar racionalmente, como membros de uma comunidade, a impertinência da desapropriação das áreas necessárias ao desenvolvimento e reprodução de um melhor ambiente social. Esse segundo grupo de interesses foi considerado relevante pelo legislador, sendo, destarte, assimilado pelo ordenamento jurídico-positivo, que contempla o instituto da desapropriação<sup>216</sup>. Com isso, o interesse pessoal de um indivíduo, ou de um grupo isolado deles, de que não exista o instituto da desapropriação não está apto a gerar direitos subjetivos (e por isso não constitui interesse jurídico), precisamente porque não foi acatado pelo Poder Legislativo, qualificando-se, assim, como simples interesse individual de cunho pragmático.

Essa pretensão pragmática manifestada no exemplo relativo ao instituto da desapropriação, conquanto encerre, sob certa ótica, interesse privado, não caracteriza, no confronto com o ordenamento jurídico-positivo, interesse do todo, ou interesse público, e por isso não está apta a induzir direitos subjetivos individuais. Por sua vez, o interesse pessoal de cada um dos membros da comunidade (portanto, um interesse individual, ou particular) de que exista o instituto da desapropriação, concebido em função das suas necessidades enquanto integrantes do corpo social, porque foi integrado ao direito positivo, qualifica-se como interesse do todo, ou interesse público, e por isso está apto a induzir direitos subjetivos de cunho individual. Com essa ressalva, mesmo interesses individuais (ou particulares) podem ser qualificados, conforme Bandeira de Mello, como interesse do todo, ou interesse público<sup>217</sup>.

Há, pois, em concreto, interesses privados que podem conflitar com o interesse público (não contemplados

210 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 60.

211 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 60. Quanto ao particular, cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 182.

212 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 188.

213 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 182.

214 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 182.

215 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 60.

216 A começar pela Carta da República, que refere ao instituto no inciso XXVI do seu artigo 5º (que trata da desapropriação por utilidade pública), no parágrafo 4º do seu artigo 182 (que trata da desapropriação pelo não aproveitamento adequado do solo urbano), no *caput* de seu artigo 184 (que trata da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária) e no parágrafo 1º de seu artigo 216 (que trata da desapropriação para proteção do patrimônio cultural brasileiro).

217 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61. Sobre o assunto, ler também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 183.

pelo ordenamento) e interesses privados coincidentes com o interesse público (contemplados pelo ordenamento). Porém, não se observará, nessa perspectiva, conflito entre o interesse público e os direitos subjetivos individuais. É que os interesses individuais contemplados pelo ordenamento jurídico-positivo (que são os que induzem direitos subjetivos) integram o conceito de interesse público, porque a ele são instrumentais, constituindo, destarte, o que Bandeira de Mello convencionou chamar dimensão pública dos interesses individuais<sup>218</sup>.

Assim, para Bandeira de Mello o interesse público somente se justifica como categoria jurídica “na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro”<sup>219</sup>. Disso decorre a sua conceituação como “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem”<sup>220</sup>. Vê-se, pois, que o publicista procura identificar o interesse público com a realização dos interesses individuais, quando o apresenta (o interesse público) como faceta deles (dos interesses individuais)<sup>221</sup>. A importância dessa compreensão reside, conforme Bandeira de Mello, em um duplo aspecto<sup>222</sup>.

Em primeiro lugar “enseja mais facilmente desmascarar o mito de que interesses qualificados como públicos são insuscetíveis de serem defendidos por particulares [...] mesmo quando seu desatendimento produz agravo pessoalmente sofrido pelo administrado”<sup>223</sup>, o que desmente a “indevida suposição de que os particulares são estranhos a tais interesses”<sup>224</sup>. Ao ensejo, Bandeira de Mello denuncia “o errôneo entendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes diriam respeito, por irrelevantes a interesses individuais”<sup>225</sup>.

Em segundo lugar mitiga “a falsa desvinculação absoluta entre uns e outros”, refutando a ilação de que “sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria *ipso facto* um interesse público”<sup>226</sup>. A propósito, Bandeira de Mello expressa que “a noção de interesse público [...] impede que se incida no equívoco muito grave de supor que o interesse público é exclusivamente um interesse do Estado”, lapso de compreensão “que faz resvalar fácil e naturalmente para a concepção simplista e perigosa de identificá-lo com quaisquer interesses da entidade que representa o todo”<sup>227</sup>. Para esse professor paulista “o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”, e que, por isso, “independentemente do fato de ser, por definição, encarregado de interesses públicos”, pode ter, como qualquer outra pessoa, “interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa”<sup>228</sup>. Esses últimos interesses (interesses do poder público, ou do Estado) não são, conforme Bandeira de Mello, “interesses públicos”, mas se qualificam, na verdade, como interesses individuais (ou particulares) do Estado (como já exposto neste trabalho), que só podem ser perseguidos pelos agentes estatais

218 Cf.: (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 60 e 182) e (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 182).

219 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61.

220 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61. Ao ensejo, cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 183.

221 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61.

222 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61.

223 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61.

224 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61.

225 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61.

226 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 61-62. Quanto a isso, cf., ainda: (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 72), (FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese, cit., p. 203), (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 163) e (JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo, cit., p. 117). Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 72-74.

227 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 187. A propósito, cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 65.

228 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 188. Sobre o assunto, ler também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 65-66.

quando coincidem com a realização do interesse público<sup>229</sup>.

Em novos exemplos, Bandeira de Mello refere à possibilidade de divergência de pensamento entre as múltiplas pessoas que “considerarão de interesse público que haja, em dado tempo e lugar, monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros” e aquelas outras que por serem talvez “estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas que aos nacionais” manifestar-se-ão em sentido diametralmente oposto<sup>230</sup>. Ao ensejo, o publicista leciona que “encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e sem-razão completa aos segundos”, mas adverte que, do ponto de vista estritamente jurídico “será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior”<sup>231</sup>.

Com essas considerações, Bandeira de Mello procura por a claro que “uma coisa é a estrutura do interesse público” e outra, completamente diferente, é “a inclusão e o próprio delineamento, no sistema normativo, de tal ou qual interesse que, perante este mesmo sistema, será reconhecido como dispendo desta qualidade”<sup>232</sup>. Nessa concepção, não necessariamente constitui “interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoa ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo” (interesse do público, ou da sociedade), “mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo”<sup>233</sup>. O interesse público terá, então, conforme Bandeira de Mello, a conotação que o Direito lhe atribuir. Afinal, “tratando-se de um conceito jurídico [...], é óbvio que a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio direito positivo”<sup>234</sup>.

Disso decorre a sua observação, em doutrina, com o propósito de definir o conceito desse importante instituto jurídico, quanto a corresponder o interesse público ao interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida<sup>235</sup>, portanto ao cumprimento do Direito, tal como positivado no ordenamento. Assim, como para Clovis Beznos, também para Bandeira de Mello o interesse público se qualifica como síntese dos interesses assimilados pelo ordenamento jurídico-positivo.

#### 4.4. INTERESSE PÚBLICO E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.

Essa definição de conceito, para além de ostentar maior amplitude e aplicação que a aceção teórica, manifestada por Marçal Justen Filho, quanto a circunscrever-se o interesse público à observância do princípio da dignidade da pessoa humana, permite compatibilizar a sua realização nos casos concretos aos ditames da legalidade administrativa<sup>236</sup>. Com efeito, o agente estatal, na lição de Hely Lopes Meirelles, “não pode [...] deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos”,

229 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 188. Essas considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello vão ao encontro da classificação consagrada na doutrina italiana por Renato Alessi (ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, cit., p. 197), que tem ampla aplicação entre nós em sede doutrinária (cf., por todos, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 33) e pretoriana (Vide STJ, RESP 787967-SE, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/08/2007). Alessi distingue os interesses do Estado em primários e secundários, e leciona que determinados interesses transitoriamente defendidos por órgãos estatais (interesses secundários) podem não corresponder ao interesse público (primário), sobretudo quando representarem pretensão circunstancial cuja realização se mostra incompatível com os limites impostos pelo legislador à intervenção do Estado na esfera de disponibilidades jurídicas dos indivíduos. Assim, aqueles interesses designados por Bandeira de Mello como interesses individuais (ou particulares) do Estado correspondem aos interesses secundários referidos por Alessi, ao passo que a dimensão pública desses interesses individuais, que o professor paulista qualifica como interesse público, corresponde ao que Alessi convencionou chamar interesse primário.

230 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 190.

231 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 190-191. No pormenor, cf., ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 68.

232 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 190.

233 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 190. Quanto ao particular, ler também: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 68.

234 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 67.

235 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 72.

236 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 34-38.

precisamente porque “os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada”<sup>237</sup>. Daí falar-se em legalidade estrita, a vincular a Administração Pública e seus agentes, que, na observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “fruto da submissão do Estado à lei”<sup>238</sup>, e que se encontra positivada entre nós como princípio de sede constitucional, na medida em que restou assentada pelo constituinte originário no *caput* do artigo 37 da Constituição<sup>239</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca a absoluta importância da legalidade para o regime jurídico-administrativo, quando afirma que “este princípio juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”<sup>240</sup>. Nesse mesmo sentido se posiciona Romeu Felipe Bacellar Filho, quando expõe que esse princípio decorre “do Estado de Direito, respeitadas as nuances da construção do significado desse conceito em cada país”<sup>241</sup>. Trata-se, pois, como ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, de “instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração”<sup>242</sup>.

Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”<sup>243</sup>. Ou, como expressa Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei”<sup>244</sup>. Ou, ainda, como sintetiza Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”<sup>245</sup>.

Disso resulta a absoluta correção da observação de Bandeira de Mello quanto a qualificar-se o interesse público como interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida<sup>246</sup>, assim como do posicionamento de Clovis Beznos quando o relaciona à “síntese dos interesses da coletividade, emanados das normas e princípios constantes do ordenamento jurídico”<sup>247</sup>. Nessa perspectiva, o interesse público identifica-se com a juridicidade, com o cumprimento dos enunciados prescritivos que compõem o ordenamento jurídico-positivo<sup>248</sup>.

A despeito da crítica que se possa fazer à doutrina desses autores, é inegável que a noção de interesse público por eles manifestada confere maior segurança às relações jurídicas. Trata-se, quando menos, de relevante instrumento para a proteção dos direitos subjetivos individuais em face de pretensões circunstanciais do poder público, qualificadas por Alessi como interesses secundários<sup>249</sup> e doravante designadas por Bandeira de Mello como interesses individuais (ou particulares) do Estado<sup>250</sup>. Em especial quando se compara esse seu magistério ao posicionamento de doutrinadores que refutam a possibilidade de instituição de um semelhante conceito unívoco de interesse público<sup>251</sup>.

237 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 77.

238 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 100.

239 CRFB. “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (grifo nosso). Cf. Bacellar Filho, 2010, p. 96.

240 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 67.

241 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 96.

242 CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 84.

243 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 78.

244 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, discricionariedade: seus limites e controle. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 57. Sobre o assunto, consulte-se, ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 76 e 101.

245 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 68.

246 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 72.

247 BEZNOS, Clovis. *Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos*, cit., p. 138.

248 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro, cit., p. 95.

249 Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, cit., p. 197.

250 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”, cit., p. 188.

251 Ao ensejo, reportamo-nos, a título de exemplo, ao magistério de Odete Medauar, para quem “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se [...] uma situação de heterogeneidade”, que induz uma “concreta existência de multiplicidade de interesses públicos” (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 181). A propósito, Medauar rejeita “prefixação do interesse público”, invocando, ao

Afinal, quando se considera que cotidianamente agentes públicos e privados são chamados a realizar o interesse público, não há dúvidas sobre a funcionalidade do estabelecimento de parâmetro objetivo para a definição do conceito de interesse público. Sob um ponto de vista mais geral, qualquer parâmetro objetivo mostrar-se-ia operativo. No entanto, quando se analisa o problema sob a ótica da atuação do Estado (que não pode, em suas relações, escusar-se à realização do interesse público<sup>252</sup>) esse parâmetro objetivo não pode ser outro que não a vinculação do interesse público à juridicidade. Do contrário, os agentes estatais teriam dificuldades para realizá-lo, pois, em concreto, poderiam ser chamados a optar entre ele e a legalidade administrativa<sup>253</sup>.

Nesse sentido, a consideração, quer no plano da Ciência, quer no campo da aplicação do Direito, de que o interesse público poderia corresponder a outra coisa que não à observância das regras e princípios que compõem o ordenamento poderia induzir, em concreto, um hiato entre a necessidade de sua realização pelos agentes estatais e a vinculação da Administração ao Direito. Posto isso, se é verdade que é missão do Estado realizar o interesse público mas sem descurar dos ditames da legalidade, a conclusão que se impõe é que a única definição de interesse público que pode ser empregada no âmbito administrativo é aquela que o circunscreve à efetiva e integral aplicação do Direito pátrio tal como positivado nas leis do país e em sua Constituição.

## 4.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BEZOS, Clovis. Procuradoria Geral do Estado e defesa dos interesses públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 23, n. 93, jan./mar. 1990.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvania. Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo*, São Paulo, n. 3, p. 11-30, dez 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

---

ensejo, a “relatividade de todo padrão de comparação”, e observa que “a indeterminação e dificuldade de definição do interesse público”, somada à “sua difícil e incerta avaliação e hierarquização” põem em crise a sua objetividade (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, cit., p. 181). Também refere a uma suposta multiplicidade de interesses públicos Conrado Hübner Mendes, para quem “curvar-se à retórica do interesse público, sem atentar para a existência de uma multiplicidade de interesses públicos, é submeter-se a um discurso político perverso e dissimulador” (MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 104).

252 Quanto a esse pormenor, recobre-se, com Bandeira de Mello, “que a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade”, e que “é em nome do interesse público - o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 98).

253 Sobre o assunto, ler também: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 85-86.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERRAZ, Sérgio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, n. 1, jan./mar. 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Interesse público. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano 1, nº 1, p. 09-24, dezembro de 1995.
- FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 26, 1999.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n.126, ago. 2011.
- MADUREIRA, Claudio. Supremacia do interesse público sobre o privado: uma necessária desconstrução da crítica. *Fórum Administrativo*, v. 161, p. 9-24, 2014.
- MARTÍNEZ, Augusto Durán. Derechos prestacionales e interés público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n. 54, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 43-46.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, discricionariedade: seus limites e controle. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MESSIAS, Francisco das Chagas Gil. Interesse público e interesse estatal. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, v.20, n.12, dez. 2004.
- MUÑOZ, Guillermo Andrés. El interés público es como el amor. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 770, dez.1999.
- SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional.



In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 89, n. 772, fev. 2000.

SILVEIRA, Raquel Dias. Princípio da supremacia do interesse público como fundamento das relações de trabalho entre servidores públicos e o Estado. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

# CAPÍTULO 5 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE ADMINISTRATIVO

*Ana Beatriz Fonseca dos Santos*

**SUMÁRIO:** 5.1. Administração Pública. 5.2. Controle Administrativo. 5.2.1. Conceito e Alcance. 5.2.2 Fundamentos. 5.3. As várias formas de controle administrativo 5.4. Referências bibliográficas.

## 5.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A Administração Pública, a partir de uma perspectiva objetiva, representa as potenciais manifestações da atividade administrativa na sociedade, as quais, em suma, resumem-se pelas noções de serviços públicos, polícia administrativa e fomento<sup>254</sup>. Por outro lado, sob um viés subjetivo, a Administração Pública representa os sujeitos que exercem as atividades administrativas. No entanto, conforme pontuado por Rocha,

a Administração Pública não é um ser natural, mas o resultado da intervenção constitutiva do ser humano que cria, atribui-lhe personalidade, transforma-a num centro decisório de poder, organiza-a internamente pela divisão em órgãos, responsáveis por aglutinar plexos de competências e predispostos a receber os agentes (as pessoas naturais) regularmente investidos, para que possam exercer a função administrativa<sup>255</sup>

Nesse sentido, importa ressaltar que o verbo administrar remete a gerir, a uma ação dinâmica de supervisão. Acresça-se que o adjetivo “pública” permite um significado ligado ao Poder Público, mas também à coletividade ou ao público em geral<sup>256</sup>. Nas palavras de Carvalho Filho, “tome-se aqui em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato”<sup>257</sup>. Assim, a fim de diferenciar a noção supracitada do sentido inicial, torna-se mister a utilização das iniciais maiúsculas no termo: Administração Pública<sup>258</sup>.

## 5.2. CONTROLE ADMINISTRATIVO.

A expressão “controle” não possui um único sentido. Na verdade, referido termo pode assumir vários significados: dominação, subordinação, centralização. Ademais, pode dizer respeito às noções de direção, limitação

254 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2013, p. 99.

255 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 99.

256 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª edição, São Paulo: Editora Atlas, 2017. p. 44.

257 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 44.

258 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 44.

ou gestão, bem como vigilância ou fiscalização<sup>259</sup>. Na perspectiva jurídica, “controle” remete à averiguação da correspondência de certo ato ou comportamento a determinadas normas.

Dessa forma, de acordo com Rocha, “controle” pode significar estabelecer a conformidade de uma coisa em relação a outra “a partir de um modelo ou padrão, de modo que no controle existe aproximação ou confrontação entre o ato ou coisa objeto do controle e o ato ou coisa descrito. É a verificação de conformidade de uma ação a uma norma que ela impunha”<sup>260</sup>.

### 5.2.1. CONCEITO E ALCANCE.

Consoante a Di Pietro, o controle administrativo é “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”<sup>261</sup>. A saber, convém ressaltar que, no campo federal, em razão do Decreto-lei nº 200 (25 de fevereiro de 1967), tal controle é denominado de supervisão ministerial.

Em perspectiva semelhante, Rocha sintetiza o conceito de controle administrativo como “a fiscalização exercida pela Administração Pública sobre seus próprios atos, sob aspectos de legalidade e mérito, de ofício ou mediante provocação”<sup>262</sup>.

Em relação aos controles, torna-se imprescindível registrar que a Administração Pública, direta ou indireta, sujeita-se a controles internos e externos. Em breves linhas, o controle interno é o exercido por órgãos da própria Administração, ao passo que o externo é realizado por órgãos alheios à Administração.

Quanto a tal discussão, Rocha elucida que controle interno é aquele “exercido por órgãos integrantes do aparelho burocrático do Poder Executivo, por órgãos da própria Administração”<sup>263</sup>. O controle em apreço (interno) incide sobre a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, muito embora a indireta esteja sujeita a um duplo controle interno: “o efetuado por órgãos seus, que integram sua intimidade organizacional, e outro realizado pela Administração direta”<sup>264</sup>.

Nesse mesmo sentido, quanto à Administração Pública indireta, Bandeira de Mello confirma a existência de um duplo controle interno, sem prejuízo dos controles externos, qual seja, aquele exercido por órgãos seus, “que lhe componham a intimidade e aos quais assista esta função, e aquele outro procedido pela Administração direta (...) A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior”<sup>265</sup>.

Em relação ao tema, Di Pietro enfatiza que “o controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes”<sup>266</sup>. Frisa-se que “referido poder é amplamente reconhecido pelo Poder Judiciário, em cujo foram formuladas as Súmulas nº 346 e 473, pelo STF”<sup>267</sup>.

Nesse diapasão, depreende-se da Súmula 346 do STF que “a Administração Pública pode declarar nulidade de seus próprios atos”, ao passo que a Súmula 473 do STF dispõe que a Administração pode anular seus próprios atos, “quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direito; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

259 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 715.

260 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 715.

261 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 915.

262 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 717.

263 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 717.

264 ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 717.

265 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 953.

266 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 917.

267 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 917.

Há um confronto, dessa forma, a independência do ente que detém parcela de autonomia administrativa e financeira, visto que dispõe de fins próprios, previstos em lei, e patrimônio próprio destinado a atingir aqueles fins. Por outro lado, observa-se a necessidade de controle para que a pessoa jurídica política (União, Estado ou Município) que instituiu a entidade da Administração Indireta se assegure de que ela está atuando em conformidade com os fins que justificaram a sua criação<sup>268</sup>.

Torna-se imprescindível pontuar, ante o exposto, que a regra, na sistemática administrativa, é a autonomia; “a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei”<sup>269</sup>.

Por derradeiro, no que atine à abrangência, pode-se dizer que o controle em comento compreende os órgãos da Administração direta ou centralizada e as pessoas jurídicas que integram a Administração indireta ou descentralizada, de acordo com o exposto ao longo do texto<sup>270</sup>.

### 5.2.2. FUNDAMENTOS.

O poder de controle, também denominado poder de tutela, encontra fundamento nos princípios a que se submete a Administração Pública, em especial o princípio da legalidade e o da predominância do interesse público. Com efeito, se a Administração está sujeita à observância da lei e à consecução do interesse público, não há razão para negar-lhe o controle sobre os próprios atos, afim de que assegure a observância daqueles princípios, mesmo porque, nas palavras de Di Pietro, “não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, aumentando os ônus do Estado na missão suprema de tutela do direito”<sup>271</sup>.

O princípio da autotutela consagra o controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Como consequência da sua independência funcional - art. 2º da Constituição Federal de 1988 -, a Administração Pública não precisa recorrer ao Judiciário para anular seus atos ilegais e revogar os atos inconvenientes que executa. Há, assim, um poder-dever de retirada de atos administrativos por meio da anulação e da revogação<sup>272</sup>.

Esse controle sobre os próprios atos pode ser exercido *ex officio*, quando a autoridade competente constatar a ilegalidade de seu próprio ato ou de ato de seus subordinados; e pode ser provocado pelos administrados por meio dos recursos administrativos. Posto isso, pode-se dizer que existem múltiplas formas de controle administrativo, as quais serão analisadas no capítulo seguinte.

## 5.3. AS VÁRIAS FORMAS DE CONTROLE ADMINISTRATIVO.

O controle administrativo, em um sentido amplo, pode realizar-se por meio de: a) fiscalização hierárquica; b) recursos administrativos; c) prestação de contas dos dinheiros públicos.

A saber, a fiscalização hierárquica é considerada uma das formas de controle administrativo mais ativa, em razão de sua constância e perenidade na Administração. Essa fiscalização pode estender-se a todas as repartições do Poder Executivo, bem como a todos os serviços administrativos dos demais Poderes, descendo verticalmente aos órgãos de direção às unidades inferiores.

Segundo Meirelles, “entende-se por hierarquia a relação de subordinação existente entre os vários órgãos do Executivo, com a gradação de autoridade de cada um: é o escalonamento das funções no quadro da Administração”<sup>273</sup>. Nesse sentido, há que se ressaltar que a hierarquia é privativa da atividade administrativa, configurando elemento típico da organização do Poder Executivo, pelo que não há hierarquia nas funções judicantes e legislativas.

O maior escopo do poder hierárquico é ordenar, coordenar, controlar e corrigir a atividade administrativa,

268 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 96.

269 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 96

270 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 917.

271 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 917.

272 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 189.

273 MEIRELLES, Hely Lopes. *A administração pública e os seus controles*. Revista Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 114, out/dez, 1989, p. 27.

conforme visto anteriormente. E, com essa missão é que se desenvolve a fiscalização hierárquica, no âmbito interno da Administração. Com efeito, do poder hierárquico advêm faculdades implícitas para o superior, a exemplo das ordens e do acompanhamento de seu cumprimento; da delegação e avocação de atribuição; revisão dos atos interiores e assim por diante.

Outra modalidade de controle administrativo consubstancia-se na figura dos recursos administrativos, os quais, em acepção ampla, são todos os meios hábeis a propiciar o reexame da atividade administrativa pela própria Administração, abrangendo a representação, a reclamação e o pedido de reconsideração. Em sentido estrito, “os recursos administrativos compreendem unicamente os recursos hierárquicos, próprios e impróprios”<sup>274</sup>.

Há que se falar, ainda, em outra modalidade de controle administrativo, qual seja, a prestação de contas. Esta consiste em obrigação indeclinável de todo aquele que administra bens, valores ou dinheiros públicos. É decorrente natural da administração, como atividade exercida em relação a interesses alheios. Segundo Meirelles, “se o ‘administrar’ corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e bom emprego do patrimônio de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário”<sup>275</sup>.

Destarte, no caso do administrador público, tal dever ganha ainda mais relevo, visto que a gestão se refere a bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um *múnus* público, logo, de um encargo para com a comunidade. Surge, portanto, o dever inescusável de todo gestor da coisa ou do dinheiro público de prestar contas de sua aplicação<sup>276</sup>.

## 5.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Editora Atlas LTDA, 2017.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. A administração pública e os seus controles. *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 114-128, out/dez 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2013.

---

274 MEIRELLES, Hely Lopes. *A administração pública e os seus controles*, cit., p. 27.

275 MEIRELLES, Hely Lopes. *A administração pública e os seus controles*, cit., p. 30.

276 MEIRELLES, Hely Lopes. *A administração pública e os seus controles*, cit., p. 30.

---

# **PARTE II**

## **RESPONSABILIDADE CIVIL DO**

### **ESTADO**



## CAPÍTULO 6 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA E TEORIAS

*Claudio Madureira e Lara Rios*

**SUMÁRIO:** 6.1. Teoria da irresponsabilidade. 6.2. Teorias civilistas. 6.2.1. Teoria dos atos de império e de gestão. 6.2.2. Teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva. 6.3. Teorias publicistas. 6.3.1. Teoria da culpa do serviço. 6.3.2. Teoria do risco. 6.3.2.1. Risco administrativo versus risco integral. 6.3.2.2. Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade. 6.3.2.2.1. Causas excludentes. 6.3.2.2.1.1. Força maior. 6.3.2.2.1.2. Culpa exclusiva da vítima. 6.3.2.2.1.3. Culpa exclusiva de terceiros. 6.3.2.2.2. Causa atenuante: culpa concorrente da vítima. 6.4. Referências bibliográficas.

A responsabilidade civil do Estado pode ser compreendida como a “obrigação legal, que lhe é imposta, de ressarcir os danos causados a terceiros por suas atividades”<sup>277</sup>. O tema abrange os comportamentos dos três poderes, o Executivo, o Legislativo e Judiciário, embora a literatura, tradicionalmente, tenha dado maior ênfase aos casos de responsabilidade pelo exercício da função Administrativa<sup>278</sup>.

Doutrinariamente, no decorrer do tempo, foram desenvolvidas diversas teorias para definição e aplicação das regras de responsabilidade civil estatal. O presente capítulo abordará as seguintes construções teóricas: (i) teoria da irresponsabilidade; (ii) teorias civilistas, que desdobram-se em (ii.i) teoria dos atos de império e de gestão e (ii.ii) teoria da culpa civil (também denominada de teoria da responsabilidade subjetiva); (iii) teorias publicistas, quais sejam: (iii.i) teoria da culpa administrativa, (iii.ii) teoria do risco administrativo e (iii.iii) do risco integral (também denominadas de teoria da responsabilidade objetiva).

Ademais, no que tange à abordagem publicista da responsabilidade civil, serão discriminadas as causas excludentes – consistentes em força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa de terceiros –, bem como a situação de culpa concorrente da vítima, na qualidade de causa atenuante de culpa.

### 6.1. TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE.

Entre o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna, a Europa vivia um período de transição marcado por um novo sistema de governo: as monarquias absolutistas. Ao suceder o feudalismo em Espanha, França, Prússia e Áustria, o Antigo Regime buscava fundamento, sobretudo, na ideia de autoridade divina do monarca, de modo que as atitudes tomadas pelos Estados Absolutos representavam a vontade de Deus<sup>279</sup>.

É nesse contexto absolutista que vigia, para fins de responsabilidade estatal, a teoria da irresponsabilidade,

277 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 13.

278 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 821.

279 MALUF, Said. *Teoria Geral do Estado*. 35ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 151.



também denominada de teoria regaliana<sup>280</sup>. Segundo Di Pietro<sup>281</sup>, a teoria da irresponsabilidade apóia-se especialmente na noção de soberania estatal, a exemplo do princípio “*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire*” (“o rei não pode errar”), bem como do princípio “*quod principi placuit habet legis vigorem*” (“aquilo que agrada o príncipe tem força de lei”). Nas palavras de Cahali<sup>282</sup>, a teoria da irresponsabilidade pode ser sintetizada em três postulados:

[...] 1) na soberania do Estado, que, por natureza irredutível, proíbe ou nega sua igualdade ao súdito, em qualquer nível da relação; a responsabilidade do soberano perante o súdito é impossível de ser reconhecida, pois envolveria uma contradição nos termos da equação; 2) segue-se que, representando o Estado soberano o direito organizado, não pode aparecer como violador desse mesmo direito; 3) daí, os atos contrários à lei praticados pelos funcionários jamais podem ser considerados atos do Estado, devendo ser atribuídos pessoalmente àqueles, como praticados *nomine proprio*.

Nessa lógica de raciocínio, o Estado não poderia, portanto, ser considerado violador de direitos, tampouco incumbir-lhe-ia qualquer responsabilidade pecuniária. Ademais, na eventualidade de atos cometidos *contra legem*, a responsabilidade seria atribuída tão somente a seus agentes estatais, pessoalmente<sup>283</sup>.

Embora a Europa do século XVIII tenha presenciado diversos eventos históricos que contribuíram para a queda do absolutismo, notadamente a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a teoria da irresponsabilidade permaneceu sendo sustentada por uma parcela da doutrina em grande parte do século XIX, em que pese por outros fundamentos<sup>284</sup>. Contudo, por ideais de justiça, a teoria passou a ser veementemente combatida, sob o fundamento de que “se o Estado deve tutelar o direito, não pode deixar de responder quando, por sua ação ou omissão, causar danos a terceiros, mesmo porque, sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações”<sup>285</sup>.

Os últimos registros de aplicação da teoria da irresponsabilidade são encontrados na primeira metade do século XX e os dois últimos Estados a abandonarem a irresponsabilidade estatal foram os Estados Unidos, por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1946, e o Reino Unido, mediante o *Crown Proceeding Act*, de 1947<sup>286</sup>.

A teoria da irresponsabilidade não teve aplicação no ordenamento jurídico brasileiro e, em que pese não haver previsão de responsabilidade do Estado nas Constituições de 1824 e 1891, existia a atribuição de responsabilidade ao funcionário que, no exercício de sua função, praticasse ato danoso por abuso ou omissão<sup>287</sup>. No direito contemporâneo, a teoria da irresponsabilidade encontra-se completamente superada<sup>288</sup>.

## 6.2. TEORIAS CIVILISTAS.

Ainda no século XIX, com o declínio da teoria da irresponsabilidade<sup>289</sup> e a ascensão dos defensores da responsabilização estatal, o tema da Responsabilidade Civil do Estado passou a sofrer influência das regras de Direito Privado, mais precisamente de princípios e conceitos próprios do Direito Civil. Por isso, as construções teóricas formuladas nesse momento ficaram conhecidas como teorias civilistas<sup>290</sup>.

Nesta segunda fase, com o propósito de melhor atender às exigências jurídicas, houve a formulação de duas

280 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 22.

281 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 822.

282 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20-21.

283 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14<sup>a</sup>. ed. Salvador: JudPodivm, 2015, p. 355.

284 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 24.

285 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 822.

286 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14<sup>a</sup>. ed. Salvador: JudPodivm, 2015, p. 355.

287 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 826.

288 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 780.

289 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 333.

290 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25.

teorias. Primeiro, surgiu a teoria dos atos de império e de gestão e, depois, a teoria da culpa civil (ou da responsabilidade subjetiva)<sup>291</sup>.

### 6.2.1. TEORIA DOS ATOS DE IMPÉRIO E ATOS DE GESTÃO.

A teoria dos atos de império e de gestão propõe distinguir a conduta do Rei daquela praticada pelo Estado<sup>292</sup>. Os atos praticados pelo monarca seriam denominados de atos de império (*juri imperii*), ao passo que aqueles praticados pelo Estado seriam denominados de atos de gestão (*jure gestionis*)<sup>293</sup>.

Para a teoria, apenas nos atos império existiria uma efetiva e direta manifestação da soberania, característica que excluiria a possibilidade de indenização, já que exercidos em posição de superioridade em relação aos administrados. Por outro lado, na administração de bens e serviços públicos, o Estado atuaria como um mero gestor, em posição equiparada a dos particulares, razão pela qual seria aplicável o direito comum<sup>294</sup>. Sobre a teoria, Nobre Júnior<sup>295</sup> explica que

[...] A Administração Pública praticava duas espécies de atos, quais sejam os de império e os de gestão. Aqueles seriam considerados os perpetrados pelo Estado em decorrência do seu *jus imperii*, ou seja, da posição de superioridade que ostentava perante o particular, não comportando indenização (atos legislativos, regulamentos, medidas gerais de polícia ou indispensáveis à saúde pública, atos perpetrados em decorrência de convenções diplomáticas, atos judiciais, fatos da guerra e quejandos). Ao invés, os atos de gestão eram praticados pelo Poder Público em situação de igualdade perante os administrados, com vistas à conservação e gerência do patrimônio e serviços públicos. Quanto a estes últimos, haveria a responsabilidade estatal desde que resultassem de conduta culposa do agente público. [...]

Contudo, diante da dificuldade prática de diferenciar os atos de império dos de gestão<sup>296</sup> a dicotomia foi posteriormente sucedida pela teoria da culpa civil, também denominada de teoria da responsabilidade subjetiva, conforme será demonstrado a seguir.

### 6.2.2. TEORIA DA CULPA CIVIL OU DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA.

Em um segundo momento, na segunda metade do século XIX, foi desenvolvida, em contraposição à dicotomia dos atos de império e de gestão, a teoria da culpa civil (responsabilidade subjetiva)<sup>297</sup>. Sob a ótica do Direito Civil, a teoria, influenciada pelo princípio da responsabilidade por fato de terceiro<sup>298</sup>, consiste na eleição de um critério subjetivo para atribuição de culpa do Estado. O critério subjetivo “significava responsabilidade civil do Estado assentada em culpa na escolha do funcionário administrativo ou na vigilância sobre a atividade por ele exercida”<sup>299</sup>.

Em outras palavras, “só haveria responsabilidade civil do Estado quando, na prática de algum ato lesivo a outrem, ficasse comprovada a culpa do agente que o executou”<sup>300</sup>, a condição jurídica do Estado, portanto, “deveria ser assimilada à de um comitente, a ser responsabilizado pelos comportamentos das pessoas que atuassem em seu nome”<sup>301</sup>.

291 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

292 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

293 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

294 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

295 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 333.

296 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 26.

297 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

298 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 22.

299 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28.

300 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983, p. 261.

301 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 334.

A teoria da culpa civil restou consagrada<sup>302</sup> na redação do artigo 15 do Código Civil brasileiro de 1916<sup>303</sup>, que estabelecia:

#### CCB-1916

**Art. 15.** As pessoas jurídicas de direito publico são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

As teorias civilistas, portanto, alteraram substancialmente o paradigma para a responsabilização do Estado, ao formular as primeiras construções teóricas para fundamentar o dever estatal de reparar danos causados. Outra mudança de perspectiva teórica dessa maneira só viria a ocorrer com o advento das teorias publicistas<sup>304</sup>, apresentadas no próximo tópico.

### 6.3. TEORIAS PUBLICISTAS.

As teorias publicistas representam a terceira e última fase da evolução da responsabilidade civil do Estado<sup>305</sup>, em um contexto de desvinculação da influência civilista<sup>306</sup>. Oriundas da jurisprudência francesa, essas teorias decorrem de dois paradigmáticos casos ocorridos no ano de 1873. O primeiro trata-se do julgamento do caso *Blanco*, considerado o marco inicial da aplicação dos princípios de direito público em razão de dano causado pelo Estado<sup>307</sup>. Ao discorrer sobre o caso, Di Pietro<sup>308</sup> narra que

“[...] a menina Agnès Blanco, ao atravessar a rua na cidade de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes. [...]”

Ao lado do caso *Blanco*, outro importante julgamento foi o caso de *Pelletier*, ocorrido em julho daquele mesmo ano. Dias<sup>309</sup>, ao detalhar o caso, comenta que

“[...] o jornalista Pelletier, quando editou o primeiro número de seu jornal, teve a edição apreendida por ordem do General Louis de Ladmirault, na qualidade de comandante do estado de sítio declarado no departamento de l’Oise. Dita autoridade justificava a apreensão, argüindo poderes excepcionais que detinha, em virtude do estado de sítio que vigorava na localidade, por força da lei de 9 de agosto de 1849 (art. 9, n. 4), e em razão de exercício normal do poder de polícia. Inconformado com os prejuízos, o editor Pelletier ingressou com ação de perdas e danos perante a jurisdição comum, responsabilizando aquela autoridade [...]”

Nos referidos casos entendeu-se que nas controvérsias judiciais em que o dano existente tenha sido praticado no contexto da prestação de serviço público, a competência para o julgamento seria do tribunal administrativo, uma vez que a Administração “se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os privados”<sup>310</sup>. Além disso, a partir desses precedentes, vislumbrou-se que “[...] fatos danosos, não oriundos de culpa pessoal do funcionário, fazem desaguar a responsabilidade

302 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

303 BRASIL. [Código Civil (1916)]. Código Civil brasileiro de 1916. Rio de Janeiro/RJ: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2020.

304 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983, p. 261.

305 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 24.

306 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 28.

307 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 335.

308 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

309 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 29-30.

310 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

da Administração”<sup>311</sup>.

Com o desenvolvimento da doutrina publicista surgiram duas teorias, quais sejam: a teoria da culpa do serviço, também denominada de culpa administrativa, e a teoria do risco, subdividida, por sua vez, em teoria do risco administrativo e a do risco integral<sup>312</sup>.

### 6.3.1. TEORIA DA CULPA DO SERVIÇO.

A teoria da culpa do serviço (teoria da culpa administrativa ou do acidente de serviço) pretende desassociar a responsabilidade do Estado da culpa atribuída ao agente praticante do dano<sup>313</sup>. Tem-se, pois, duas noções distintas de culpa, quais sejam: a culpa pessoal do agente, em que o funcionário responde individualmente pelos seus atos, e a culpa do Estado, que independe da identificação do agente causador, mas apenas da falha do serviço. Por isso, é considerada culpa anônima<sup>314</sup>. A culpa administrativa incide na atividade prestada pelo Estado e é avaliada a partir de normas jurídicas próprias do Direito Público<sup>315</sup>.

A teoria da culpa do serviço é considerada pela doutrina “o primeiro estágio de transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu”<sup>316</sup>. Consagrada por precedente julgado pelo tribunal administrativo francês em 1911, pauta-se na ideia da falta do serviço, ou, no termo original, *faut de service*. Nobre Júnior<sup>317</sup>, ao narrar o caso, esclarece que

[...] Tudo tivera início quando um cidadão adentrara no escritório dos correios, sito à Rua Filles-Call’aire, no dia 11 de janeiro de 1908, aproximadamente às 8h e 30 min da noite, a fim de enviar uma correspondência, havendo, ao instante que referido particular já se encontrava dentro de tais dependências, a repartição encerrado o seu expediente antes do horário regulamentar. Em face do ocorrido, e atendendo ao convite de um dos empregados postais, retirou-se pela saída reservada aos agentes do serviço, ocasião em que, após um incidente, fora abruptamente expulso por dois carteiros que o consideraram como um intruso.

Apreciando o litígio, pronunciou-se o julgador administrativo: “que, nessas condições, o acidente do qual o requerente foi vítima, por conseqüência de sua brutal expulsão dessa parte do escritório, deve ser atribuído, qualquer que seja a responsabilidade pessoal incorrida pelos agentes, autores da expulsão, ao mau funcionamento do serviço público”.

Note-se, portanto, que o julgamento classifica o funcionamento dos serviços como razão principal do dano ocorrido. É nessa conjectura que a teoria da culpa do serviço “[...] marca originalmente o princípio geral da perfeição e da continuidade do serviço público como uma das obrigações do Estado”<sup>318</sup> e, na eventualidade de uma má prestação, resta caracterizada a responsabilidade civil do Estado”<sup>319</sup>.

A doutrina publicista da culpa administrativa restou consolidada, especialmente, por Paul Duez, teórico que buscou definir e sistematizar as hipóteses de falha no serviço público. A sua contribuição teórica permite diferenciar três modalidades de responsabilização do Estado: “1ª) o serviço funcionou mal (*culpa in commitendo*); 2ª) o serviço não funcionou (*culpa in ommitendo*); 3ª) o serviço funcionou tardiamente”<sup>320</sup>.

Sem prejuízo da aplicação da teoria da culpa do serviço, a doutrina ressalta que, historicamente, a jurisprudência

311 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão), R. Dir. Adm., v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 335.

312 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

313 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 31.

314 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 823.

315 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 335.

316 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 781.

317 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 335.

318 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983, p. 262.

319 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983, p. 262.

320 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 31.

francesa passou a aplicar, em determinadas hipóteses, o que seria denominada teoria do risco<sup>321</sup>, a ser tratada a seguir.

### 6.3.2. TEORIA DO RISCO.

A teoria do risco destaca-se, principalmente, pelo rompimento do paradigma civilista da culpa<sup>322</sup>. Fundada em princípios próprios do Direito Público, a teoria propõe a substituição do conceito de culpa pelo de nexo de causalidade<sup>323</sup> existente “[...] entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. [...]”<sup>324</sup>.

A noção de risco decorre da possibilidade da atividade pública provocar prejuízos aos seus administrados<sup>325</sup>. Nesse sentido, a responsabilidade civil do Estado prescinde de qualquer demonstração de culpa do agente causador do dano, uma vez que o novo elemento caracterizador de responsabilidade é a relação existente entre o dano ocorrido e o serviço prestado pelo Estado.

A teoria do risco prestou-se como fundamento para a construção da responsabilidade objetiva do Estado<sup>326</sup>. Caracterizada pela desconsideração de critérios subjetivos, a responsabilidade objetiva possui determinados pressupostos, quais sejam:

[...] (a) que seja praticado um ato lícito ou ilícito, por agente público; (b) que esse ato cause dano específico (porque atinge apenas um ou alguns membros da coletividade) e anormal (porque supera os inconvenientes normais da vida em sociedade, decorrentes da atuação estatal); (c) que haja um nexo de causalidade entre o ato do agente público e o dano.<sup>327</sup>

Outra característica presente nessa teoria é o princípio da solidariedade social frente aos encargos financeiros gerados pelos danos. Nessa perspectiva, o Estado é “[...] a síntese patrimonial de todos os contribuintes, pelo que deve resguardar a absoluta igualdade dos administrados diante dos ônus e encargos públicos [...]”<sup>328</sup>. Nesse sentido,

[...] O princípio significa que, assim como os benefícios decorrentes da atuação estatal repartem-se por todos, também os prejuízos sofridos por alguns membros da sociedade devem ser repartidos. Quando uma pessoa sofre um ônus maior do que o suportado pelas demais, rompe-se o equilíbrio que necessariamente deve haver entre os encargos sociais; para restabelecer esse equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário.<sup>329</sup>

Desse raciocínio compreende-se que, se determinada comunidade se beneficia dos serviços prestados pelo Estado, esta mesma comunidade deve compartilhar da responsabilidade patrimonial advinda do prejuízo causado pelo dano<sup>330</sup>.

#### 6.3.2.1. RISCO ADMINISTRATIVO VERSUS RISCO INTEGRAL.

Na evolução das teorias publicistas no Brasil, distintas terminologias foram utilizadas para se referir à teoria do risco, de forma que, por vezes, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral eram tratadas como sinônimos. Importante ressaltar, portanto, que a doutrina brasileira apresenta divergência quanto ao uso dos termos<sup>331</sup>.

Nada obstante, ficou notória a proposta defendida por Hely Lopes Meirelles, quem sustenta que a teoria do risco compreende duas modalidades: o risco administrativo e o risco integral. A diferença entre elas estaria na

321 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

322 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

323 NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003, p. 337.

324 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

325 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 781.

326 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 33.

327 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

328 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983, p. 262.

329 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

330 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 367.

331 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 825.

possibilidade de se aceitar ou não que, em determinadas hipóteses, a responsabilidade civil do Estado seja afastada, total ou parcialmente<sup>332</sup>.

Na teoria do risco administrativo, há a possibilidade de o Estado demonstrar causas excludentes ou atenuantes de responsabilidade<sup>333</sup>, como, por exemplo, nas situações de culpa parcial ou exclusiva da vítima. Em contraposição, tem-se a teoria do risco integral. Hely Lopes Meirelles afirma que essa segunda modalidade é a mais extrema do risco, de modo que não permite qualquer hipótese em que o Estado não seja responsável, mesmo nas situações derivadas de culpa ou dolo da vítima<sup>334</sup>.

Além disso, o autor firma posicionamento doutrinário no sentido de sustentar que o ordenamento jurídico brasileiro não acolheu a modalidade de risco integral, uma vez que a jurisprudência brasileira se desenvolveu a partir da redação do artigo 194, da Constituição Federal de 1946<sup>335</sup>, que consagrou a teoria da responsabilidade objetiva no Brasil. Assim, consoante a redação legal do referido artigo

#### CRFB-1946

**Art. 194** - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

**Parágrafo único** - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Ao criticar a distinção doutrinária realizada por Hely Lopes Meirelles, Yussef Said Cahali considera que a questão não se refere a um problema conceitual, mas de efeitos jurídicos. Isso porque “[...] a responsabilidade objetiva da regra constitucional [...] se basta com verificação de nexos de causalidade entre o procedimento comissivo ou omissivo da Administração Pública e o evento danoso [...]”<sup>336</sup>. Assim, Cahali sustenta que, independente da qualificação atribuída ao risco - integral, ou administrativo -, incumbe aos Tribunais a atenuação e exclusão da responsabilidade civil do Estado diante de situações que interrompem o nexo causal entre a atividade prestada pela Administração Pública e o dano gerado<sup>337</sup>.

Nesse mesmo sentido, Di Pietro questiona a pertinência da distinção das modalidades, uma vez que ambas tratam de responsabilidade objetiva<sup>338</sup>. Ademais, no tocante à não adoção da teoria do risco integral pelo ordenamento jurídico brasileiro, tal qual sugerido pelo posicionamento de Hely Lopes Meirelles, a autora menciona inovações legislativas ocorridas que comportam a integralidade do risco assumido pela Administração.

[...] É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, d, da Constituição Federal), disciplinados pela Lei nº 6.453, de 17-10-77; e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nºs 10.309, de 22-11-01, e 10.744, de 9-10-03.

Também o Código Civil previu algumas hipóteses de risco integral nas relações obrigacionais, conforme artigos 246, 393 e 399.<sup>339</sup>

A partir disso, infere-se que, sob o fundamento da teoria da responsabilidade objetiva, o Direito Administrativo brasileiro comporta ambas as espécies de risco e que, embora o risco administrativo seja a regra, existem hipóteses nas quais o Estado responderá integralmente pelos danos causados em razão de serviço prestado.

332 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 782.

333 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 824.

334 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 782.

335 BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Rio de Janeiro/RJ: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 01 jul. 2020.

336 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

337 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

338 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 825.

339 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 825.

### 6.3.2.2. CAUSAS EXCLUDENTES E ATENUANTES DA RESPONSABILIDADE.

De acordo com a teoria publicista da responsabilidade objetiva, não são todas as situações em que o Estado é considerado responsável civilmente pelos danos causados pela Administração Pública. O Direito Administrativo determina as hipóteses a partir das quais a responsabilidade civil do Estado pode ser atenuada, ou mesmo excluída. São chamadas de causas excludentes e causas atenuantes<sup>340</sup>.

De acordo com Bandeira de Mello<sup>341</sup>, trata-se de circunstâncias em que o Estado pode ser eximido da responsabilidade “[...] se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. [...]”.

Neste contexto, de acordo com a teoria da responsabilidade objetiva, para que ocorra a exclusão ou atenuação da responsabilidade do Estado é necessário, pois, a inexistência do nexo de causalidade<sup>342</sup> entre o serviço prestado pela Administração e o dano derivado da prestação. Em outras palavras, quando casualidades, alheias à vontade do Estado, contribuem de forma parcial ou integral para a ocorrência do dano.

#### 6.3.2.2.1. CAUSAS EXCLUDENTES.

As causas excludentes consistem nas hipóteses em que há rompimento total do nexo causal entre o serviço prestado e o dano causado. Nesse caso, a responsabilidade civil do estado é totalmente afastada<sup>343</sup>. Tradicionalmente, as causas excludentes são compreendidas como

[...] situações nas quais se verifica, [sic] o que a doutrina francesa chama de “perturbação do liame de causalidade” (*perturbation du lien de causalité*). De modo geral, são havidas como causas de exoneração ou de exclusão dessa responsabilidade o fato da vítima e a força maior, ocasionando a perturbação do liame da causalidade.<sup>344</sup>

Fala-se, nesse sentido, em três diferentes hipóteses de causas excludentes, quais sejam: a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro<sup>345</sup>.

Em que pese não haver na doutrina entendimento unânime acerca dos conceitos de força maior e caso fortuito, ambos são comumente descritos “[...] como fatos imprevisíveis, tendo em vista que se revelam como ocorrências que escapam, ordinariamente, à percepção das pessoas que não têm condições objetivas de prevê-las [...]”<sup>346</sup>

Sobre o tema, Di Pietro<sup>347</sup> considera que “[...] força maior é acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio [...]”, ao passo que “[...] caso fortuito [...] ocorre nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros [...]”.

A distinção surge, então, quanto à atribuição de responsabilidade civil do Estado. Entende-se que, nas hipóteses de força maior, o Estado não é considerado responsável em razão da ausência de nexo de causalidade entre o seu comportamento e o dano<sup>348</sup>. Nesse mesmo raciocínio, o caso fortuito não pode ser considerado como causa excludente, justamente por decorrer de ato humano<sup>349</sup>.

Tem-se, ainda, como segunda hipótese de causa excludente, a culpa exclusiva da vítima, caracterizada pela

340 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

341 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1052.

342 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

343 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14<sup>a</sup>. ed. Salvador: JudPodivm, 2015, p. 369.

344 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

345 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

346 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14<sup>a</sup>. ed. Salvador: JudPodivm, 2015, p. 369.

347 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

348 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

349 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1053.

ausência de responsabilidade do Estado em virtude do comportamento da vítima, única causadora do dano<sup>350</sup>. E, por fim, a culpa de terceiro que, também apontada como causa excludente de responsabilidade.

### 6.3.2.2.1.1. FORÇA MAIOR.

Inserida em um contexto de imprevisibilidade e irresistibilidade<sup>351</sup>, a força maior, como visto anteriormente, apresenta-se como causa excludente, sob a condição de inexistência do nexo de causalidade. A doutrina ressalta, nesse sentido, que a exclusão da responsabilidade civil do Estado por força maior deve representar, necessariamente, a ausência dos pressupostos da responsabilidade objetiva<sup>352</sup>. Deve inexistir, portanto, qualquer vínculo entre os prejuízos causados pelo evento imprevisível e a conduta do Estado.

Assim, na eventualidade de a força maior ocorrer junto com a omissão culposa na prestação do serviço estatal, subsiste a responsabilidade do Estado. Nesse caso, entretanto, a doutrina entende que a responsabilidade estatal “[...] não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público [...]”<sup>353</sup>, hipótese em há a aplicação da teoria da culpa do serviço (*faute du service*), uma vez que “[...] o dano não decorreu de atuação do agente público, mas de omissão do poder público [...]”<sup>354</sup>.

### 6.3.2.2.1.2. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.

Existem situações nas quais o comportamento da vítima é o único elemento provocador do dano<sup>355</sup>. Tradicionalmente, a hipótese é definida pelo termo culpa exclusiva da vítima, embora parcela da doutrina considere mais apropriado o termo “conduta da vítima”<sup>356</sup>.

Na hipótese em que o comportamento da vítima contribui para a totalidade do evento danoso, o Estado não responde pelo dano, uma vez que não há relação direta entre o serviço prestado e o prejuízo sofrido pela vítima<sup>357</sup>. Inexiste nexo de causalidade, portanto<sup>358</sup>.

Por outro lado, pode-se observar participação do Estado naqueles danos em que, somado ao comportamento da vítima, há uma violação ao dever estatal de diligência. Nesse ponto, explica Justen Filho<sup>359</sup> que “[...] Se tiver havido infração ao dever de diligência, ainda que concorrente com a culpa do particular, existirá responsabilização (parcial, se for o caso) do Estado [...]”.

### 6.3.2.2.1.3. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIROS.

Além da força maior e da culpa exclusiva da vítima, o ordenamento jurídico brasileiro tem admitido<sup>360</sup>, ainda, outra hipótese de excludente de responsabilidade do Estado, qual seja: a culpa exclusiva de terceiro.

Doutrinariamente, tem-se que a culpa exclusiva de terceiro compreende aquelas situações em que a ação danosa é praticada por um indivíduo alheio à relação entre o particular e o Estado, apesar de nela interferir<sup>361</sup>. Nessa hipótese, em regra, a responsabilidade civil do Estado é elidida<sup>362</sup>.

350 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

351 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1053.

352 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 1053.

353 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

354 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

355 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37.

356 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 438.

357 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1346.

358 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 829.

359 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1347.

360 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 830.

361 DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983, p. 263.

362 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 372.



No entanto, o Código Civil de 2002 brasileiro trouxe inovações ao ordenamento jurídico no tocante aos serviços de transportes<sup>363</sup>. O artigo 731<sup>364</sup> prevê a incidência das regras civis nas relações de transportes de empresas autorizadas, permissionárias e concessionárias do Estado que desempenharem os referidos serviços. Senão vejamos:

**CCB-2002**

**Art. 731.** O transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que for estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código.

Nesse contexto de incidência de regras civis nas relações de transporte, insere-se o artigo 735 do CC/02<sup>365</sup>, que veda o afastamento da responsabilidade do transportador, ainda que o prejuízo tenha sido causado por terceiro, hipótese em que poderá ser ajuizada ação regressiva contra o autor do dano. Nesse sentido:

**CCB-2002**

**Art. 735.** A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Portanto, salvo quando existentes normas específicas, como é o caso das aplicáveis aos serviços de transporte prestados pelo Estado, os danos causados por terceiros assemelham-se às hipóteses de força maior, situação em que a responsabilidade do Estado é afastada em virtude da impossibilidade de previsão de sua ocorrência<sup>366</sup>.

### 6.3.2.2. CAUSA ATENUANTE: CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA.

Se, na hipótese de culpa exclusiva da vítima o Estado tem sua responsabilidade excluída, o mesmo não ocorre na hipótese em que a vítima contribuiu apenas parcialmente para o dano. Tem-se, pois, a hipótese de culpa concorrente da vítima e, como consequência, a atenuação da responsabilidade estatal<sup>367</sup>. Sobre o assunto, a doutrina compreende que

[...] se Estado e lesado contribuíram por metade para a ocorrência do dano, a indenização devida por aquele deve atingir apenas a metade dos prejuízos sofridos, arcando o lesado com a outra metade. É a aplicação do sistema da compensação das culpas no direito privado. [...]<sup>368</sup>

No Direito Civil brasileiro, a regulamentação para os casos de culpa concorrente da vítima está disposta no artigo 945, CC/02<sup>369</sup>. O dispositivo legal condiciona o cálculo da indenização para a reparação de danos à gravidade da culpa da vítima, em juízo de comparação com o grau de importância da participação estatal no dano.

## 6.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

363 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 830.

364 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

365 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

366 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 617.

367 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 830.

368 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 616.

369 “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano” Cf. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14<sup>a</sup>. ed. Salvador: JudPodivm, 2015.

DELGADO, José Augusto. *Responsabilidade Civil do Estado pela Demora na Prestação Jurisdicional*. R. Dir. Adm. v. 153: 259-270, Jul./Set., 1983.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MALUF, Said. *Teoria Geral do Estado*. 35<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21<sup>a</sup>. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Responsabilidade Civil do Estado por atos Legislativos (Revivescimento de uma Antiga Questão)*. R. Dir. Adm. v. 231: 331-350, Jan./Mar., 2003.



# CAPÍTULO 7 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE OBJETIVA E REPARAÇÃO DO DANO

*Ana Carolina Bouchabki Puppim*

**SUMÁRIO:** 7.1. O fundamento constitucional da responsabilidade civil do Estado: o art. 37, §6º, CRFB. 7.2. Os elementos constitucionais do art. 37, §6º, CRFB. 7.2.1. As pessoas jurídicas responsáveis. 7.2.2. Os agentes públicos. 7.2.3. As relações jurídicas. 7.3. Pressupostos da responsabilidade civil do Estado. 7.3.1. A conduta lesiva (fato administrativo). 7.3.2. O dano. 7.3.3. O nexos de causalidade. 7.4. Responsabilidade civil do Estado por atos omissivos. 7.5. O direito de regresso contra o agente público. 7.6. A reparação do dano. 7.7. Referências Bibliográficas.

## 7.1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: O ART. 37, § 6º, CRFB.

A responsabilidade civil do Estado, tal como consectário lógico de um Estado de Direito, consagra a ideia de que inexistente a figura de sujeitos soberanos<sup>370</sup>, de modo que todos, indistintamente, são responsáveis pela reparação de danos que venham a causar, incluindo o Estado.

Conforme fundamento assentado na teoria do risco administrativo, sendo grande detentor de prerrogativas e de amplos poderes jurídicos, políticos e econômicos<sup>371</sup>, é natural que o Estado deva assumir os riscos advindos do exercício de suas numerosas atividades potencialmente lesivas à esfera jurídica dos seus administrados. Estes, por sua vez, conquanto protegidos pelas normas do ordenamento jurídico, encontram-se em posição de maior vulnerabilidade, uma vez que incapazes de afastar ou impedir a atuação estatal.<sup>372</sup>

Outro alicerce da responsabilidade civil do Estado encontra subsídio no princípio da isonomia, pelo qual se deduz que, na hipótese de uma parcela de administrados suportar eventuais gravames decorrentes de atividade estatal empreendida no interesse da sociedade, todos devem arcar com o ônus proveniente desses atos<sup>373</sup>. A assunção desse ônus se exaure com o ressarcimento do dano, mediante a destinação aos lesados de recursos públicos a título de indenização, visando reaver o equilíbrio da relação e garantir o tratamento isonômico.<sup>374</sup>

Diante desse panorama, direcionada a prestar a proteção devida ao administrado lesado, na medida em que

370 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 935.

371 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 556.

372 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 953.

373 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 850.

374 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 954.

confere maior rigor ao dever estatal de indenizar, a CRFB consolida a regra da responsabilidade civil do Estado no seu art. 37, §6º, do qual se extrai o seguinte teor, *in verbis*: “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.”

O conteúdo do dispositivo constitucional invocado denota a responsabilidade civil do Estado na modalidade extracontratual, esta definida por Celso Antônio Bandeira de Mello como a obrigação atribuída ao Estado de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos.<sup>375</sup>

Nesse ponto, portanto, a responsabilidade extracontratual surge da violação, mediante ações ou omissões, de um dever jurídico perante o particular com o qual não possuía relação contratual anterior, ocasionando-lhe um dano. O próprio comando normativo enseja esse entendimento quando da menção à palavra “terceiros”, referindo-se justamente àqueles que não têm vínculo jurídico prévio com o Estado, eminente causador do prejuízo.<sup>376</sup> Diferente é o caso da responsabilidade civil na modalidade contratual que, por sua vez, pressupõe a existência de um contrato, tema que exorbita o âmbito de estudo do presente capítulo.

Cientes da ideia de que o Estado não pode evadir-se da obrigação de indenizar danos aos quais deu causa, verificamos que o art. 37, §6º, CRFB estabelece a regra da responsabilidade objetiva, já reconhecida nos textos constitucionais anteriores de 1946, 1967 e 1969, vindo a ser aperfeiçoada na redação da Carta de 1988.<sup>377</sup> O comando normativo refere-se à dispensa da demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado em dolo ou culpa, de modo que, para cominar ao Estado o dever de reparar, basta a comprovação do fato, do dano e da relação causal entre o comportamento do agente estatal e o dano provocado.

Em decorrência disso, muito embora o dever de ressarcir seja, em regra, derivado da ocorrência de ato ilícito, o ordenamento jurídico também prevê a responsabilidade civil por ato lícito<sup>378</sup>, seja por expressa previsão legal, como no caso de danos provocados por atentados terroristas contra aeronaves de matrícula brasileira, previsto na Lei 10.744/2003, seja por situações de sacrifício desproporcional ao particular, por exemplo, quando a ação estatal tem cunho de beneficiar toda a sociedade, com a construção de um cemitério ou presídio, mas para isso, trará gravames à parcela de administrados situados nos arredores da área.<sup>379</sup>

Cabe ressaltar, nesse tema, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello de que, se a realização da atividade estatal em prol de interesse público pressupor necessariamente o sacrifício de interesse privado, o qual se converterá em correlata importância patrimonial, *v.g.*, a desapropriação, não há que se falar em responsabilidade. Para o autor, esta fica adstrita aos casos em que o ato lícito do Estado acarreta, apenas de maneira indireta, lesão ao particular, mas não como sua finalidade própria. Para exemplificar, menciona a hipótese de ato que determina nivelamento de rua. A sua realização terá como consequência que algumas casas fiquem abaixo ou acima do nível da rua, havendo evidentes prejuízos aos proprietários, não sendo, entretanto, a finalidade precípua da atividade empreendida, razão pela qual estaria, nesse caso, configurada hipótese de responsabilidade do Estado.<sup>380</sup>

## 7.2. OS ELEMENTOS CONSTITUCIONAIS DO ART. 37, § 6º, CFRB.

Estabelecidas as premissas fundantes da responsabilidade objetiva do Estado, passamos a compreender o seu âmbito de incidência, isto é, quem está sujeito à regra, quem são os agentes e quais são as relações jurídicas decorrentes da norma.

375 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 1021.

376 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 810.

377 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 956.

378 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 811.

379 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 956.

380 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1023-1025.

## 7.2.1. AS PESSOAS JURÍDICAS RESPONSÁVEIS.

O dispositivo constitucional preceitua que estarão sujeitas ao regime da responsabilidade objetiva as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Dentre as pessoas jurídicas de direito público, encontramos os componentes da federação que integram a Administração Direta, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica, estas, por sua vez, integrantes da Administração Indireta.

Quando nos referimos à categoria de pessoas jurídicas de direito privado, cumpre observar que o texto constitucional lhe estende a regra da responsabilidade objetiva sob a condição de serem prestadoras de serviços públicos. Embora dotadas de personalidade jurídica de direito privado, assumem a prestação de serviços que, em primeiro lugar, caberiam ao Estado, não havendo, pois, motivos para aliviar a regra da responsabilidade objetiva e, conseqüentemente, dificultar a reparação de eventuais prejuízos.<sup>381</sup>

Essa categoria é constituída pelos integrantes da Administração Pública Indireta, dentre os quais estão as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, todas no exercício de serviços públicos. Incluem-se também os prestadores de serviços públicos em razão da descentralização, como as concessionárias e as permissionárias de serviços<sup>382</sup>, referidas no art. 175, *caput*, CRFB<sup>383</sup>, como as empresas de transporte público, de fornecimento de água, e de distribuição e fornecimento de energia.<sup>384</sup>

Assim, salientamos que, nesse grupo, não se incluem as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado que exploram atividades econômicas. A estas se aplicam as regras de responsabilidade referentes ao direito privado.

Ao fazer essa distinção, consoante as lições de Marçal Justen Filho<sup>385</sup>, identificamos dois regimes jurídicos para a responsabilidade civil das entidades da Administração Pública: o primeiro deles, atinente ao direito público, orientado pela responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, CRFB, e o segundo trata do regime de responsabilidade civil próprio da iniciativa privada, pertinente às pessoas de direito privado não prestadoras de serviços públicos, mas exploradoras de atividades econômicas.

Ainda no que se refere às pessoas privadas prestadoras de serviços públicos, houve um período em que a orientação jurisprudencial do STF se firmou no sentido de que a responsabilidade objetiva limitava-se aos casos de danos em face dos usuários dos serviços<sup>386</sup>, de modo que não se estendia aos terceiros não-usuários. Essa equivocada distinção encontra-se superada pelo atual entendimento da Suprema Corte, que consolidou, em sede de repercussão geral, a aplicação da responsabilidade objetiva das empresas que prestam serviços públicos no caso de danos causados a terceiros usuários e também aos não-usuários.<sup>387</sup>

Nessa linha, decidiu o STF que o Estado deve responder por seus atos lesivos seja a vítima um servidor público ou não, deduzindo que a interpretação da palavra “terceiros” constante do referido dispositivo constitucional não comporta distinções.<sup>388</sup>

## 7.2.2. OS AGENTES PÚBLICOS.

Para que haja, então, a imputação da responsabilidade objetiva do art. 37, §6º, CRFB às pessoas jurídicas de direito público e às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, é necessário que o dano

381 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 560.

382 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 959.

383 CRFB. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

384 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 560.

385 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. Livro eletrônico, cap. 18, p. 07.

386 Vide STF, RE 262651, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 16/11/2005.

387 Vide STF, RE 591874, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009.

388 Vide STF, AI 473381 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 20/09/2005.

ao terceiro tenha sido provocado por algum de seus agentes, nessa qualidade. Trata-se de expressão própria do princípio da impessoalidade, pelo qual o ato praticado pelo agente público não será próprio dele, mas da pessoa jurídica a que pertence.<sup>389</sup>

Essa assertiva também encontra sustentação na teoria da imputação direta, pela qual se compreende que a vontade do agente será imputada ao Estado, uma vez que a expressão da vontade deste só é possível no mundo jurídico por intermédio da atuação daquele<sup>390</sup>. O agente assume, portanto, a figura do próprio Estado, com o qual se confunde e forma uma unidade.<sup>391</sup>

Ocorre que não basta o agente estatal possuir esta condição para que sempre se caracterize a responsabilidade civil da pessoa jurídica que integra, isto é, não basta apenas que o indivíduo seja agente estatal. Somente incumbirá ao Estado o dever de reparar o dano causado pelo seu agente se, quando da prática do ato, este estiver no desempenho das atividades ínsitas a sua função ou a pretexto de exercê-las.<sup>392</sup> Diante disso, compreendemos que a imputação da responsabilidade ao Estado está condicionada ao ato do agente público que esteja de fato atuando como tal, identificando-se um efetivo vínculo jurídico entre ele e a pessoa jurídica a que pertence. Se o agente público não estiver agindo nesta qualidade, mas de simples particular, ficará sujeito ao regime de responsabilidade civil regido pelo Direito Civil.<sup>393</sup>

Importante salientar, nesse ponto, que o termo “agentes” possui sentido amplo e compreende a categoria de servidores públicos, com a qual não se confunde, por esta ter sentido mais restrito. Junto a eles estão todos aqueles que estejam juridicamente vinculados ao Estado, nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, que cita, a título de exemplo, os membros dos Poderes da República, os servidores administrativos, os agentes sem vínculo típico de trabalho e os agentes colaboradores sem remuneração.<sup>394</sup>

### 7.2.3. AS RELAÇÕES JURÍDICAS.

Passamos a examinar, por fim, a parte final do art. 37, §6º, que compreende “o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Trata-se da possibilidade de o Estado reaver o montante dispensado na reparação do dano causado pelo seu agente, mediante o exercício do direito de regresso, na hipótese de haver a presença de dolo ou culpa na conduta perpetrada. O estudo do tema comporta análise a ser feita em tópico específico, mas cumpre observar, desde logo, que o dispositivo constitucional em apreço concebe a existência de duas relações jurídicas, cujos polos não são coincidentes, nem mesmo os fundamentos jurídicos da responsabilidade civil.

A primeira relação jurídica tem como partes o Estado e o terceiro lesado, cujo objeto é a reparação pelos danos a este acarretado e regida sob a regra da responsabilidade objetiva, pela qual não se exige a demonstração de elemento subjetivo consubstanciado em dolo ou culpa.

A segunda, por sua vez, tem como partes o Estado e o seu agente e é deduzida pelo direito de regresso garantido ao Estado em face do agente que atuou com dolo ou culpa, vinculando-os, nesse caso, à teoria da responsabilidade subjetiva.<sup>395</sup>

## 7.3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Vencido o estudo acerca do âmbito de incidência do art. 37, §6º, partimos à análise dos requisitos necessários

389 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 959.

390 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 562.

391 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 960.

392 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*, cit., p. 852.

393 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*, cit., p. 853.

394 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 563.

395 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 564.

à configuração da responsabilidade civil do Estado, que são três: a conduta lesiva ou o fato administrativo, o dano causado ao terceiro e o nexo de causalidade entre os dois anteriores.

### 7.3.1. A CONDUTA LESIVA (FATO ADMINISTRATIVO).

Inicialmente, mencionamos a conduta lesiva, ou, segundo José dos Santos Carvalho Filho, o fato administrativo. O autor o define como qualquer forma de conduta dos agentes públicos atribuída ao Estado, seja comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva.<sup>396</sup> Importa lembrar que, para isso, o agente deve estar no exercício de sua função ou a pretexto de exercê-la. A responsabilidade civil do Estado no caso de condutas omissivas será examinada em tópico a seguir, ante as suas especificidades.

### 7.3.2. O DANO.

O segundo requisito elementar é o dano, que consiste no prejuízo causado ao terceiro. Para o Estado recompor esse prejuízo, não basta que sua atuação tenha gerado meramente dano econômico, ou seja, agravo patrimonial ou subtração de interesse ou vantagem que o indivíduo poderia fruir. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito”.<sup>397</sup>

A título de exemplo, imaginemos a existência de um famoso museu, ao redor do qual surgiu um comércio em um certo município. Uma eventual mudança na localização do museu fomentada pelo Poder Público local certamente ocasionaria prejuízos para os donos dos estabelecimentos, favorecidos pela circulação de pessoas que o ponto do museu promovia. Entretanto, não caberia ao Estado indenizá-los, ante a ausência de lesão a quaisquer de seus direitos.<sup>398</sup>

Demais isso, não há que se vincular o dano ao prejuízo econômico, quando a CFRB, em seu art. 5º, inciso X, também prevê expressamente a indenização por dano moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, regra que não faz diferenciação se a ofensa foi provocada por pessoa de Direito Público ou de Direito Privado.<sup>399</sup>

Assim, nos ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco<sup>400</sup>, há quatro características do dano indenizável: deve incidir sobre um determinado direito, cujo bem jurídico é protegido pelo ordenamento jurídico; deve ser certo, não eventual; deve ser especial, isto é, acomete especificamente um indivíduo, de modo que não cabe ser um prejuízo genérico de toda a sociedade e, por fim, deve ser anormal, extrapolando meros prejuízos inerentes às condições de convívio social, tais como a poluição nos grandes centros urbanos, o tempo perdido nos congestionamentos, a poeira de uma grande obra pública, etc. Importante observar que estas duas últimas características, especialidade e anormalidade, são particulares apenas aos danos causados por comportamento estatal lícito, tendo em vista que as condutas ilícitas por si só geram o dever de indenizar.<sup>401</sup>

### 7.3.3. O NEXO DE CAUSALIDADE.

Como último pressuposto, temos o nexo de causalidade entre o fato administrativo (conduta lesiva) e o dano, consubstanciado na demonstração, pelo lesado, de que o dano adveio da conduta estatal perpetrada, prescindindo-se de quaisquer considerações acerca de dolo ou culpa.<sup>402</sup> Por esse motivo, quando da apuração da responsabilidade objetiva do Estado, o nexo de causalidade assume grande importância para que se chegue a um juízo de certeza de que o dano da vítima realmente foi concebido em razão do fato administrativo e que, nesse cenário, cabe ao Estado

396 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 564.

397 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1037.

398 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 968.

399 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1038.

400 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 942-943.

401 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 969.

402 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 564.



reparar os gravames aos quais deu causa.

## 7.4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS.

Vimos no tópico anterior que a conduta ensejadora do dano pode ser uma ação ou uma omissão do Estado. No caso das ações, também designadas como condutas comissivas, será aplicável a regra do art. 37, §6º, referente à responsabilidade objetiva. Quanto às condutas omissivas, o presente tópico é destinado a esclarecer em que casos haverá a configuração da responsabilidade do Estado e como deverá recair sobre ele o dever de reparação.

No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, haverá possibilidade de responsabilizá-lo se o Estado tivesse um dever legal de agir capaz de evitar o evento lesivo e, não obstante, omitiu-se. Logo, se não estava obrigado a impedir o dano, não haveria fundamento para imputar-lhe o encargo de repará-lo, o que leva o autor a concluir que a responsabilidade estatal por omissão será sempre responsabilidade por comportamento ilícito.<sup>403</sup>

Por essa lógica, haverá necessariamente a incidência da teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que a conduta ilícita do Estado é sempre proveniente de negligência, imprudência ou imperícia, ou de manifesta intenção de violar a norma que lhe imputava certa obrigação.<sup>404</sup>

Fica evidente, então, que em caso de danos produzidos por omissão do Estado, além dos três pressupostos inerentes à configuração da responsabilidade, fato administrativo, dano e nexos de causalidade, deve haver demonstração de culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ou de dolo, se houve intenção de omitir-se quando seu agir era obrigatório para obstar o evento lesivo.<sup>405</sup> Essa é a corrente majoritária na doutrina.

Observe, todavia, que não se trata de demonstrar dolo ou culpa individual do agente público, hipótese esta que dá ensejo, na verdade, ao direito de regresso do Estado, a ser examinado em tópico oportuno. A responsabilidade do Estado por omissão culposa caracteriza-se pela culpa anônima, pela qual não há que se demonstrar o agente causador direto do dano.<sup>406</sup> Mesmo porque, o dano causado a terceiros nessa modalidade pode derivar de atos de terceiros ou, ainda, por fatos da natureza.

Na hipótese de ato de terceiro, um comportamento danoso ocorre ante a inércia do Estado quando podia e devia impedi-lo.<sup>407</sup> É que se observa em caso julgado pelo STF<sup>408</sup> de aluno que agrediu professora dentro do estabelecimento educacional, mesmo havendo a presença de policial militar. A responsabilidade pela omissão foi imputável ao poder público na medida em que sua atuação diligente sobre o dever de prestar efetivo serviço de segurança teria sido capaz de elidir os danos causados à professora.

No que se refere aos fatos da natureza, o acontecimento natural causa dano que o Estado deixara de impedir, mesmo devendo fazê-lo. É o que se verifica em caso de omissão do poder público quanto a prestação dos serviços de manutenção do curso hídrico de riacho, o qual veio a transbordar em decorrência de fortes chuvas, ocasionando o alagamento das residências adjacentes.<sup>409</sup> O Estado não será responsabilizado pela ocorrência do evento natural, mas sim pelo dano originado.

Podemos compreender a culpa anônima também como culpa do serviço (*faute du service*), porquanto caracterizada pela falta na prestação do serviço estatal, quando este não funcionou, funcionou mal ou funcionou, porém atrasado.<sup>410</sup> Justamente essas faltas consubstanciam o comportamento proibido ou o desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais exigidos pelo ordenamento, resultando na transgressão

403 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1029-1030.

404 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1029.

405 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1029-1030.

406 CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 367.

407 CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 367.

408 Vide STF, RE 633138 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 04/09/2012.

409 Vide STF, ARE 1081178/RS. Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgado em 20/10/2017.

410 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1019.

do direito.<sup>411</sup>

Nas situações expostas é possível conceber, portanto, a ideia de que o descumprimento do dever legal de agir do Estado integra o pressuposto do nexo de causalidade, necessário à imputação da responsabilidade subjetiva.<sup>412</sup> Se ausente, por óbvio, não há como responsabilizá-lo.

A título de exemplo, imaginemos o caso da queda de árvore em cima de automóvel estacionado em via pública.<sup>413</sup> Será possível imputar a responsabilidade ao poder público, se o descumprimento do dever de conservação e manutenção da arborização em área pública foi condição para ocorrência do sinistro, ou seja, se a falha na prestação do serviço concorreu para o dano. Se o Estado, por sua vez, demonstrar que se valeu das precauções exigidas pela lei, mediante a comprovação da periodicidade da manutenção da via pública e que, a despeito disso, o sinistro aconteceria, então não haverá que lhe atribuir a responsabilidade.

Impende destacar, por relevante, a explicação de Marçal Justen Filho<sup>414</sup> acerca do tema. A própria omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida e, assim, imprime o elemento subjetivo necessário à imputação da responsabilidade ao Estado. Por isso, não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica quando da ação ou omissão causadora do dano, pois o elemento subjetivo se manifesta justamente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.

## 7.5. O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O AGENTE PÚBLICO.

Ao final do art. 37, §6º, encontramos a relação jurídica deduzida entre o Estado e o agente público, no qual que se lê: “[...] assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o direito de regresso é protetor do interesse do Estado”.<sup>415</sup> Assegura-lhe a possibilidade de cobrar do agente público o montante pago ao lesado a título de indenização, mediante a comprovação de que o preposto causador do dano agiu com dolo ou culpa.

Indispensáveis, portanto, os seguintes requisitos para persecução desse direito em ação regressiva: a condenação do Estado ao pagamento de indenização a terceiro por ato lesivo de seu preposto e o comportamento eivado de dolo ou culpa do agente público.

Consoante José dos Santos Carvalho Filho, o interesse de agir somente surge se o Estado já tiver pago a indenização ao lesado, momento quando efetivamente ocorre o prejuízo ao erário e dá ensejo ao direito de regresso.<sup>416</sup>

## 7.6. A REPARAÇÃO DO DANO.

O terceiro, uma vez lesado pelo ente estatal, para obter o ressarcimento que lhe cabe, pode valer-se da via administrativa ou de ação judicial.

Optando pela via administrativa, o lesado irá formular seu pedido indenizatório perante o órgão competente da pessoa jurídica civilmente responsável, de modo que, assim, dará ensejo à formação do seu processo administrativo, estando assegurado o contraditório e havendo a possibilidade de produção de provas e de manifestação dos interessados.<sup>417</sup> Não é o meio mais comum para persecução do direito de reparação do dano, ante aos inúmeros entraves apresentados pelo Poder Público, mas, sobretudo, devido à condição imperativa de haver acordo acerca

411 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1021.

412 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 939.

413 Sobre o tema, no STF encontramos: AI 830461 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011 e AI 850063 AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013.

414 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., cap. 18, p. 11.

415 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., 1055.

416 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 589-590.

417 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 582-583.

do valor da indenização.<sup>418</sup>

Na falta deste, caberá ao lesado perseguir judicialmente a tutela do seu direito, por meio de ação de indenização, sob o rito do procedimento comum, conforme art. 318, CPC<sup>419</sup>. A competência será do juízo federal, se o polo passivo for composto pela União, por empresa pública ou por entidade autárquica federal (art. 109, I, CRFB) e será do juízo estadual, se o ente for de outra natureza, observado o Código de Organização Judiciária local.<sup>420</sup> A depender do valor da causa, pode ser atraída a competência dos Juizados Especiais Federais ou nos Juizados Especiais da Fazenda Pública.<sup>421</sup>

Cumpra, por oportuno, mencionarmos algumas indagações relativas ao sujeito passivo da lide. Não restam dúvidas no que se refere a legitimidade passiva do Estado perante o terceiro autor da ação para responder pelos danos causados por seus agentes. Todavia, as inquietações surgem quando se questiona a possibilidade de o terceiro lesado propor ação diretamente contra o agente público.<sup>422</sup>

A despeito de haver entendimento doutrinário<sup>423</sup> de que a ação pode sim ser proposta diretamente em face do agente público, a compreensão que vem prevalecendo na jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores consiste na impossibilidade de a vítima ajuizar ação em face do agente público. Inclusive, em recente julgamento do RE 1.027.633/SP<sup>424</sup>, o STF, em sede repercussão geral, fixou a Tese 940, da qual se lê: “A teor do disposto no art. 37, §6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora do serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, consagrando o posicionamento.

Ainda, outro ponto controverso na literatura jurídica diz respeito à possibilidade de o ente estatal responsável denunciar à lide o agente público causador do dano.

Quando invocamos o CPC para o deslinde do impasse, encontramos a regra do art. 125, II, CPC/2015 (correspondente ao art. 70, I, CPC/1973), cuja disposição prevê a admissibilidade da denúncia da lide, promovida por qualquer uma das partes, daquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo, o que parece abarcar todos os casos de ação regressiva, incluindo a do Estado contra seu agente.

Ainda compondo o arcabouço argumentativo para defender a aplicação dessa modalidade de intervenção de terceiro, a apuração da responsabilidade do agente nos mesmos autos da ação de indenização contra o Estado prestigiaria a economia processual e evitaria a prolação de decisões conflitantes. Ademais, a recusa do manejo dessa ferramenta poderia cercear um direito da Administração.<sup>425</sup>

Em contrapartida, descaberia a aplicação do instituto, tendo em vista que implicaria combinar no mesmo processo a responsabilidade objetiva do Estado, com elementos inerentes à responsabilidade subjetiva do seu agente. Daí decorreriam prejuízos para o autor do processo, retardando injustificadamente o trâmite, por haver outro conflito intersubjetivo de interesses entre o Estado e seu funcionário, o qual não guarda pertinência com o direito da vítima de obter o ressarcimento que lhe cabe.<sup>426</sup> É o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Nesse sentido, acresce José dos Santos Carvalho Filho que, no seu entender, o art. 122, § 2º, da Lei nº

418 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 974.

419 CPC-2015. “Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.”

420 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 583.

421 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 583.

422 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 821.

423 Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Rafael Carvalho de Rezende, Fernanda Marinela.

424 “Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. RÉU. AGENTE PÚBLICO. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. ADMISSÃO NA ORIGEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVIMENTO.” (RE 1027633, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 14/08/2019, DJe 06/12/2019).

425 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 371.

426 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 1058.

8.112/1990<sup>427</sup>, embora não seja de extrema clareza, supõe a ação regressiva como autônoma, diversa da ação que a vítima demandou o Estado.<sup>428</sup>

Haveria, assim, atraso no deslinde da causa com o ingresso de mais um sujeito na relação processual e inge-  
rência de um fundamento novo na demanda principal.<sup>429</sup> Afinal, Estado precisaria demonstrar a culpa ou dolo do  
agente para introduzi-lo na lide, o que importaria em ampliação do conjunto probatório e procrastinaria o feito.<sup>430</sup>

No âmbito da jurisprudência, a posição do STJ é assente no sentido de que, nas ações indenizatórias por  
responsabilidade objetiva do Estado, não é obrigatória a denunciação da lide.<sup>431</sup> Somente será obrigatória, nos casos  
de perda do direito de regresso.<sup>432</sup>

## 7.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 14<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, livro eletrônico.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, livro eletrônico.

427 Lei 8.112/1990. “Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. § 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.”

428 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27<sup>a</sup>. São Paulo: Atlas, 2014, p. 587.

429 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, cit., p. 370.

430 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, cit., p. 978.

431 Citamos os recentes julgados do STJ, a título de exemplo: REsp 1755103/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 27/11/2018; AgInt no REsp 1514462/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017; AgInt no AREsp 913.670/BA, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 14/09/2016.

432 Nesse sentido, os seguintes julgados do STJ: AgInt no AREsp 1286782/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/10/2018, DJe 08/10/2018; AgRg no AREsp 481.545/PE, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 30/05/2014; REsp 1666024/BA, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017.



# CAPÍTULO 8 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: CAUSAS DE EXCLUSÃO TOTAL OU PARCIAL DA RESPONSABILIDADE E DANO MORAL E PATRIMONIAL.

*Andrey Rossi Oliveira*

**SUMÁRIO:** 8.1. Considerações introdutórias. 8.2. Excludentes da responsabilidade civil do Estado. 8.2.1 Causas concorrentes. 8.2.2 Caso fortuito e força maior. 8.2.3 Conduta de terceiros. 8.2.4 Conduta da vítima. 8.3. Dano moral e patrimonial. 8.3.1 Danos materiais. 8.3.2 Danos morais. 8.3.3 Perda de uma chance. 8.4. Referências Bibliográficas.

## 8.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

Consoante destacado em capítulo anterior, não se sustenta no Direito brasileiro a tese de que o Poder Público está imune à responsabilização civil em razão de atos comissivos ou omissivos atribuídos a seus agentes que produzam danos a terceiros, violando os direitos destes. Assim, restando presentes os requisitos necessários, o Estado, bem como os demais prestadores de serviços públicos, poderão ser responsabilizados a reparar os danos causados.

Sendo assim, também podemos concluir que, inexistindo ainda que apenas um dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, esta não se operará. Logo, no tocante à responsabilidade extracontratual objetiva disposta no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, deverão restar configurados o dano, o fato administrativo (a conduta do agente do Estado) e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Ausente um destes, o Estado não será responsabilizado civilmente.<sup>433</sup>

Apesar de a doutrina e jurisprudência não serem pacíficas quanto à natureza da responsabilidade civil do Estado nos casos de conduta omissiva do ente público, a divergência não infirma a afirmação acima. Independente de se adotar o entendimento de que a responsabilização nessas hipóteses deve ser subjetiva (pela aplicação da teoria da culpa administrativa) ou objetiva, a ausência de qualquer de seus pressupostos é suficiente para afastá-la. A diferença reside em termos conceituais, dado que, sendo subjetiva, também se configura como pressuposto a culpa anônima, cuja inexistência é suficiente para excluir a responsabilização, enquanto na objetiva a comprovação do exercício adequado do dever jurídico pelo Poder Público será o bastante para obstar ao direito de indenização contra o Estado.

Isso posto, existem determinadas situações que, caso ocorram, excluem total ou parcialmente o nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, geralmente denominadas pela doutrina como excludentes de responsabilidade civil. Essas situações serão analisadas no tópico a seguir.

433 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, págs. 377 e 378. No mesmo sentido, conferir MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1069.

## 8.2. EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Antes de serem apontadas as hipóteses de excludentes do nexo de causalidade, se faz necessário realizarmos algumas observações. Em primeiro lugar, Matheus Carvalho demonstra que a responsabilidade civil pressupõe a concorrência de seus três elementos configuradores, quais sejam, o dano, o fato administrativo e o nexo causal. Assim, o autor ressalta que a ausência de qualquer desses componentes afasta a responsabilização do Estado e, logo, não seria adequado restringir o uso da expressão “excludentes de responsabilidade” ao caso fortuito, força maior e culpa exclusiva da vítima, hipóteses comumente citadas pela doutrina como interruptivas do nexo de causalidade. Estas seriam apenas exemplos de excludentes, e não abarcariam de modo completo o rol de situações que podem levar à exclusão da responsabilidade estatal.<sup>434</sup>

Destarte, concordamos com a opinião apresentada pelo jurista, posto que a ausência de simplesmente um pressuposto fundamental à existência da responsabilidade civil obsta à sua configuração, independentemente de tal elemento ausente ser o nexo de causalidade, o dano ou o fato administrativo. Portanto, no presente capítulo o uso da expressão “excludentes de responsabilidade” será utilizada em sentido amplo, abarcando a inexistência de qualquer dos elementos citados, enquanto a expressão “excludentes do nexo causal” será aplicada apenas quanto às hipóteses de interrupção ou inexistência do nexo de causalidade.

Demais disso, relembramos que uma parcela da doutrina e jurisprudência sustenta a aplicação em algumas hipóteses da teoria do risco integral no direito brasileiro. Sem entrar em uma discussão detalhada quanto à quais situações podem ou não admitir a aplicação dessa teoria, posto que tratadas em capítulo próprio, quadra frisar que são afastadas todas as excludentes do nexo de causalidade nos casos em que a teoria eventualmente seja adotada, pois, em tais casos, o liame causal decorre da própria norma.<sup>435</sup>

Realizadas essas considerações, passamos à análise das excludentes da responsabilidade civil, sendo a primeira delas a ausência de dano. Nesse diapasão, cabe frisar que não é qualquer prejuízo causado a terceiros que pode ensejar a responsabilização cível do Estado. Em linhas gerais, o dano indenizável deve ser jurídico, certo e não ter sido reparado espontaneamente pelo lesado antes de sua exigibilidade em juízo, bem como, em algumas hipóteses, ser anormal e especial. Contudo, reservamos a explicação sobre cada uma de tais características no tópico 3 deste capítulo, referente aos danos materiais e morais.

Em seguida, no tocante ao fato administrativo, inexistindo conduta atribuída ao Estado que produza danos passíveis de indenização, ou, existindo, o agente público não a tenha efetuado no exercício da função pública, não há que se falar em responsabilização do Poder Público.<sup>436</sup> É o que se extrai do disposto no §6º do art. 37 da CRFB/1988, ao dispor que “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” (grifo nosso).

Como exemplo, podemos vislumbrar a situação em que um servidor público, conduzindo veículo próprio em alta velocidade, em um dia de folga, abalroa automóvel de outrem que estava parado em um semáforo fechado. Em tal caso hipotético, apesar de o causador do dano ser agente público, este não estava no exercício da função pública e, portanto, a responsabilidade civil a ser apurada não poderá recair sobre o Poder Público. Haverá responsabilização, mas restrita ao motorista imprudente culpado pela lesão.

Finalmente, existem ainda as situações em que a relação de causalidade entre o fato administrativo e o dano é rompida ou inexistente, que denominamos de “excludentes do nexo causal”. Essas hipóteses são diretamente relacionadas pela doutrina como causas de exclusão da responsabilidade civil do Estado, conforme ressaltado anteriormente. Assim, caso o Poder Público prove que a ocorrência de um dano não teve como origem a conduta estatal, poderá

434 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 351. No mesmo sentido, conferir MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, págs. 1069 e 1070.

435 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 346.

436 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 351. Em sentido similar, conferir OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1139.

afastar a responsabilização.<sup>437</sup>

Dito isso, a ciência jurídica diverge quanto às situações que possuem o condão de romper o nexo de causalidade, sendo apontadas como principais excludentes o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa exclusiva de terceiro. Esses institutos serão tratados nos subtópicos a seguir. Antes, porém, será apresentada a questão das causas concorrentes, que trazem importantes repercussões na fixação da indenização decorrente da responsabilidade civil.

## 8.2.1 CAUSAS CONCORRENTES.

A depender da situação, mais de um fator pode ser determinante para a ocorrência de um fato e a consequente lesão a um direito. Em tais circunstâncias, é possível concluir que a simples presença de uma hipótese de excludente do nexo causal em concorrência com o fato administrativo não importará necessariamente na exclusão total da responsabilidade do Estado.

Desse modo, evidenciado no caso concreto que o Poder Público contribuiu para a produção de um resultado lesivo, ainda que este tenha ocorrido pelo conjunto de outros fatos não imputáveis ao Estado, a responsabilização não será afastada. Haverá, porém, a atenuação do valor da indenização, a ser fixado proporcionalmente ao grau de participação do agente público no resultado danoso. Em outras palavras, a responsabilização civil será excluída apenas parcialmente.<sup>438</sup>

Conforme explica Fernanda Marinela, se faz necessário “verificar, em qualquer caso, se a lesão foi ou não determinada pelo comportamento do Estado.”<sup>439</sup> Assim, se a conduta do Poder Público não for determinante para a ocorrência do dano, o dever de indenizar será afastado por completo. Por outro lado, se o fato administrativo for determinante, a responsabilidade subsiste, porém a indenização deverá ser reduzida proporcionalmente.<sup>440</sup>

Em que pese ser comum relacionar a exclusão parcial da responsabilidade à configuração da culpa concorrente da vítima, há que se reconhecer que o tema não se limita apenas a essa hipótese de excludente do nexo causal. Assim, a doutrina versa sobre a matéria de modo mais amplo, tratando sobre a mitigação do dever de indenizar do Estado ainda quando a conduta do agente público concorrer com a força maior, o caso fortuito ou a conduta de terceiros.

Entretanto, o posicionamento de cada autor sobre as hipóteses que excluem parcialmente a responsabilidade do Poder Público depende do que o jurista entende se constituir como causa excludente do nexo causal, seja para ampliar ou reduzir as situações capazes de mitigar o dever de indenizar.

Portanto, em resumo, na ocorrência de causas concorrentes para a produção de um dano, a indenização a ser paga pelo Estado será fixada com lastro no posicionamento doutrinário adotado quanto às excludentes do nexo de causalidade e no grau de participação do Poder Público na formação do resultado lesivo.

## 8.2.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR.

Não há consenso na doutrina sobre a diferenciação e definição do caso fortuito e da força maior. Uma das conceituações possíveis é a apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que entende ser a *força maior* o “acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”, enquanto que o *caso fortuito* se configuraria “nos casos em que o dano seja decorrente de ato humano ou de falha da Administração; quando se rompe, por exemplo, uma adutora ou um cabo elétrico, causando dano a terceiros.”<sup>441</sup>

437 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, pág. 378. No mesmo sentido, conferir CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 345; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 896.

438 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1143.

439 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1070.

440 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1070. Em sentido similar, conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 896.

441 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 896. Conceituação similar é sustentada por Sílvio Luís Ferreira da Rocha, conforme é possível conferir em ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013, pág. 751.



Contudo, o conceito definido por um autor para definir o caso fortuito pode ser o mesmo adotado por outro jurista para descrever a força maior, e vice-versa.<sup>442</sup> Ademais, o parágrafo único do art. 393 do Código Civil de 2002 não diferencia os atributos de cada instituto, abarcando-os sob a característica comum da inevitabilidade<sup>443</sup>, dispondo que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

Em razão disso, parcela significativa da doutrina não faz uma distinção rígida entre as duas figuras, dado que, na prática, seus efeitos são os mesmos: a exclusão do nexos causal e, conseqüentemente, da responsabilidade civil.

Destarte, dentre os autores que se posicionam pela possibilidade de exclusão do nexos causal tanto pela ocorrência do caso fortuito como da força maior, citam-se Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>444</sup>, Odete Medauar<sup>445</sup>, Matheus Carvalho<sup>446</sup>, Marçal Justen Filho<sup>447</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>448</sup>, Diogo Figueiredo Moreira Neto<sup>449</sup> e Sílvia Luís Ferreira da Rocha<sup>450</sup>.

Atento à problemática da distinção entre os institutos, José dos Santos Carvalho Filho os agrupa como “fatos imprevisíveis”, tendo em vista a identidade de seus efeitos. Ademais, o autor afirma que a produção do evento danoso decorrente da concorrência entre um fato imprevisível (caso fortuito ou força maior) e a conduta comissiva ou omissiva culposa do Estado não exclui completamente a responsabilidade civil, mas importa em sua mitigação.<sup>451</sup>

De acordo com Marçal Justen Filho, o caso fortuito e a força maior permitem o afastamento da responsabilização cível do Poder Público apenas se este nada poderia ter feito para impedir o evento lesivo. Nas palavras do autor, “a responsabilidade do Estado é afastada porque o dano não poderia ser evitado mesmo com a adoção de todas as cautelas derivadas do dever de diligência a ele imposto”.<sup>452</sup> Demais disso, o jurista sustenta que, havendo o exercício regular do direito pelo agente público dentro dos parâmetros definidos normativamente, “presume-se que o dano derivou ou de culpa exclusiva de terceiro ou de caso fortuito ou força maior”, isentando o Estado do dever de indenizar.<sup>453</sup>

Seguindo a mesma corrente doutrinária, Matheus Carvalho elenca a força maior e o caso fortuito como excluídos do nexos de causalidade. Entretanto, o autor também explica que nas hipóteses em que o Estado cria um grande risco de acarretar um dano a terceiros, como no caso da guarda de pessoas ou coisas, o Poder Público deverá responder se restar configurado um fortuito interno (caso fortuito), sendo excluída a responsabilidade na hipótese de fortuito externo (força maior). Dessa forma, a responsabilização ficará condicionada à demonstração de que o fato administrativo se constituiu como condição sem a qual o dano não teria ocorrido.<sup>454</sup>

Em sentido diverso, com lastro na definição supracitada dos institutos em análise, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que o caso fortuito não teria o condão de excluir o nexos causal, pois o dano poderia ser atribuído à conduta estatal. Além disso, a autora também afirma que, no caso da força maior, esta não exclui a responsabilidade civil do Poder Público se ficar comprovada a omissão no fornecimento do adequado serviço público. Nessa última situação, a responsabilidade não seria mais objetiva, pois, de acordo com a autora, aplicar-se-ia ao caso a

---

442 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 181 e 182.

443 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 441.

444 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, págs. 1142 e 1143.

445 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, págs. 371 e 372.

446 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 351.

447 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1349.

448 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, págs. 379 e 380.

449 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 651.

450 ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013, pág. 751.

451 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, págs. 379 e 380.

452 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1349.

453 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1349.

454 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, págs. 348 e 349.

teoria da culpa do serviço público.<sup>455</sup>

De modo similar, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que a invocação da força maior “é relevante apenas na medida em que pode comprovar ausência de nexo causal entre a atuação do Estado e o dano ocorrido.”<sup>456</sup> Logo, o Estado somente não responderá se provar que não contribuiu para a produção do dano. Ademais, o jurista sustenta ainda que o caso fortuito não é capaz de excluir o nexo de causalidade e afastar a responsabilização civil do Estado, dado que se caracteriza como falha no exercício do serviço público, ensejando o dever de indenizar.<sup>457</sup>

### 8.2.3 CONDOTA DE TERCEIROS.

A excludente da conduta ou fato de terceiros se refere à hipótese em que um terceiro, isto é, pessoa sem vínculo jurídico com o Estado, contribui ou é o único responsável por causar um dano a outrem. Nessa situação, novamente se faz necessário analisar até que ponto há nexos de causalidade entre o ato de terceiro e o fato administrativo na produção do evento lesivo. Assim, a responsabilização civil do Poder Público somente será elidida completamente se a conduta do terceiro for a causa exclusiva do prejuízo.<sup>458</sup>

Consoante afirma Marçal Justen Filho, nesse caso a responsabilização civil do Estado exige a existência de um dever de diligência especial, consistente em tomar as medidas necessárias para impedir a concretização do dano. Caso assim não faça, a responsabilização terá como fundamento sua conduta omissiva. Em contrapartida, inexistindo tal dever especial, e cumpridas as normas de diligência imputadas ao Estado, este não deverá ser responsabilizado.<sup>459</sup>

Dois dos principais exemplos apontados pela doutrina como passíveis de se verificar a excludente em análise são a ação de multidões (passeatas ou tumultos)<sup>460</sup> e de criminosos<sup>461</sup> que provoquem o evento lesivo. Em tais situações, há de se aferir se o Poder Público empreendeu os esforços necessários (e razoavelmente exigíveis)<sup>462</sup> para evitar a ocorrência do dano ou atenuar os prejuízos, em conformidade com o dever legal de agir que lhe é imposto, ou se houve omissão injustificada. Se o Estado poderia ter evitado o resultado lesivo ou, ao menos, mitigado o dano, mas não o fez, resta evidente que existe nexos de causalidade entre o fato administrativo (caracterizado, no caso, pela omissão estatal) e o dano. Portanto, a conduta de terceiros, nessa situação, será capaz de excluir apenas parcialmente a responsabilização civil do Estado.<sup>463</sup>

Cabe destacarmos que há casos em que o ordenamento jurídico afasta expressamente a aplicação da excludente da conduta de terceiros. Sobre a questão, Di Pietro demonstra que o Código Civil de 2002 limita as hipóteses em que o fato de terceiro pode elidir o nexos de causalidade. Por exemplo, a leitura do *caput* do art. 930 c/c art. 188, inciso II, permite compreender que não é afastada a responsabilidade do autor do dano que agir em estado de necessidade, mas lhe será conferido o direito de regresso contra o terceiro culpado pelo evento lesivo.<sup>464</sup>

Ademais, quanto ao tema do transporte de pessoas, a Súmula 187 do Supremo Tribunal Federal estipula que “a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.” Posteriormente, o atual Código Civil encampou o entendimento do STF em seu art. 735, prevendo regra idêntica, aplicável também às empresas de transporte em regime de autorização, permissão ou concessão, nos termos do art. 731 do CC/2002.<sup>465</sup> Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a

455 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 896.

456 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 1041.

457 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, págs. 1041 e 1042.

458 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 435.

459 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1349.

460 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, págs. 347 e 348.

461 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1142.

462 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 350.

463 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, pág. 380. Em sentido similar, conferir BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 1041.

464 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 897.

465 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018, págs. 897 e 898.

norma tem como fundamento a natureza da obrigação de transporte, que é de resultado, no qual o transportador se obriga (ainda que de modo implícito, dado a inexigibilidade de cláusula expressa nesse sentido) a efetivamente levar em segurança o passageiro até o destino combinado.<sup>466</sup>

### 8.2.4 CONDUTA DA VÍTIMA.

Em determinadas situações, a própria vítima do evento danoso é a responsável pela ocorrência do prejuízo ou contribui para a produção do resultado. Nesse quadro, sendo o sujeito atingido o único responsável pelo dano, restará configurada a excludente da conduta da vítima.<sup>467</sup> Afinal, inexistindo o nexo causal entre a conduta comissiva ou omissiva do Estado e a lesão, não se configura a responsabilidade civil do Estado.<sup>468</sup>

O exemplo usualmente apontado pelos juristas no tocante à excludente em tela é a tentativa de suicídio. Se um indivíduo, buscando cessar sua vida, se lança sobre um automóvel do Estado em movimento, evidentemente que o Poder Público não poderá ser responsabilizado, pois o agente público foi apenas um instrumento para que o suicida atingisse o resultado pretendido.<sup>469</sup>

Fato é que, muitas vezes, a conduta da vítima não é o único fator que ocasiona ao prejuízo, mas concorre com o fato administrativo na ocorrência do evento lesivo. Quanto ao ponto, Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra que, verificada a produção de um dano decorrente da concorrência entre a ação do Estado e a conduta da vítima, não ocorrerá a exclusão da responsabilidade estatal, mas a redução do *quantum* indenizatório, cuja estipulação dependerá do grau de participação de cada envolvido na produção da lesão.<sup>470</sup>

Atualmente, o Código Civil de 2002 prevê a fixação da indenização proporcional ao grau de culpa de cada envolvido, conforme prevê seu art. 945, *in verbis*: “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.”

Importa ainda ressaltarmos que a matéria também abarca a situação na qual o Estado possui o dever legal de agir para evitar a produção do dano. Podemos realizar essa constatação ao analisarmos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>471</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>472</sup> sobre a responsabilização estatal decorrente do suicídio de presidiário. Nesse respeito, ao Estado é imposto pelo ordenamento jurídico o dever de zelar pela integridade física e a vida dos detentos, posto que estão sob sua guarda. Logo, se ficar comprovado que o Poder Público deixou de observar a determinação normativa e, por ação ou omissão, contribuiu para a consumação do suicídio, será responsabilizado pela morte do preso. No entanto, conforme sustenta Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o Estado poderá ser eximido do dever de indenizar se provar que o evento era imprevisível e inevitável.<sup>473</sup>

## 8.3. DANO MORAL E PATRIMONIAL.

Sendo um de seus pressupostos, o estudo do dano se faz imprescindível para a adequada compreensão da

466 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 187.

467 O uso da expressão “conduta da vítima” em vez da expressão usual “culpa da vítima” no presente capítulo se justifica por concordarmos com a observação realizada por Odete Medauar, demonstrando que nem sempre a vítima atua com dolo ou culpa em sentido estrito ao contribuir para a ocorrência do dano. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pág. 372).

468 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pág. 651. Em sentido similar, verificar ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013, pág. 752.

469 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 433. Em sentido similar, conferir GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 184.

470 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 1041. Em sentido similar, conferir JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1346; e ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013, pág. 752.

471 Entendimento consubstanciado nas teses 9 e 10 da edição 61 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça.

472 Vide julgamento de Repercussão Geral pelo Tribunal Pleno no RE 841.526/RS.

473 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1142.

matéria relativa à responsabilização civil do Estado (incluindo a responsabilidade extracontratual, analisada no presente capítulo) e o conseqüente direito à indenização pela vítima.

Importa ressaltarmos que a lesão deve reunir algumas características para ser indenizável. Segundo explicitado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o dano passível de indenização: a) não pode ter natureza meramente econômica, mas deve apresentar caráter *jurídico*, isto é, corresponder à lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito, do qual a vítima faz jus;<sup>474</sup> b) ser *certo*, ou real, no que tange à sua existência e a possibilidade de sua quantificação, podendo ser atual ou futuro;<sup>475</sup> e c) deve *subsistir* quando for exigido em juízo, ou seja, não deve haver reparação ou ressarcimento espontâneo prévios pelo causador da lesão.<sup>476</sup>

Ademais, alguns doutrinadores demonstram que em se tratando de danos decorrentes de atividade lícita do Estado, também se exige que o dano seja anormal e especial. O dano anormal se constitui como a lesão que ultrapassa os agravos patrimoniais normais do cotidiano, e o dano especial diz respeito à ofensa específica a um ou alguns indivíduos, sem ser genérico.<sup>477</sup>

Para melhor compreensão sobre o que se constitui o dano jurídico, uma das características necessárias do dano indenizável, citamos um exemplo apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, no qual a Administração Pública realiza a mudança de uma escola pública, de um museu, de um teatro, de uma biblioteca etc. de um local para outro para atender ao interesse público. Em que pese os comerciantes e demais profissionais que exercem suas atividades na primeira localidade sofrerem um prejuízo econômico em razão da transferência do(s) estabelecimento(s), dada a diminuição da clientela, não houve, nesse caso, dano jurídico, posto que atingidos apenas interesses econômicos. Não ocorreu o “agravo a um direito” dos afetados. Logo, não há fundamento suficiente para responsabilizar civilmente o Estado pelo prejuízo.<sup>478</sup>

Feitas essas observações, quadra frisarmos que o dano nem sempre atingirá o patrimônio economicamente quantificável do prejudicado, mas poderá lesionar outros aspectos de seu arcabouço jurídico.<sup>479</sup> Assim, a ciência jurídica costuma dividir o dano indenizável em duas categorias: danos materiais e danos morais.<sup>480</sup>

De acordo com Marçal Justen Filho, “as regras pertinentes à indenização não apresentam maior peculiaridade em face do direito administrativo. Aplicam-se os princípios e as regras de direito comum, seja no tocante ao dano material ou ao dano moral.”<sup>481</sup> E, conforme aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, a previsão constitucional referente ao direito à indenização por danos materiais e morais não distingue se o causador do dano é pessoa de Direito Público ou de Direito Privado.<sup>482</sup>

Portanto, passaremos nos subtópicos a seguir a uma explicação mais detalhada sobre os institutos em análise, notadamente quanto às suas espécies, exemplos de aplicação e o respectivo regime de juros e correção monetária aplicável em cada caso. Além disso, trataremos brevemente sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso de responsabilização civil do Estado.

474 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 91. Em sentido similar, conferir CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, págs. 343 e 344; e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, págs. 1036 e 1037.

475 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 90 e 91. No mesmo sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 1038; e MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1066.

476 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 91.

477 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, págs. 1066 e 1067. Na mesma seara, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 1057.

478 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, págs. 1037 e 1038.

479 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 88 e 89.

480 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1139.

481 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1355.

482 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012, pág. 1038.

### 8.3.1 DANOS MATERIAIS.

Os danos materiais, consistentes na diminuição auferível do patrimônio economicamente apreciável do ofendido,<sup>483</sup> normalmente são divididos em duas subespécies: o dano emergente e os lucros cessantes. Nos termos dos arts. 402 do Código Civil vigente, o dano emergente se refere ao que a vítima “efetivamente perdeu”, e os lucros cessantes compreendem o que o sujeito lesado “razoavelmente deixou de lucrar”, ambos decorrentes direta e imediatamente da conduta do responsável pela lesão.

Revisitando exemplo anteriormente proposto, suponhamos que um servidor público, agora no exercício de suas funções, imprudentemente atinja o automóvel de outrem, pertencente a um motorista que trabalha com transporte de pessoas por intermediação de aplicativo, ocasionando danos ao motor do carro da vítima e tornando impossível a utilização do veículo sem que seja efetuado seu conserto. Em razão do ocorrido, é possível constatar a diminuição do patrimônio material economicamente auferível do ofendido em dois aspectos: o valor que despenderá com o reparo do veículo, incluídas as quantias para conserto do motor e da carroceria, pintura etc. (dano emergente) e a remuneração que deixará de receber por não poder exercer sua profissão no período em que o automóvel ficar indisponível para o labor (lucros cessantes). Logo, o Estado poderá ser responsabilizado a reparar a vítima quanto aos dois tipos de prejuízo.

Questão de suma importância diz respeito à fixação do valor da indenização. Nos termos do *caput* do art. 944 do CC/2002, “a indenização mede-se pela extensão do dano.” Logo, faz-se necessário demonstrar o prejuízo suportado pela pessoa lesada, posto que o ressarcimento, nesse caso, visa retornar o ofendido à situação anterior ao dano, como se este não houvesse ocorrido.<sup>484</sup>

A quantificação dos danos emergentes não costuma causar muitos problemas, dado ser relativamente fácil auferir a efetiva diminuição patrimonial. Todavia, não se pode dizer o mesmo quanto aos lucros cessantes, pois se referem a lesão que atinge a expectativa de um lucro futuro. Assim, o prejuízo deverá ser comprovado em juízo por meio de instrução probatória, demonstrando que a expectativa frustrada de lucro teve como causa direta e imediata a conduta lesiva.<sup>485</sup>

Definido o valor do dano material, a depender da situação o *quantum* indenizatório deverá abarcar ainda os juros moratórios e a correção monetária.<sup>486</sup> No caso da responsabilização do Estado fundada no art. 37, §6º, da CRFB/1988, a lesão deve ser de natureza extrapatrimonial. Assim, os juros da mora serão calculados a partir do evento danoso, em observância à Súmula 54 do STJ e art. 398 do CC/2002 (esse último, no caso de atos ilícitos). Com respeito à correção monetária, o Tribunal entende que a quantia deverá ser corrigida a partir da data da lesão, com lastro na Súmula 43 da Corte Infraconstitucional.<sup>487</sup>

Ainda nesse respeito, segundo teses firmadas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, não é possível aplicar o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) nas condenações da Fazenda Pública quando os débitos se originarem de relação jurídico-tributária, quanto aos juros de mora, ou em qualquer caso, no tocante à correção monetária. De acordo com o STJ, nas condenações judiciais relativas a servidores e empregados públicos, bem como nas de natureza administrativa em geral, proferidas após a vigência da Lei 11.960/09, deverão ser observados os seguintes índices: para a correção monetária, o IPCA-E; para os juros moratórios, o índice de remuneração da caderneta de poupança.<sup>488</sup>

Em que pese a compensação pelo dano normalmente ser obtida pelo pagamento de valor em pecúnia, nem sempre a responsabilização civil do Estado necessariamente importará no pagamento de indenização em dinheiro,

483 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 92.

484 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1355.

485 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 92-94.

486 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, pág. 386.

487 Vide decisão do AgInt nos EDcl nos EREsp 1.312.355/MS.

488 Vide julgamentos do RE 870.947 e do REsp nº 1.492.221/PR.

seja porque esta não seria suficiente, seja porque não seria o meio mais adequado para compensar a lesão. Assim, admite-se a imposição do cumprimento de obrigação de fazer ou ainda a estipulação de outra medida atípica, objetivando ressarcir o prejuízo de modo mais efetivo.<sup>489</sup>

### 8.3.2 DANOS MORAIS.

Por muito tempo, a questão relativa à definição do conceito de danos morais tem recebido diferentes concepções na doutrina nacional e estrangeira. Assim, para os juristas que optam pela corrente ampliativa, o dano moral seria caracterizado como qualquer lesão de caráter não patrimonial. Outros autores, adotando tese restritiva, entendem que tais danos se constituem como a ofensa a determinados direitos intrínsecos à pessoa, denominados de direitos da personalidade. E, ainda, há posicionamento no sentido de identificar o dano com base nos efeitos que gera no indivíduo, quais sejam, a dor, sofrimento e angústia.<sup>490</sup>

Para parcela significativa da doutrina, os danos morais consistem na lesão a bens jurídicos personalíssimos da pessoa, verificados nos prejuízos suportados na esfera íntima ou subjetiva do indivíduo. Nessa toada, citamos Fernanda Marinela<sup>491</sup>, Matheus Carvalho<sup>492</sup>, José dos Santos Carvalho Filho<sup>493</sup> e Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>494</sup>.

Assim, oportuno apontar a definição apresentada por Fernanda Marinela para conceituar os danos morais. De acordo com a autora, o dano moral atinge a vítima tanto em seu aspecto pessoal, “atingindo a intimidade, a honra, as afeições ou um segredo”, como no tocante à vida do afetado em sua relação com a coletividade, “como, por exemplo, a reputação, o conceito que a sociedade forma de determinada pessoa, a consideração ou, ainda, a identificação.”<sup>495</sup>

Demais disso, consoante explica Flávio Tartuce, o dano poderá atingir terceiros de modo reflexo, ou seja, a lesão a um indivíduo ou coisa pode repercutir em outrem, gerando para este o direito à indenização por dano moral. É o que ocorre, por exemplo, no caso de homicídio de uma pessoa da família. Nessa situação, em que pese de a vítima da lesão ser o sujeito assassinado, sua morte repercute nos demais membros da família, que poderão pleitear uma reparação à título de danos morais contra o ofensor.<sup>496</sup>

No quadro jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça se filia à corrente que define o dano moral como aquele que lesa um direito da personalidade do indivíduo. Exemplificando, restou decidido pela Terceira Turma do Tribunal no julgamento do REsp 1.032.014/RS que “o dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro.”<sup>497</sup> E, em outra ocasião, a Corte Infraconstitucional também afirmou que o dano moral corresponde à ofensa de bens jurídicos personalíssimos tanto em seu caráter afetivo (honra subjetiva) como no aspecto social (honra objetiva).<sup>498</sup>

Dito isso, não é qualquer desconforto que poderá ser configurado como dano moral. A doutrina e jurisprudência afirmam que meros aborrecimentos e dessabores não ensejam o recebimento de indenização.<sup>499</sup> Consoante demonstra Carlos Roberto Gonçalves, “somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado.”<sup>500</sup> Exemplo

489 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1324.

490 ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, págs. 143175, 2003. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista24/revista24\\_143.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2020.

491 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1067.

492 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 343.

493 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, pág. 372.

494 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1139.

495 MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pág. 1067.

496 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense São Paulo: MÉTODO, 2017, págs. 354 e 355.

497 Há julgados em sentido similar proferidos pela Primeira e Segunda Turma do Tribunal, consoante se observa nos julgamentos do REsp 890.930/RJ e do REsp 1.715.200/SP, respectivamente.

498 Nesse sentido, verificar o julgamento do REsp 1.807.242/RS.

499 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, pág. 343.

500 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 355.

na jurisprudência de aplicação desse entendimento se verifica no julgamento do REsp 1.647.452/RO, no qual a Quarta Turma do STJ decidiu que, em regra, a espera em filas de bancos, supermercados, farmácias e em repartições públicas é apenas um desconforto, que não afeta significativamente um direito da personalidade e conseqüentemente não gera o direito a indenização por danos morais.

Destacamos ainda que a doutrina e jurisprudência não possuíam posicionamento uniforme quanto à existência ou não de autonomia do dano moral em relação ao dano material. Porém, a Constituição Federal de 1988 dirimiu a controvérsia, consolidando o entendimento de que o dano moral é figura autônoma ao dano material, conforme se observa em seu art. 5º, incisos V e X.<sup>501</sup>

Inclusive, tendo em vista que um mesmo fato pode gerar conseqüências diversas, incluindo lesão de caráter material e moral, a doutrina e jurisprudência também entendem ser possível que a vítima pleiteie, na mesma ação processual, o pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes de um único fato, consoante se observa pelo disposto na Súmula 37 do STJ.<sup>502</sup>

Além disso, deflui dessa constatação o atual posicionamento da doutrina e jurisprudência quanto ao dano estético, espécie de dano moral caracterizado quando a vítima sofre uma deformidade física aparente que viole sua imagem.<sup>503</sup> Nesse respeito, tem-se admitido a responsabilização civil por dano estético em conjunto com o dano moral, nos termos da Súmula 387 do STJ.

No tocante à indenização do dano moral, diferentemente do que ocorre no caso do ressarcimento decorrente de dano material, se mostra impossível restituir a pessoa lesada ao exato *status quo* anterior à ofensa, posto que impossível quantificar precisamente o bem jurídico personalíssimo ofendido. Afinal, como definir objetivamente o valor da integridade física, da vida, da honra, da reputação e dos tantos demais direitos da personalidade? Em razão disso, a responsabilidade civil por dano moral terá caráter compensatório, com vistas a atenuar o sofrimento da vítima. Terá, ainda, caráter punitivo (ou pedagógico, segundo alguns autores)<sup>504</sup> contra o ofensor, objetivando evitar que este seja reincidente no ato lesivo.<sup>505</sup>

Todavia, há de se reconhecer que a fixação do valor indenizatório gera diversos problemas de ordem prática, em razão da ausência, em geral, de critérios uniformes no ordenamento jurídico para sua definição. Assim, Flávio Tartuce aduz que a quantia reparatória deverá ser estipulada com lastro na equidade, devendo serem analisados o grau de culpa da vítima, do ofensor e de terceiros, as condições socioeconômicas, culturais e psicológicas das partes e a extensão do dano.<sup>506</sup> Além disso, Carlos Roberto Gonçalves também elenca como fator a ser observado pelo órgão julgador o eventual proveito obtido pelo lesante na prática do evento danoso, e sustenta que o caráter punitivo da indenização atinge o ofensor de modo indireto, pois o desfalque patrimonial que irá suportar o levaria a evitar a prática reiterada da conduta lesiva.<sup>507</sup>

De acordo com a jurisprudência do STJ, a fixação do *quantum* indenizatório pelo órgão julgador deverá observar o método bifásico, no qual devem ser considerados: primeiro, o interesse jurídico lesado, com lastro nos precedentes jurisprudenciais sobre questões semelhantes ao assunto em julgamento, nos quais o julgador deverá se fundamentar para definir o valor básico da indenização; e segundo, as circunstâncias específicas do caso concreto, que poderão levar à majoração ou minoração da quantia fixada como base.<sup>508</sup>

501 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017, pág. 372.

502 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 367 e 368.

503 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 138.

504 Nesse sentido, conferir TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 361.

505 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, págs. 1324 e 1357. Em sentido similar, conferir GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 368.

506 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 362.

507 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 372.

508 Consoante tese 1 da edição 125 da Jurisprudência em Teses do Superior Tribunal de Justiça.

Após a fixação do valor da indenização, os eventuais juros moratórios a incidirem sobre a quantia deverão ser calculados com lastro na mesma regra relativa aos danos materiais, qual seja, a partir da data do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Por outro lado, a Súmula 362 do STJ determina que a correção monetária terá como termo *a quo* a data do arbitramento em juízo do valor da condenação.<sup>509</sup> E, considerando o caráter compensatório da reparação pecuniária, a Súmula 498 do STJ determina que “não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.”<sup>510</sup>

Entretanto, é fato que nem sempre a reparação será realizada pelo pagamento de indenização, haja vista que se admite – e, em alguns casos, se mostra mais recomendável – que o responsável pelo dano cumpra medida diversa, consistente em compensação *in natura*.<sup>511</sup> Desse modo, conforme exemplo apresentado por Marçal Justen Filho, ao Estado responsabilizado civilmente por um dano moral poderá ser imposto o dever de promover a veiculação de notícias que visem desconstituir o teor de ofensas realizadas contra a vítima.<sup>512</sup>

Outra questão de suma relevância diz respeito à comprovação do dano moral. Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “enquanto o dano material deve ser devidamente comprovado pela vítima, o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, decorre do ato lesivo”.<sup>513</sup> Desse modo, a vítima não precisaria, em regra, provar os prejuízos concretos decorrentes da ofensa a um direito personalíssimo, como o dano à sua esfera anímica, posto que o dano moral seria presumido.<sup>514</sup>

Entretanto, observamos na jurisprudência a adoção apenas excepcional das hipóteses de dano moral *in re ipsa*. Exemplos de situações em que o Superior Tribunal de Justiça admitiu a existência do dano presumido são: a) o corte de água e energia pela empresa concessionária em razão de débitos pretéritos;<sup>515</sup> b) a publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos e comerciais;<sup>516</sup> e c) extravio de correspondência registrada por falha da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.<sup>517</sup>

Além disso, de acordo com a tese 2 da edição nº 125 da Jurisprudência em Teses do STJ, os danos morais coletivos (que podem ser conceituados como aqueles decorrentes de lesão a direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e interesses individuais homogêneos)<sup>518</sup> também são aferíveis *in re ipsa*, dado que relativos a violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade.

Outro assunto que tem sido palco de amplas discussões é a possibilidade ou não de a pessoa jurídica pleitear indenização por danos morais.<sup>519</sup> Corrente majoritária sustenta ser cabível a compensação de danos por pessoas jurídicas em razão de dano moral, posto que a pessoa jurídica pode ter sua honra objetiva lesionada, isto é, seu nome, fama e reputação perante terceiros.<sup>520</sup> Esse entendimento pode ser observado em precedente firmado pelo STJ no

509 Os índices a serem observados na fixação do juros moratórios e atualização monetária nas condenações contra a Fazenda Pública após a vigência da Lei 11.960/09 de natureza administrativa em geral e nas referentes a servidores e empregados públicos, excetuadas as decorrentes de relação jurídico-tributária, seguem as mesmas regras apresentadas no subtópico sobre danos materiais: juros da mora, com lastro no índice de remuneração da caderneta de poupança, e correção monetária com base no IPCA-E, segundo decisões do RE 870.947 e do REsp nº 1.492.221/PR.

510 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 353.

511 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pág. 353.

512 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pág. 1357.

513 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020, pág. 1140.

514 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 363.

515 Vide AgRg no AREsp 239.749/RS.

516 Entendimento consolidado na Súmula 403 do Tribunal, nos seguintes termos: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

517 Vide EREsp 1.097.266/PB.

518 Conceituação apresentada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, págs. 886 e 887). Outros autores, como Flávio Tartuce, diferenciam os danos morais coletivos dos danos sociais ou difusos (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico [e-pub]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, págs. 366–369).

519 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, págs. 359 e 360.

520 Nessa mesma seara, conferir GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, págs. 138–140.



juízo do REsp 60.033/MG, cujo entendimento foi posteriormente consubstanciado na Súmula 227 do Tribunal e positivado no art. 52 do CC/2002. Contudo, o dano deverá ser comprovado, não sendo admitida a constatação *in re ipsa* decorrente da prática de ato ilícito contra a afetada.<sup>521</sup>

### 8.3.3 Perda de uma chance.

Em que pese a doutrina de direito administrativo geralmente se referir apenas aos danos material, moral e estético como geradores do dever de indenizar, há entendimento na jurisprudência pátria que sustenta a aplicação da teoria da perda de uma chance para causas referentes à responsabilidade civil do Estado.

Fato é que a teoria em análise não se encontra positivada em artigo de lei no ordenamento jurídico brasileiro, sendo originada por construção doutrinária e jurisprudencial francesas.<sup>522</sup> Ademais, ainda há controvérsia quanto sua natureza, posto que parcela dos juristas entende que a perda de uma chance não se constitui como nova modalidade de dano, enquanto outros sustentam sua autonomia.<sup>523</sup>

De acordo com essa teoria, a vítima pode ter direito à indenização decorrente não apenas das espécies de danos analisados anteriormente, mas também em razão da perda séria e real de obter benefício futuro ou de evitar um prejuízo, sendo necessários, contudo, estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil.<sup>524</sup>

Ato contínuo, no caso de ser considerada cabível a condenação do lesante com base na teoria em análise, o juiz deverá definir o valor a ser pago em quantia inferior ao que se teria percebido caso a chance de se ocorrer o resultado não houvesse sido perdida, definindo o montante com lastro na probabilidade de o resultado útil pretendido ter se concretizado.<sup>525</sup>

No que se refere à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Turma decidiu no julgamento do REsp 1.254.141/PR no sentido de admitir a aplicação da teoria da perda de uma chance em sede de responsabilidade civil do Poder Público em caso que envolvia erro médico. Em decisão posterior, no julgamento do REsp 1.308.719/MG, a Segunda Turma do Tribunal reafirmou o entendimento quanto à aplicação da teoria para reparação de danos provocados pelo Estado, porém não reconheceu a existência dos elementos necessários para ensejar a indenização por perda de uma chance no tocante ao objeto do processo, relativo à interpretação equivocada da Administração Pública quanto à inacumulabilidade de cargos exercidos por um servidor público.

## 8.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero. Teoria da perda de uma chance e o entendimento do STJ. *Migalhas*, s.l. 14 fev. 2020. Não paginado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/320497/teoria-da-perda-de-uma-chance-e-o-entendimento-do-stj>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. ágs. 143175, 2003. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista24/revista24\\_143.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Atlas, 2017.

521 Nesse sentido, verificar o julgamento do REsp 1.807.242/RS.

522 ALMEIDA, Eduardo Vieira de; VAUGHN, Gustavo Favero. Teoria da perda de uma chance e o entendimento do STJ. *Migalhas*. 14 fev. 2020, s.l. Não paginado. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-superiores/320497/teoria-da-perda-de-uma-chance-e-o-entendimento-do-stj>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

523 Em estudo sobre o tema, conferir LIMBERGER, Têmis; BUNCHAFT, Maria Eugenia; FINGER, Brunize. Responsabilidade civil pela perda da chance: revisando os principais aspectos elencados pela doutrina nacional e estrangeira. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Paraná, v. 16, n. 3, págs. 939-962, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4865>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

524 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 242.

525 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012, pág. 255 e 256.

- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2017.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. vol. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. vol. 4. 7. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- LIMBERGER, Têmis; BUNCHAF, Maria Eugenia; FINGER, Brunize. Responsabilidade civil pela perda da chance: revisitando os principais aspectos elencados pela doutrina nacional e estrangeira. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Paraná, v. 16, n. 3, págs. 939-962, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4865>>. Acesso em: 03 jul. 2020.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 12. ed. Livro eletrônico (e-pub). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Método, 2020.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Livro eletrônico (e-pub). Rio de Janeiro: Forense- São Paulo: MÉTODO, 2017.



# CAPÍTULO 9 – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: RESPONSABILIDADE POR ATOS JURISDICIONAIS E LEGISLATIVOS

*Ana Elise Caou Candéia*

**SUMÁRIO:** 9.1. Breves comentários acerca da responsabilidade civil do Estado. 9.2. Responsabilidade civil por atos jurisdicionais. 9.2.1. Teorias. 9.2.1.1. Soberania do Poder Judiciário. 9.2.1.2. Independência da magistratura. 9.2.1.3. Ofensa à coisa julgada. 9.2.1.4. Ausência de texto expresso em lei. 9.2.2. Condutas dolosas *versus* condutas culposas. 9.3. Responsabilidade civil por atos legislativos. 9.3.1. Leis inconstitucionais. 9.3.2. Leis constitucionais. 9.3.3. Omissão legislativa. 9.4. Referências bibliográficas.

## 9.1. BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.

Ao iniciar o estudo da responsabilidade civil do Estado decorrente de atos jurisdicionais e legislativos, devemos nos ater, primeiramente, ao sentido etimológico da palavra “*responsabilidade*”, originada do latim “*respondere*”, implicando, assim, na ideia de resposta, responder ou corresponder a algo a que se encontrava obrigado anteriormente.

Nesse sentido, na seara do Direito, temos “*responsabilidade*” como uma resposta perante a ordem jurídica por consequência de algum fato. O Poder Público, como um sujeito de direitos e obrigações, pode se encontrar na posição de causador de um prejuízo a terceiros, o que lhe resulta no dever de recompor os danos acarretados em virtude de ações ou omissões lesivas.

Deve-se que a responsabilidade pode variar de acordo com a norma que incidirá sobre o fato que a originou: se a norma for de natureza penal, a consumação do fato implicará numa responsabilidade penal, se a natureza for administrativa, gerará por si só a responsabilização administrativa, se possuir natureza civil, teremos a responsabilidade civil e assim sucessivamente. Consideração feita, delimitamos apenas a responsabilidade civil como objeto deste estudo.

Quando referimo-nos ao tema em questão, estamos tratando de atos ilícitos praticados pelo Estado, de modo que não serão indenizados danos decorrentes de atividades legítimas como, por exemplo, danos decorrentes de desapropriação, conforme aduz Celso de Mello: “o problema da responsabilidade do Estado não pode nem deve ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial. A desapropriação é o exemplo típico desta situação”.<sup>526</sup>

Posto isto, adentraremos no estudo da responsabilidade civil estatal advinda de atos jurisdicionais e, posteriormente, de atos legislativos.

## 9.2. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS JURISDICIONAIS.

Sabe-se que a atuação do Poder Judiciário compreende os atos jurisdicionais, pelos quais o Poder Judiciário põe fim aos litígios pela aplicação da lei aos casos concretos. Trata-se, portanto, de tema complexo, visto que compreende não só a sentença, mas também todos os atos, despachos e decisões interlocutórias que o juiz pratica no curso do processo, até chegar à sentença.

É preciso evidenciar que alguns doutrinadores, de forma minoritária, defendem a tese da irresponsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, baseando-se em teorias e argumentos, que serão abordados nos tópicos seguintes. Contudo, não é intuito deste trabalho esgotar o tema, vez que merece maiores debates e são inúmeras as teses que contrariam a teoria da irresponsabilidade estatal.

### 9.2.1 TEORIAS.

#### 9.2.1.1 SOBERANIA DO PODER JUDICIÁRIO.

A primeira teoria levantada para defender a tese da irresponsabilidade estatal por atos jurisdicionais é a da soberania do Poder Judiciário, pelo fato de ser a função jurisdicional uma manifestação da soberania estatal, ou seja, o poder judiciário estaria em uma posição “*supra legem*”, remetendo-se ao Estado Absoluto.

Todavia, não deve esta teoria prevalecer para fins de justificar a irresponsabilidade estatal, visto que não coaduna com o Estado Democrático de Direito. O que existe, de fato, é a soberania do Estado de forma indivisível e inalienável, vez que a soberania não é atributo de qualquer dos poderes, Executivo, Legislativo ou Judiciário, pois estes devem obediência à lei.

Nesse sentido, entende Danielle Annoni que “esta tese não tinha como subsistir. A teoria da divisão dos poderes, ou, em sua formulação moderna, de distinção de funções, não ministra qualquer subsídio para asseverar a irresponsabilidade do Estado por atos Legislativos ou Jurisdicionais. Isto porque a soberania é atributo do Estado, não de seus poderes, que exercem a soberania estatal designada a cada qual nos limites constitucionais estabelecidos”.<sup>527</sup>

Dessa forma, não há como sustentar a irresponsabilidade do Estado por atos praticados pelo seu Judiciário, pois é inconcebível que alguém que tenha sofrido um prejuízo injusto, até mesmo decorrente de atos estatais, não seja ressarcido ou compensado.

#### 9.2.1.2 INDEPENDÊNCIA DA MAGISTRATURA.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura aos juízes determinadas garantias com o intuito de permitir em sua atuação o livre convencimento motivado. A ideia é que os magistrados possam decidir e formar suas convicções livremente, sem ter que se submeter a outros poderes.

Os que defendem esta teoria para justificar a irresponsabilidade do Estado suscitam a perda de tal independência em virtude da preocupação com a possibilidade de suas decisões acarretarem a responsabilidade civil do Estado e a sua própria responsabilidade, em ação regressiva.

Nesse diapasão, considerando que o Código de Processo Civil já prevê hipóteses de responsabilidade civil pessoal do magistrado em seu art. 143<sup>528</sup>, o prejudicado pode propor ação em face do Estado, não sendo atingido o princípio da independência da magistratura. Deve-se, portanto, encontrar um equilíbrio a fim de não deixar sem solução o lesado por determinados atos jurisdicionais.

527 ANNONI, Danielle. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba, Juruá; 2008, p.106.

528 CPC-2015: “Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. [...]”

Nessa mesma perspectiva, aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro “A esse argumento, responde-se que, não obstante seja indiscutível a necessidade de assegurar-se independência ao magistrado, a mesma não pode ir ao ponto de isentar o Estado de responder pelos erros decorrentes de sua atuação, especialmente se eles forem graves. Alega-se, ainda, que, mesmo se aceito o argumento da independência da magistratura, ele somente serviria para isentar o juiz de responsabilidade pessoal, o que não impede a responsabilidade do Estado”.<sup>529</sup>

### 9.2.1.3 OFENSA À COISA JULGADA

De acordo com os defensores desta teoria, responsabilizar o Estado devido a atos jurisdicionais praticados acarretaria na ofensa à coisa julgada. Todavia, apesar de ser um dos argumentos mais sólidos, merece maiores análises.

É sabido que o instituto da coisa julgada reparte-se em formal e material. O primeiro se dá com o trânsito em julgado da sentença, em que a mesma passa a ser imutável dentro do próprio processo. Já a coisa julgada material ocorre no âmbito externo, ou seja, tem-se a imutabilidade da decisão final de forma exterior ao processo em que essa decisão foi proferida, inviabilizando, assim, o ajuizamento de novas ações para tentar rediscutir e modificar o resultado do processo anterior.

Posto isso, é preciso ressaltar que o instituto em questão não incide sobre todos os atos judiciais, como no caso das decisões interlocutórias, dos despachos meramente ordinatórios, das sentenças proferidas em sede de jurisdição voluntária entre outros, o que já desmantela o argumento em análise e reforça o caráter relativo do instituto.

Além disso, convém sobressair que o ordenamento jurídico pátrio admite o ajuizamento da revisão criminal e da ação rescisória. Assim, maneja-se a revisão criminal nos casos de erro do judiciário no âmbito penal, conforme prevê o art. 5º, LXXV<sup>530</sup> da Constituição Federal. A ação rescisória o remédio jurídico utilizado para impugnar sentença transitada em julgado, de caráter desconstitutivo, visando o desfazimento de uma decisão transitada em julgado. As hipóteses desta rescisão estão elencadas taxativamente no art. 966<sup>531</sup> do Código de Processo Civil.

Nesta esteira, é preciso buscar um equilíbrio entre o ideal de segurança jurídica proporcionado pela coisa julgada e o princípio de justiça, que exige recomposição de prejuízos injustamente causados por uma sentença errada, principalmente em casos de erros judiciários reconhecidamente graves.<sup>532</sup>

### 9.2.1.4 AUSÊNCIA DE TEXTO EXPRESSO EM LEI

Utilizando-se dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, alguns autores argumentam que responsabilizar o Estado por atos jurisdicionais seria ofender a legislação pátria, já que a mesma não prevê tal responsabilização.

Assim, levanta-se pelos adeptos à tese da irresponsabilidade que a única previsão legal que torna o Estado responsável por atos jurisdicionais encontra-se no supracitado art. 5, LXXV, CF/88. No entanto, devemos destacar o art. 37, § 6º<sup>533</sup> da Carta Magna, que prevê a responsabilidade civil do Estado por danos causados por seus agentes, não havendo qualquer especificação que nos permita concluir que o serviço judiciário não foi abrangido pelo dispositivo.

Ademais, o art. 143, CPC/15 é claro ao determinar que o juiz responde civilmente por perdas e danos quando, nos exercícios de suas funções, atuar com dolo ou fraude ou ainda, de forma a retardar, omitir ou recusar-se a dar providências que deva ordenar de ofício ou a requerimento das partes. Mais uma previsão expressa na nossa legislação que se contrapõe à teoria em comento.

## 9.2.2 CONDUTAS DOLOSAS VERSUS CONDUTAS CULPOSAS

Apesar de incomum, é plenamente possível que o magistrado pratique um ato jurisdicional de forma deliberada

529 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo* - 14º Ed: Atlas, 2001, p. 89.

530 CRFB - 1988: “Art. 5: [...] LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”

531 CPC - 15: “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: ... [...]”

532 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* 2001, p. 88.

533 CRFB - 88: “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.”

que venha a causar prejuízo à parte de um processo ou até mesmo a terceiro. Nesse caso, há uma conduta dolosa, com o intuito de prejudicar, sendo a responsabilidade individual do juiz, cabendo-lhe o dever de reparar os prejuízos que causou.

Todavia, devemos realçar aqui o art. 37, § 6º da CF/88, já comentado anteriormente. De acordo com o dispositivo, a pessoa jurídica federativa é civilmente responsável pelo ato praticado pelo magistrado, sendo assegurado àquela o direito de regresso contra o juiz.

Nessa toada, alude José dos Santos Carvalho Filho “Para a compatibilização da norma do Código de Processo Civil com a Constituição, forçoso será reconhecer que o prejudicado pelo ato jurisdicional doloso terá a alternativa de propor a ação indenizatória contra o Estado ou contra o próprio juiz responsável pelo dano, ou, ainda, contra ambos, o que é admissível porque o autor terá que provar, de qualquer forma, que a conduta judicial foi consumada de forma dolosa.”<sup>534</sup>

Em se tratando de condutas culposas, ou seja, aquelas em que o magistrado não possui intenção de causar, como, por exemplo, quando o juiz negligentemente deixa de apreciar determinadas provas produzidas no processo, a solução não se mostra tão simples.

Primeiramente, quanto aos atos jurisdicionais de natureza penal, cabe a revisão criminal, conforme já mencionamos. Isso “significa que, se o indivíduo é condenado em virtude de sentença que contenha erro judiciário, inclusive por conduta culposa do juiz, tem ele direito à reparação dos prejuízos a ser postulada em ação ajuizada contra o Estado”.<sup>535</sup>

O mesmo não se dá na esfera cível, uma vez que o disposto no art. 5º, LXXV, da CF dá margem a dúvidas, pois se limita a mencionar o condenado por erro judiciário, sem especificar o tipo de condenação, se cível, criminal ou ambas.

Alguns doutrinadores caminham no sentido de que a norma em comento refere-se apenas ao âmbito penal. Se um ato culposos do juiz, de natureza cível, possibilita a ocorrência de danos à parte, deve ela valer-se dos instrumentos recursais e administrativos para evitá-los, não sendo viável a responsabilização civil do Estado por fatos desse tipo. Caso contrário, os juízes perderiam em muito a independência e a imparcialidade e permaneceriam sempre com a insegurança de que atos judiciais de seu convencimento pudessem vir a ser considerados resultantes de culpa em sua conduta.<sup>536</sup>

### 9.3. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS LEGISLATIVOS.

Primeiramente, é preciso que destaquemos a divergência doutrinária no país quanto à responsabilização do Estado por atos legislativos. Ainda não há posicionamento unificado a respeito da questão, de forma que não se esgotaram os estudos, discussões e levantamentos sobre este tema.

Todavia, a posição majoritária da doutrina é a da irresponsabilidade estatal perante os atos legislativos, a qual se adota como regra geral. O entendimento, assim, é de que o Estado não deverá ser responsabilizado por ato legislativo.

Nesta esteira, trazemos o parecer de Hely Lopes Meirelles “O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional. Como a reparação civil do Poder Público visa a restabelecer o equilíbrio rompido com o dano causado individualmente a um ou alguns membros da comunidade, não há falar em indenização da coletividade”.<sup>537</sup>

Há o entendimento de que o ato legislativo não pode causar a responsabilidade civil do Estado, se a lei é

534 SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. Editora Atlas S.A. São Paulo, 2015, p. 598.

535 SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. op. cit. 2015, p. 599.

536 SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. op. cit. 2015, p. 599.

537 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 734.

produzida em estrita conformidade com os mandamentos constitucionais.<sup>538</sup> Sustentam os adeptos a esta posição que lei age de forma geral, abstrata e impessoal e suas determinações constituem ônus generalizados impostos a toda coletividade. Logo, todos vão sofrer restrições ou receber benefícios com essa atuação geral e abstrata.

Cumprido ressaltar, no entanto, que nem sempre o ato normativo será revestido de caráter geral e abstrato; existem as leis de índole concreta e específica, as quais podem afetar de forma desigual os administrados. Assim, entendemos que, aqueles indivíduos que sofrerem limitações ou sacrifícios especiais e anormais com relação aos outros, merecem ser ressarcidos por danos extraordinários causados. Inclusive, é comum que uma lei de efeitos concretos faça previsão de indenização expressa nela própria.

Ademais, destaca-se que há hipóteses incontestáveis de responsabilização estatal por conta de determinados atos legislativos, como no caso de lei declarada inconstitucional e outros os quais explanaremos a seguir.

### 9.3.1. LEIS INCONSTITUCIONAIS

Em se tratando de leis declaradas inconstitucionais, não há dúvidas de que a tese da irresponsabilidade estatal está completamente afastada. Quando a sociedade elege seus representantes no Poder Legislativo, supõe-se que os atos a serem praticados estarão em total consonância com os preceitos constitucionais. Sendo assim, o Estado tem o dever de respeitar os parâmetros dispostos na Constituição Federal.

Relevante, contudo, sobressair alguns aspectos. Em primeiro lugar, cabe ao particular provar o dano que alegar ter sofrido, pois apenas a inconstitucionalidade da lei não será suficiente para que o Estado responda civilmente se em nada tiver afetado, de forma efetiva, o indivíduo. Além disso, a lei, necessariamente, precisa ter sido declarada inconstitucional, devendo o Poder Judiciário expressamente assim fazê-lo, já que as leis gozam de presunção de constitucionalidade.

Importante ressaltar que a abrangência da responsabilidade civil do Estado perante a inconstitucionalidade de lei se dá tanto no âmbito formal quanto no material, sendo o vício de forma na lei igualmente gerador da responsabilidade.

### 9.3.2. LEIS CONSTITUCIONAIS

A despeito de todo o exposto acima, é possível que haja situações geradoras de direito à indenização ao lesado em caso de lei constitucional. Inicialmente, parece incompatível e até contraditório, mas ressalta-se que tratamos de excepcionalidades.

Como supracitado, os atos legislativos, no geral, são impessoais e abstratos. Todavia, nada impede que existam atos considerados como lei em sentido formal, os quais possuem como conteúdo uma situação jurídica concreta e individual. Nesse caso, referimo-nos às leis de efeito concreto.

Dessa forma, havendo comprovação do dano causado por parte do indivíduo atingido, a lei pode ser impugnada através das ações em geral, como o mandado de segurança. Contudo, vale salientar que a lesão causada deve ser decorrente do próprio ato legislativo, como a simples edição de nova lei, independentemente de atos posteriores, ou estaríamos falando de ato administrativo.

### 9.3.3. OMISSÃO LEGISLATIVA

Não podemos deixar de evidenciar a hipótese de responsabilidade estatal quanto à omissão legislativa, ou seja, à inércia por parte do Poder Legislativo no tocante ao seu dever de legislar, previsto na Constituição. A Lei Maior prevê a omissão do legislador como situação de inconstitucionalidade e pontuou, de forma específica, meios a fim de combatê-la.

Conforme disposto no art. 5º, LXXI da CF/88<sup>539</sup>, um dos mecanismos passíveis de manejo no caso em tela é

538 SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. op. cit. 2015, p. 594.

539 CF/88 – 88: “Art. 5. [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;”



o mandado de injunção, utilizado quando tratar-se de exercício do direito no controle difuso. Já o art. 103, § 2º<sup>540</sup> prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em se tratando de controle concentrado. Ambos possuem o objetivo de tornarem viáveis os direitos garantidos pela Constituição Federal, dando soluções para que esses direitos sejam válidos mesmo que não existam leis ou normas que os regulamentem.

Devemos sobressair, no entanto, que os dois remédios constitucionais em comento não possuem o condão de obrigar o Estado a indenizar o prejudicado por sua inércia, uma vez que apenas constituem o Poder Legislativo em mora. Assim, caberá ao Poder Judiciário julgar a demanda, reportando-se ao responsável pela elaboração da lei para informar a mora legislativa, a fim de que corrija a omissão. Neste cenário, portanto, não podemos falar em responsabilidade civil ou dever de indenizar do Estado.

Contudo, não é razoável que o particular lesado além de ser impedido de exercer um direito garantido constitucionalmente em decorrência da inércia do legislador, não seja ressarcido por tamanho abuso de poder por parte do Estado. Assim, pode o prejudicado pleitear indenização em ação própria, configurando-se a responsabilidade civil estatal.

Nesse diapasão, sublinhemos a ponderação de Carvalho Filho “Pensamos, todavia, que a evolução da responsabilidade civil estatal deve avançar mais e conduzir a solução mais rigorosa e menos condescendente com as omissões do Estado. Se é certo que inexistente, como regra, prazo certo para o exercício da função legislativa, não menos certo é que o reconhecimento da mora no caso de expressa previsão constitucional quanto ao prazo para legislar deve implicar, por sua própria natureza, a responsabilidade civil do Estado e o dever de indenizar, uma vez que tal inação reflete inaceitável abuso de poder”.<sup>541</sup>

Cabe salientar que o dever do Estado de indenizar o prejudicado se dá, sem maiores discussões, quando há prazo estabelecido pela Constituição para atuação do legislador, pois se trata de critério objetivo. Todavia, tratando-se de competência discricionária, ou seja, não havendo prazo determinado para emanção do ato, a solução apresenta-se com maiores dificuldades.

Entretanto, não nos podemos desvencilhar do princípio da razoabilidade. Não é cabível que o Legislativo utilize de seu poder discricionário a fim de postergar demasiadamente sua devida atuação.

## 9.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed, São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

ANNONI, Danielle. *Responsabilidade do Estado pela não duração razoável do processo*. Curitiba: Juruá, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 14. ed: Atlas, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

540 CFRB – 88: “Art. 103. [...] Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

541 SANTOS CARVALHO FILHO, José dos. op. cit. 2015, p. 597.

# CAPÍTULO 10 - EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

*Italo Souza Rossi*

**SUMÁRIO:** 10.1. Prescrição e decadência. 10.2. Extinção da responsabilidade civil do Estado em face de terceiros. 10.3. Prescrição do fundo do direito e prescrição de prestações de caráter sucessivo. 10.4. Extinção da responsabilidade civil de terceiro em face do Estado. 10.5. Extinção da responsabilidade civil do agente público em face do Estado. 10.6. Referências bibliográficas.

## 10.1. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.

Conforme já abordado no capítulo 8, a extensão da responsabilidade civil estatal é deveras ampla. Presentes os pressupostos da responsabilidade objetiva, quais sejam, nexó de causalidade entre o ato lesivo e o dano, insurge a obrigação do Estado quanto a reparação.<sup>542</sup>

Nesta seara, contudo, a pretensão, ou melhor, o direito subjetivo do titular à indenização também sofre limitações. A inércia do titular quanto ao exercício do seu pleito indenizatório pode levar à prescrição da ação ou mesmo do direito à indenização.<sup>543</sup>

Tais fatos jurídicos são observáveis quando presentes dois fatores chave: a inércia do titular do direito e o decurso do tempo. Separadamente tais fatores não têm o condão de produzir os efeitos de frustrar a pretensão do titular do direito, contudo, quando relacionadas fazem surgir os institutos da prescrição e da decadência.<sup>544</sup>

Conforme conceitua Celso Antônio Bandeira de Melo, a prescrição, disciplinada no artigo 189 do Código Civil de 2002, trata da perda “do meio de defesa de uma pretensão jurídica, pela exaustão do prazo legalmente previsto para utilizá-la”<sup>545</sup>, ou seja, a partir do momento que nasce o direito subjetivo, por exemplo, de ver indenizado um dano causado por uma atuação Estatal que extrapolou seus limites legais, também tem início a contagem regressiva para que o titular do direito busque os meios jurídicos legalmente previstos para ver sua pretensão satisfeita. Caso o titular não lance mão de tais instrumentos em tempo, não mais poderá utilizar daquele instrumento específico para buscar satisfazer sua pretensão.

Contudo, muitas vezes a perda do direito de ação não significa a perda do direito material. Mesmo não havendo meio jurídico para mover a máquina estatal para a satisfação do direito, os efeitos que irradiam desse direito ainda podem permanecer, continuando exigíveis por meios diversos do judicial. Mesmo que prescrita a ação, por exemplo,

542 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed. 2013. p. 1040.

543 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p.387.

544 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 376.

545 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.1070.

de cobrança de determinado crédito, caso o mesmo seja pago pelo devedor após o prazo prescricional da ação de cobrança do credor, o devedor não possui o direito de reaver o montante por ação de repetição indébito.<sup>546</sup>

A decadência, prevista no artigo 206 do Código Civil, por outro lado, não torna apenas inexigível o direito do agente, mas atinge o direito material em si, extinguindo-o e todos os efeitos que dele irradiam. Tal fato ocorre com direitos chamados de potestativos, quando o exercício do direito subjetivo se confunde com o direito de ação, ou seja, ao não se utilizar do único instrumento legal para a concretização do direito subjetivo, perece também o próprio direito material.<sup>547</sup> Conforme ensina Marçal Justen Filho, o prazo decadencial se inicia no momento em que o direito torna-se exigível, ou seja, no momento em que o titular passa a poder utilizar o instrumento legal para exercitar seu direito, não podendo ser interrompido, suspenso ou prorrogado.<sup>548</sup>

Para satisfatoriamente delinear os limites da responsabilidade estatal no que se refere ao instituto da prescrição, faz-se necessário um corte metodológico.

Apesar de usualmente, ao pensarmos na responsabilidade civil do Estado, nos remetermos à busca pelo ente particular por reparação em razão de ato lesivo do Estado ou de algum dos seus agentes, é também assegurado ao Estado o direito de regresso em face de seu agente que causar dano agindo com dolo ou culpa. Há, portanto, duas relações jurídicas possíveis, uma entre o Estado e o indivíduo lesado e outra entre o Estado e o seu agente responsável pelo dano.<sup>549</sup>

## 10.2. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM FACE DE TERCEIROS.

Tratando, inicialmente, da relação entre o Estado e o terceiro lesado, a discussão quanto ao prazo prescricional da ação de ressarcimento se acentuou com as mudanças legislativas ocorridas nas últimas décadas.

Tradicionalmente, o decreto 20.910 de 06 de janeiro de 1932 dispunha prazo prescricional de 05 anos para ações movidas por terceiros em face de pessoa de direito público (entes federativos, autarquias e fundações de direito público).<sup>550</sup>

O prazo quinquenal foi estendido também às pessoas de direito privado que exercem atividades públicas por meio da medida provisória 2.180-35 de 24 de agosto de 2001 que inseriu o artigo 1-C à lei nº 9.494 de 10 de setembro de 1997, incluindo concessionárias, permissionárias ou qualquer entidade que preste serviço público, além daquelas que integram a administração indireta.<sup>551</sup>

Tal medida conferiu certa igualdade de privilégios entre os entes públicos e os entes privados prestadores de serviços públicos, se mostrando mais adequada ao tratamento dado às relações entre Estado e particular pela Constituição Federal de 1988.<sup>552</sup>

A referida medida provisória materializa a equiparação observada no artigo 37, §6º da CRFB, rompendo com o tratamento dado anteriormente em que a prescrição dos pleitos indenizatórios de terceiros em face dessas pessoas jurídicas de direito privado era regido pelo Código Civil de 1916 que previa prazo prescricional de 20 anos para direitos pessoais<sup>553</sup>. Em resumo, enquanto as pretensões em face da Fazenda Pública pereceriam no fim de um quinquênio, aquelas direcionadas às pessoas jurídicas de direito privado que prestavam serviços públicos atingiriam a prescrição em prazo quatro vezes maior. Tal incoerência injustificada foi então sanada, fixando o prazo quinquenal para ambos.

546 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p. 1070.

547 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013 p. 1070-1071.

548 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1375.

549 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 389.

550 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 387.

551 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 641.

552 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p.387.

553 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 387.

As discussões mais atuais, contudo, surgiram com a vigência do Código Civil de 2002 que alterou profundamente os prazos prescricionais, fazendo com que o prazo para a proposição de ação para reparação de danos civis fosse reduzido de 20 anos para 03 anos, conforme o §3º, V do art. 206 do Codex vigente.<sup>554</sup>

Parte da doutrina entende que o dispositivo presente no Código Civil de 2002 derogou as disposições previstas do Decreto nº 20.910/32 e lei nº 9.494/97. Tal corrente doutrinária prega uma análise normativo-sistemática da inovação legislativa, tendo em vista que a ordem jurídica sempre buscou beneficiar a Fazenda Pública com prazos prescricionais consideravelmente menores que aqueles aplicados em relações privadas. Desse modo, aceitar a continuidade da aplicação do prazo quinquenal seria uma inversão lógico-normativa, pois colocaria a Fazenda Pública em posição mais vulnerável que a dos entes privados.<sup>555</sup>

Em sentido contrário, parte da doutrina, aqui representada por Marçal Justen Filho, entende pela permanência do prazo quinquenal, pois o Código Civil de 2002 disciplina a questão de maneira genérica, havendo, portanto, a prevalência do prazo previsto no Decreto 20.910/32, por tratar de maneira especial sobre o tema, mesmo que seja uma legislação anterior.<sup>556</sup>

No mesmo sentido seguiu o Superior Tribunal de Justiça, por meio em decisão no REsp nº 1.251.993-PR, entendendo pela aplicação do prazo prescricional quinquenal previsto no Decreto nº 20.910/32 em detrimento ao previsto no art. 206, §3º, V do Código Civil, em razão da especialidade da norma presente no Decreto comparada a do Código Civil de 2002.<sup>557</sup>

O prazo prescricional pode ser suspenso nas mesmas ocasiões previstas nos artigos 202 a 204 do Código Civil, bem como pode ser interrompido por uma única vez e “recomeça a correr pela metade do prazo, da data do ato

554 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 387.

555 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 387.

556 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1394.

557 ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, o seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Dje de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Dje de 17.11.2008; EREpsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (“A Fazenda Pública em Juízo”, 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90). 3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição Documento: 1203264 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - Dje: 19/12/2012 Página 1 de 16 Superior Tribunal de Justiça prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042). 5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299). 6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dje de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Dje de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, Dje de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, Dje de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Dje de 1º.2.2011. 7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema. 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (STJ REsp: 1.251.993-PR (2011/0100887-0), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data da Publicação: Dje 19/12/2012).

que a interrompeu ou do último ato ou termo do respectivo processo”<sup>558</sup>, conforme previsto nos artigos 8 e 9 do Decreto 20.910/32.

Prevedo os efeitos restritivos que poderiam resultar da interrupção do prazo prescricional se ocorrido durante a primeira metade do quinquênio, o STF editou a súmula 383, pacificando a interpretação do dispositivo supracitado, ditando que o prazo é retomado por dois anos e meio a partir do ato interruptivo, contudo não pode ficar reduzido a menos de cinco anos.<sup>559</sup>

### 10.3. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO E PRESCRIÇÃO DE PRESTAÇÕES DE CARÁTER SUCESSIVO.

Outra diferenciação pertinente ao estudo da prescrição da pretensão de terceiro em face da Fazenda Pública é a distinção entre a prescrição da ação, denominada de prescrição do fundo do direito e a prescrição das prestações de caráter sucessivo.<sup>560</sup>

A distinção entre as duas modalidades ocorre a depender de como surgiu o ato lesivo. Caso o ato lesivo tiver sido causado por conduta comissiva do ente estatal, portanto havendo momento específico único de onde se inicia a contagem do prazo prescricional, transcorridos 05 anos do fato sem a interposição do pleito judicial adequado, o titular perde a oportunidade de defender sua pretensão, independentemente se os efeitos foram passados ou perduram. Neste caso há a prescrição do fundo do direito.<sup>561</sup>

Por outro, há casos em que o direito do terceiro permanece intocado mesmo decorrido o quinquênio, estando prescritas apenas as prestações vencidas há mais de 05 anos. Neste caso, as prestações sucessivas que se tornaram exigíveis e foram pleiteadas no prazo de 05 anos, não são atingidas pela prescrição das prestações que superaram tal prazo. Este fato ocorre quando o dano é gerado por omissão estatal, surgindo a pretensão indenizatória no momento em que o Estado deixa de praticar o ato que deveria ter praticado, fazendo perdurar os efeitos de sua omissão. Neste sentido o STJ fixou entendimento na súmula nº 83 que, tratando de prestações de trato sucessivo, não são atingidas as prestações vencidas até 05 anos antes da propositura da ação.<sup>562</sup>

### 10.4. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO EM FACE DO ESTADO.

Por fim, vale demarcar que ao invertemos os polos da ação, ou seja, quando o Estado busca ressarcimento em razão de dano causado por terceiro, não se tratando de servidor público, não se aplica a imprescritibilidade prevista no artigo 37, §5º da CRFB<sup>563</sup>.

Tal entendimento foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Especial 669.069 em regime de repercussão geral, fixando a tese que “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”<sup>564</sup>.

Assumindo a prescritibilidade, insurge então a dúvida quanto ao prazo prescricional que seria aplicado nestes casos.

558 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 647.

559 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1076.

560 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 574.

561 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 576.

562 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 576.

563 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 390.

564 CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ARÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF – RE:669069 MG-MINASGERAIS, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 03/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe- 082 28-04-2016).

No julgado supramencionado, o STF decidiu por aplicar o prazo quinquenal, nos moldes do artigo 1-C da lei 9.494/97, contudo foi feita a ressalva que tal consideração não faria parte do precedente firmado por não fazer parte do objeto do recurso levado à apreciação da corte.

Carvalho Filho, entende pela não aplicação da lei 9.494/97, pois este diploma legal trata apenas da situação em que terceiro busca responsabilizar o Estado por danos ao seu patrimônio e não o cenário contrário. Dessa maneira, não existindo norma específica que discipline a questão, o autor argumenta pela aplicação do prazo prescricional genérico presente no artigo 206, §3º, V, do Código Civil de 03 anos.<sup>565</sup>

Outra parte da doutrina, contudo, toma abordagem mais sistemática da questão. Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o prazo quinquenal é uma constante ao se tratar da extinção das pretensões da Administração pública em face do administrado, sendo o prazo decadencial na constituição de crédito tributário e prescricional para a ação de cobrança (arts. 173 e 174 do Código Tributário Nacional), prazo prescricional da ação punitiva da Administração Pública federal no exercício do poder de polícia (art. 1º, Lei nº 9.873/99) e prazo decadencial para a anulação de atos administrativos que gerem efeitos favoráveis aos administrados (art. 54, Lei nº 9.784/99).<sup>566</sup>

Do mesmo modo, observam que as ações de reparação civil de titularidade do administrado em face da Administração Pública, conforme explicitado anteriormente, também utilizam do prazo de prescrição quinquenal. Desse modo defendem que, sendo o prazo quinquenal uma constante nestas situações e não havendo razão para que haja tratamento diferenciado entre as ações de titularidade do administrado em face do Estado e do Estado em face do administrado, deveria prevalecer o prazo prescricional de 05 anos.<sup>567</sup>

## 10.5. EXTINÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO AGENTE PÚBLICO EM FACE DO ESTADO.

Como dito anteriormente, há ainda um caso pertinente para a análise da extinção da responsabilidade civil no campo da atividade estatal, caracterizada pela relação jurídica entre o Estado e o agente estatal que causou dano por ato comissivo ou omissivo. Neste campo, configurado dano ao erário em razão da atuação do agente público, faz surgir o chamado Direito de Regresso.

Nesta seara, a Constituição Federal, em seu artigo 37, §5º dita que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A partir principalmente da segunda parte do ditame constitucional supracitado, muitos doutrinadores defendiam a imprescritibilidade dos pleitos regressivos da Fazenda em face dos servidores causadores do dano, contudo, tal entendimento vem sendo revisto, sendo adotada abordagem mais moderada da imprescritibilidade.<sup>568</sup>

A imprescritibilidade conferida indiscriminadamente aos pleitos indenizatórios da Fazenda é vista como incompatível com o princípio constitucional da segurança jurídica, garantindo ao Estado a manutenção de direito de ação eterno.<sup>569</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta configurar uma violação ao direito de defesa do agente que tivesse causado dano ao erário, pois teria que manter as provas e documentos necessários para a sua defesa por tempo indeterminado a espera que o Estado exerça seu direito de ação.<sup>570</sup>

A adoção de regime diferenciado para regular a prescrição dos pleitos indenizatórios do Estado, dando a ele privilégios em defesa do “interesse público”, não carrega o mesmo sentido que o fazia em constituições anteriores, em que existia clara e automática supremacia dos interesses do Estado sobre os particulares.

565 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 390.

566 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1079-1080.

567 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1390.

568 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1065.

569 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1388.

570 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1081.

A Constituição Federal de 1988 apresenta os direitos do Estado em face de seus administrados de maneira simétrica aos destes em face daquele, salvo as exceções previstas em lei. Tal entendimento é corroborado pela lei 9.784/99 que impõe limite temporal de 05 anos para a anulação de atos administrativos estatais que tenham produzido efeitos favoráveis aos administrados.<sup>571</sup>

O prazo quinquenal previsto na lei 9.784/99 trata de prazo decadencial, extinguindo também o direito de regresso da Fazenda em relação aos efeitos patrimoniais do ato administrativo, sendo também usada como base para a fixação de prazo prescricional para as pretensões de reparação civil da Fazenda em face de seus agentes, mesmo quando não surgirem de atos administrativos.<sup>572</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello entende ser possível conciliar a prescrição quinquenal com o previsto no artigo 37, §5º da CRFB através da distinção entre o prazo prescricional para a apuração do ilícito propriamente dito nas esferas penais e administrativas e o prazo prescricional das ações de responsabilização civil. Segundo o autor, a ação que busca o ressarcimento civil do Estado em face de seu agente que causou o dano sem má-fé, deve respeitar o prazo prescricional de 05 anos, de maneira reflexa ao disposto no artigo 54 da lei nº 9.784/95, não sendo necessário que a prescrição de eventual ação penal ou de improbidade administrativa sigam o mesmo limite temporal.<sup>573</sup>

O autor, contudo, ressalva que ocorrendo má-fé do agente no ato lesivo, conforme o texto da lei anteriormente mencionando, o prazo quinquenal não deve ser aplicado. Nestes casos, deve o operador lançar mão do prazo prescricional genérico previsto no artigo 205 do Código Civil de 10 anos, por inexistir qualquer disposição legal que trate especificamente desta ocasião.<sup>574</sup>

Em julgado recente o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento intermediário quanto a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário com base no artigo 37, §5º da CRFB. Tratando-se de pleitos da Fazenda Nacional que busquem ressarcimento de danos causados por prática dolosa do agente público, a imprescritibilidade é mantida, e nos demais casos fixou a prazo quinquenal, conforme previsto na lei de improbidade administrativa (art. 23 da lei nº 8.429/92).<sup>575</sup>

Apesar da natureza do precedente mencionado, é importante frisar que tal decisão foi tomada com maioria apertada, sendo 6 ministros a favor da imprescritibilidade e 5 contrários. Neste sentido, ficou demarcada a importância de apenas conceder a imprescritibilidade em razão de atos dolosos do agente público, sendo necessário o elemento subjetivo da má-fé para ficar configurada a improbidade administrativa, afastando uma possível responsabilidade objetiva do agente público por danos eventualmente causados ao erário.

A decisão também não solucionou a questão atinente ao direito de defesa dos acusados, tendo em vista que a imprescritibilidade abriria a possibilidade que, após a não proposição de ação de improbidade administrativa por prazo superior ao prescricional, retome-se a discussão sobre ato de improbidade do agente como base jurídica da ação de ressarcimento, sem, contudo, garantir as modalidades de defesa apenas presentes no rito do processo de improbidade administrativa.

Dessa maneira, a discussão quanto a (im)prescritibilidade da ação de ressarcimento de titularidade do Estado

---

571 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.868.

572 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 757.

573 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 1081

574 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 1081.

575 DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37 §5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37§5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticadas por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, §5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. São, portanto imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas queto à pretensão de ressarcimento. (STF- RE: 852475 SP – São Paulo, Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 08/08/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-058 25-03-2019).

em face de agente público ainda não findou, muito pelo contrário, o avanço nas discussões sobre o tema apenas revelam outros pontos pertinentes à interpretação do artigo 37, §5º da CRFB e da Lei de improbidade administrativa.

## 10.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.





---

# **PARTE III**

## **PROCESSO AMMINISTRATIVO**



# CAPÍTULO 11 – PROCESSO ADMINISTRATIVO: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS E GERAIS

*João Vitor Cruz de Castro*

**SUMÁRIO:** 11.1. Processo em conotação genérica e teoria geral. 11.2. Processo *versus* procedimento: diferenças conceituais. 11.3. A disciplina normativa da Lei Federal nº 9.784/1999. 11.4. Fases do processo administrativo. 11.5. Classificações dogmáticas do processo administrativo. 11.6. Noções básicas sobre a coisa julgada administrativa e breves controvérsias. 11.7. Referências Bibliográficas.

## 11.1. O PROCESSO EM CONOTAÇÃO GENÉRICA E TEORIA GERAL.

Enquanto nas primeiras palavras da terceira parte da presente obra, precipuamente importa-nos aduzir que trataremos de processo administrativo, de maneira a explorar inicialmente noções gerais e introdutórias acerca do instituto para, em seguida, aprofundarmos, passando a versar sobre alguns dos pormenores mais relevantes da temática, especificamente seus princípios e duas espécies práticas comuns.

Em termos etimológicos, *processo* por si só tem conotação bastante abrangente, remetendo a conceitos como “marcha adiante”, “proceder”, “desenvolvimento” e “instrumento”. Apesar de a definição terminológica ter variado consideravelmente ao longo da história, sequer sendo uníssona dogmaticamente, a doutrina costuma o conceituar em geral como conjunto de atos organicamente concatenados entre si designados ao atingimento de fim específico.

Nesse íterim, tomando *processo* ainda pela generalidade do termo, quando no âmbito estatal, fundamentalmente pode remeter a três modalidades distintas no tocante a seu fim precípua e específico, a sua finalidade, como se disse que existe, quais sejam: legislativo/legiferante; judicial; e administrativo. Com isso, embora apenas a última espécie seja de interesse do tema ora em apreço, cumpre-nos explicar as demais para evitar quaisquer confusões conceituais.

Portanto, quando se fala em processo legislativo, cuida-se de atividade legiferante tipicamente exercida pelo Poder Legislativo<sup>576</sup>, no âmbito de todos os entes federativos, com o objetivo de criar leis, vale dizer, enunciados normativos gerais e abstratos; ao passo em que processo judicial consiste em instrumento no qual veiculam, tipicamente perante órgão do Poder Judiciário<sup>577</sup>, pretensões de partes processuais, as quais, partindo-se da perspectiva unitária e construtivista do processo (de Francesco Carnelutti, que parece mais adequada), visam a criar o direito na prática, isto é, normas individuais e concretas, mediante a participação do juiz, na medida em que o direito material e o processual se completam reciprocamente, considerando a insuficiência daquele no desiderato criativo do direito<sup>578</sup>.

576 O que não significa que os demais Poderes não exerçam, atipicamente, a função legislativa. Aliás, eles a exercem, decerto.

577 Insta destacar que os demais poderes também exercem atipicamente função jurisdicional.

578 CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 45.

Demais disso e nos centrando no que interessa a este capítulo, o processo administrativo, por sua vez, traduz-se em *relação jurídica processual* – assim como o judicial – conduzido pela Administração Pública, direta ou indireta, de iniciativa ou não de agente público, na forma de uma série de *atos procedimentais* orientados pela *lei* (sobrelévando-se aqui o *princípio da legalidade*) por intermédio dos quais se almeja, ao final, em seu deslinde, a prática de determinado *ato administrativo* correspondente ao exercício da *função administrativa*<sup>579</sup>. Nesses termos, o que importa neste momento é ter em mente a definição de conjunto de atos, de itinerário procedimental, de *modus operandi*, de *modus procedendi*, como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>580</sup>.

Em outras palavras, um *processo administrativo* pressupõe a existência de um *objetivo específico* a ser perquirido pela Administração Pública (o que ocorre em todas as suas esferas e entes federativos), condizente com a *função administrativa* (que é, conforme outrora já dito, a administração da coisa pública), só podendo ser alcançado, a depender da *disciplina legal* a respeito, mediante o processo, desempenhado por um *rito procedimental* de atos sequenciais ao final resultantes na prática de um ato administrativo, o qual corresponde ao fim inicialmente desejado.

## 11.2. PROCESSO VERSUS PROCEDIMENTO: DIFERENÇAS CONCEITUAIS.

Quando se fala em *processo*, de qualquer ordem que seja, inevitável é a insurgência da noção de *procedimento*. Tão díspares são as perspectivas dos grandes administrativistas brasileiros que cabe aqui apresentarmos separadamente algumas para, após, expor a definição que nos parece mais razoável e adequada.

Em visão nitidamente minoritária, Bandeira de Mello sequer diferencia os conceitos, optando por os tratar exatamente como o mesmo instituto. É que, reconhecendo em sua obra “Curso de direito administrativo” as infundáveis discordâncias terminológicas entre os vários autores, entende por bem tratar processo e procedimento como sinônimos, embora afirme que aquele seja opção mais moderna e atual sob a ótica legislativa, enquanto este último seja mais antigo e concernente à doutrina mais tradicional:

“Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita a tradição (“procedimento”) e em favor de outra a recente terminologia legal (“processo”), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra”<sup>581</sup>.

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, embora partidário da perspectiva majoritária, no sentido de diferenciar processo de procedimento, apresenta definição um tanto obsoleta e inadequada, na medida em que adota a característica da *litigância* como critério diferenciador, ao passo em que prescinde da distinção hodiernamente feita acerca da existência de processos administrativos *litigiosos* e *não litigiosos*. Com isso, o autor sustenta que a disciplina constitucional e legal atinente ao processo em geral – como os enunciados normativos que dizem respeito aos *princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório* – deve ser observada pelo processo administrativo, mas não pelo procedimento administrativo.

Entrementes, em sua doutrina sobrelevamos a preconização de que, enquanto processo é “o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo, procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual”<sup>582</sup>. Não obstante, isso não significa dizer que procedimento seja espécie de processo. Muito pelo contrário. Para Meirelles, o processo administrativo conta com suas próprias espécies, enquanto o procedimento designa tão-somente o rito, o caminho que percorrerá, a depender da natureza e dos objetivos da questão a ser decidida. Aliás, de acordo com o autor, existem, inclusive, determinados procedimentos sem mesmo um processo<sup>583</sup>, opinião doutrinária essa da qual havemos de diametralmente discordar.

Já Odete Medauar, por meio de visão pouco destoante da apregoada por Meirelles e, portanto, insuficiente, de

579 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 544.

580 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 501-503.

581 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 497.

582 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 817.

583 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 817.

forma a não esgotar as discussões sobre o tema, simplesmente encapa a distinção em tela com os seguintes dizeres:

“(…) *procedimento* distingue-se de *processo* porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos. Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. Processo implica, sobretudo, atuação dos sujeitos sob prisma contraditório”<sup>584</sup>.

De outro giro, Maria Sylvia Zanella di Pietro exhibe ponto de vista mais amadurecido sobre a temática, discernindo clara e satisfatoriamente processo e procedimento.

Consoante a autora, processo administrativo consubstancia-se em todos os atos administrativos praticados pela Administração Pública, de qualquer ordem ou designados a qualquer finalidade (a exemplo dos que detêm fins contratuais, regulamentares/normativos ou preparatórios para atividades administrativas futuras), sejam de caráter material ou jurídico, visando a ato administrativo final específico. Além disso, apregoa também que o processo se constitui por normas gerais, correspondendo a no mínimo quatro fases, quais sejam, *instauração*, *instrução*, *defesa* e *decisão*; sem, a princípio, rito pormenorizado, deixando-se ao crivo da Administração Pública escolher o caminho específico a ser percorrido quando não houver procedimento pré-definido, contando-se em suma com o regime da Lei nº 9.784/1999, adiante analisada<sup>585</sup>.

No que se refere a procedimento, para a autora esse significa “rito, forma de proceder”<sup>586</sup>, além do que, aparentemente se encontra dentro de um processo, no sentido de que em todo processo necessariamente existe um rito embutido, ótica essa com a qual concordamos.

No mais, quando se investiga o campo dogmático da *teoria geral do processo*, notamos que o trio autoral Cintra, Grinover e Dinamarco desenvolveu conceito ainda mais profundo e elogiável que o anterior, o qual havemos de adotar para finalizar o debate ora em voga, traçando até mesmo um paralelo com a noção de *autos*.

No livro “Teoria geral do processo” de aludidos autores, o processo é conceituado como um dos quatro grandes pilares e institutos de todo o direito processual, isto é, em todos os universos práticos nos quais é verificável um processo. Cuida-se de conceito puramente abstrato, transcendental e teleológico por intermédio do qual o Estado manifesta seu poder e concretiza a lei. É imprescindível e precípua às funções estatais.

Em contrapartida, procedimento é conceito formal, servindo de meio, de plataforma no qual o processo é veiculado e instrumentalizado. Trata-se da manifestação física e fenomênica do processo, constituindo-se como conjunto de atos pelos quais o processo concretamente se desenvolve<sup>587</sup>.

Encerrando, portanto, as discussões nessa seara, valem as lições do trio autoral sobre o conceito de *autos*, decerto pertinente: “(...) são a materialidade dos documentos nos quais se corporificam os atos do procedimento; não se deve falar, por exemplo, em fases do processo, mas do procedimento; nem em consultar o processo mas os autos”<sup>588</sup>.

### 11.3. A DISCIPLINA NORMATIVA DA LEI FEDERAL Nº 9.784/1999.

Dando seguimento à abordagem do capítulo, indispensável é analisarmos por intermédio da doutrina pertinente a regulamentação do processo administrativo, considerando a existência de lei nesse sentido no âmbito federal, a nº 9.784/99, afora contar com previsão constitucional no art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

No que tange a sua aplicabilidade, tendo em vista que se trata de lei federal, aplica-se apenas a respectivo âmbito, isto é, alcança a Administração Pública federal direta e indireta, em todos os Poderes. Ademais, considerando que define apenas normas gerais sobre o processo administrativo, a Lei nº 9.784/99 se aplica apenas subsidiariamente às espécies de processos administrativos que contam com leis específicas, previsão essa expressamente contida

584 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 160.

585 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 863.

586 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 863.

587 CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 301.

588 CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 302.

em seu art. 69.

A competência dos órgãos administrativos submetidas à Lei para a aplicação de seus preceitos enquanto lidar com processos administrativos é irrenunciável, podendo, por outro lado, ser delegada a demais órgãos ou ser por estes avocada nos termos da lei.

Insta-nos apontar também que o instituto do processo administrativo é eivado de uma série de princípios orientadores, enunciados sobretudo pelo art. 2º do diploma legal em comento. Todavia, dada a especificidade e relevância do tema, será abordado com mais esmero e profundidade no capítulo seguinte desta obra.

Já no que se refere à sequência processual, pontuamos que a Lei nº 9.784 é redigida e subdividida em capítulos, conforme as fases processuais, versando em especial sobre os seguintes assuntos: direitos dos administrados; deveres do administrado; início do processo; interessados; competência; impedimento e suspeição; forma, tempo e lugar dos atos; comunicação dos atos; instrução; dever de decidir; motivação; desistência e outros casos de extinção do processo; anulação, revogação e convalidação; recurso administrativo e revisão; prazos; e sanções.

No cotejo, em observância à doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, destacamos alguns pontos relevantes. Inicialmente, sobrelevamos os direitos do administrado – parte de processo administrativo de receber tratamento condigno e cordial e de ser assistido por advogado (tratando-se de faculdade, e não de dever), em respeito aos princípios da lealdade e da boa-fé processual<sup>589</sup>.

Acerca da atuação dos sujeitos processuais, o processo pode ser iniciado de ofício ou por provocação, além do que não existem somente o órgão julgador e as partes de fato integrantes do processo. Na verdade, demais indivíduos a princípio alheios à relação processual estabelecida podem agir na figura de *interessados* – prevendo-se, inclusive, sua intimação para apresentação de razões recursais –, como pessoas físicas e jurídicas titulares de direitos debatidos no processo ou mesmo organizações e associações podem representar os titulares de direitos coletivos *lato sensu* por meio de legitimação extraordinária<sup>590</sup>.

Outrossim, cumpre observar que parte da disciplina da Lei, a exemplo das matérias versadas em seus capítulos enunciados, é bastante similar à disciplina do direito processual civil – conforme se observa na Lei Federal nº 13.105/2015, o Código de Processo Civil de 2015. Aliás, até mesmo provimentos cautelares são possíveis no processo administrativo, por força do art. 45, inclusive liminarmente, ou seja, sem prévia ciência da parte-alvo de respectiva medida.

Quanto à instrução do processo, que tem por referência os arts. 29 a 47 da Lei, salientamos a existência de instrumentos de participação da comunidade pública na tomada de decisões administrativas, quais sejam, a *consulta pública* e a *audiência pública*. Malgrado cada qual com suas particularidades, ambos possuem a característica de enaltecimento do teor democrático dos processos, a fim de buscar a solução mais justa e adequada *in casu*.

Prosseguindo com o raciocínio, com base na divisão lógica da Lei, apresentamos o *dever de decidir* (arts. 48 e 49) e a *motivação* (art. 50), retratados aqui como aspectos imprescindíveis à *fase decisória* do processo administrativo. O primeiro consiste nada mais do que na exigência de que o processo administrativo tenha, de veras, um fim, no sentido de vincular o administrador à obrigação de prolatar uma decisão para prosseguir com o processo ou o findar. Já o dever de *motivação* preconiza a necessidade de apresentação dos fundamentos fáticos e jurídicos que sustentam a decisão, o ato administrativo, tendo por objetivo coibir decisões e atos arbitrários sem qualquer lastro de justificação e de fundamentação<sup>591</sup>. A propósito, este último dever se encontra em pleno paralelismo com o princípio processual da *motivação das decisões judiciais*, testificado no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Contudo, é importante ressaltarmos a aplicação do dever de *motivação* a determinados atos administrativos de *mero expediente* (categoria classificatória essa adiante examinada), que sequer têm natureza jurídica de decisão, alheios a qualquer interesse jurídico e desprovidos de grau de vinculação a terceiros. Esses, especificamente, não

589 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 549-551.

590 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 550.

591 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 550.

precisam ser motivados, ainda em consonância com Carvalho Filho<sup>592</sup>.

Afora a possibilidade de anulação, de revogação e de convalidação de atos administrativos pela própria Administração Pública, o que encontra arrimo nos arts. 53 a 55 da Lei, importa-nos advertir que o desrespeito ao dever de motivação enseja a *anulação* em processo judicial de respectivo ato decisório, o que leva em conta justamente a ocorrência de desvio de enunciado normativo legal<sup>593</sup>.

Demais disso, há previsão de cabimento de recursos contra decisões administrativas, cuja disciplina específica se encontra nos arts. 56 a 65 da Lei. Em que pese não caber detalhar todas as circunstâncias da disciplina legal, dada a proposta sintetizadora deste trabalho, destacamos algumas características do regime recursal, como o prazo de 10 dias para a interposição do recurso; a obrigatoriedade de julgamento em 30 dias pela autoridade; a regra geral de inexistência de efeito suspensivo (salvo pela presença de circunstâncias específicas que o justifique); e o limite de três instâncias julgadoras. Além disso, merecem atenção a Súmula 373 do Superior Tribunal de Justiça e a Súmula Vinculante 21, as quais vedam a exigência de depósito prévio à interposição de recurso administrativo, o que se justifica pelo fato de que, ao contrário, estar-se-ia violando o *direito de petição*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, haja vista o art. 5º, XXXIV, “a”, da Constituição Federal<sup>594</sup>.

A esse respeito, questão controvertida academicamente diz respeito à possibilidade/impossibilidade de *reformatio in pejus* decorrente de recurso do interessado, trazendo prejuízo/decisão mais gravosa ao próprio recorrente, o que se cogitaria pela interpretação do art. 64, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99. Romeu Felipe Bacellar Filho e Saulo Lindorfer Pivetta advogam posição que atrai nossa concordância. Apesar de a jurisprudência ter reconhecido essa possibilidade, os autores a entendem equivocada, na medida em que a aceitar significa atentar contra os *princípios da ampla defesa, da boa-fé e da segurança jurídica*; outrossim, considerando a vedação ao agravamento da sanção quando da revisão de processo administrativo, por expressa previsão do art. 65, parágrafo único, nada mais sensato do que estender essa lógica ao âmbito recursal administrativo<sup>595</sup>.

Ainda, a Lei nº 11.417/2006 provocou importantes alterações na Lei nº 9.784/99, incluindo o § 3º ao art. 56 e os arts. 64-A e 64-B. Esses dispositivos servem de estímulo e de exaltação à *teoria dos precedentes*, paulatinamente mais em voga no Brasil, sobretudo com o advento da Lei Federal nº 13.105/15 (Código de Processo Civil de 2015), na medida em que preconizam a incondicional observância das Súmulas Vinculantes.

Por fim, ainda no capítulo, da Lei, que versa sobre recursos administrativos, prevê-se a possibilidade de revisão dos processos já findos, de acordo com seu art. 65.

Arrematando a abordagem da Lei, atrai nossa atenção o posicionamento vanguardista, acerca do processo administrativo, propugnado por Vitor Rhein Schirato. De acordo com esse autor, a Lei nº 9.784/99 conferiu nova roupagem ao *princípio do interesse público*, na medida em que a Administração Pública atua como árbitra de interesses públicos no bojo de um processo administrativo. É que em diversos momentos a Lei opta por sustentar uma concepção construtivista de *interesse público*, isto é, construída diante do caso concreto e em vista dos elementos de convicção carreados no processo administrativo, e não apriorística como de praxe se concebe<sup>596</sup>.

O que se quer dizer, consoante Schirato, é que, ao contrário do que se costuma defender, não há que se falar em *supremacia do interesse público* a todo custo, haja vista a possibilidade de se estar diante de interesses e de direitos de particulares interessados no processo administrativo. É justamente por meio de preceitos normativos como os do art. 9º (que prevê interessados legitimados), dos arts. 31 a 34 (que estatuem instrumentos de consulta popular) e do art. 50 (que prevê o dever de motivação) que a Lei preconiza a necessidade de a Administração Pública formular,

592 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 550.

593 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

594 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

595 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

596 SCHIRATO, Vitor. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 115-135, out./dez. 2011.



de maneira ponderada com todos os interesses em discussão, casuisticamente o interesse público<sup>597</sup>.

## 11.4. FASES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Outro ponto elementar que atrai nossa investigação é o que analisa as *fases* do processo administrativo. Trata-se de assunto no qual há considerável variação doutrinária quanto à terminologia adotada para a nomeação das fases e quanto à quantidade dessas. Odete Medauar, cuja doutrina será empregada<sup>598</sup>, sustenta a existência de apenas três etapas, diferentemente de Di Pietro, para quem existem, conforme já dito, no mínimo quatro.

A primeira, consoante Medauar, portanto, é denominada *introdutória* ou *inicial*, designando basicamente o começo do procedimento (e aqui vale, de fato, o termo procedimento, visto que, como já dissemos, para todo processo adota-se um procedimento), a qual pode se operar de ofício, vale dizer, por respectivo órgão administrativo competente para o processamento e para o julgamento; ou por iniciativa particular de interessado.

Na etapa *preparatória*, a segunda, ocorre a instrução do processo administrativo, preparando-o com todas as informações de fato e de direito necessárias, no que se incluem a produção de provas (como a juntada de laudos técnicos, a realização de audiências e de consultas públicas, a anexação de relatórios) e a juntada de defesa técnica, se preciso. Enfim, toda a instrução é feita sob o fito de preparar o processo para a cognição dos julgadores e para o julgamento.

Finalmente, em última posição, a *decisória* é a fase na qual a autoridade julgadora (lembrando que o órgão administrativo competente pode ser colegiado, isto é, ser composto por mais de um agente público julgador) profere sua decisão, aqui compreendendo-se igualmente demais atos ínsitos à decisão, como a notificação e a publicação. Evidenciamos, também, que respectiva decisão definitiva proferida nessa fase processual fica sujeita aos recursos administrativos nos termos dos arts. 56 a 65 da Lei nº 9.784<sup>599</sup>.

## 11.5. CLASSIFICAÇÕES DOGMÁTICAS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO.

Não poderíamos olvidar ainda neste capítulo a *classificação dogmática* dos processos administrativos. Nesse sentido, levaremos em conta a doutrina de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, bastante atualizada e satisfatória acerca do tema<sup>600</sup>.

Considerando que o autor toma por base determinados critérios classificatórios, eis que o primeiro deles é o da litigiosidade, segundo o qual um processo administrativo pode ser: *gracioso/não litigioso*, na hipótese de inexistir conflito de interesses; e *contencioso/litigioso*, quando, ao contrário, há conflito de interesses, entre a Administração Pública e administrado ou agente público. Exemplo da primeira espécie é o processo de licenciamento ambiental e da segunda o processo administrativo disciplinar<sup>601</sup>.

Outro critério classificatório empregado por Rezende de Oliveira contempla o objetivo do processo de ampliar ou de restringir interesses e direitos dos interessados. Dessa sorte, existem os tipos de processo: *ampliativo*, o qual pretende ampliar interesses e direitos, a exemplo do processo que viabiliza concessão, permissão ou autorização de uso bem público; e *restritivo/ablatório*, pelo qual direitos ou interesses do interessado (geralmente administrado, e não agente público) são tolhidos ou restringidos ou mesmo o próprio interessado é punido, em todos os casos por descumprimento de norma<sup>602</sup> administrativa, tendo por exemplos a revogação de autorização de uso de bem público

597 SCHIRATO, Vitor. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 115-135, out./dez. 2011.

598 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 169.

599 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 169.

600 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 403-404.

601 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 403-404.

602 Aqui se contempla a norma em sentido *lato*, isto é, sinônima de enunciado normativo.

(primeira hipótese) e a cassação de licença profissional (segunda hipótese)<sup>603</sup>.

Existe também a classificação no tocante ao campo de incidência do processo administrativo ou à relação jurídica por ele criada. Assim, o processo pode ser: *interno*, se tiver por parte agente público (servidor ou empregado públicos) vinculado ao próprio ramo da Administração Pública onde o processo tramita, o que seria o caso de processo disciplinar; e *externo*, uma vez que tenha por parte particular interessado, a exemplo do processo administrativo para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação<sup>604</sup>.

No mais, classificando acerca do conteúdo, o processo administrativo pode ser: *de controle*, quando a finalidade for realizar o controle jurídico de atos administrativos ou privados, que seria a hipótese do controle tributário e financeiro exercido pelo Tribunal de Contas; *punitivo*, o qual investiga e, sendo o caso, aplica sanções a agentes públicos (processo disciplinar) ou a particulares (a exemplo do processo que resulta no fechamento de estabelecimento privado pelo exercício do poder de polícia), em ambos os casos devido à prática de atos irregulares; *de outorga*, que reconhece e defere direitos aos administrados conforme seus interesses pleiteados, como o que delega a autorização de uso de bem público; e *de mero expediente*, aquele que não é dotado de significativo conteúdo decisório comparativamente aos demais, motivo pelo qual sequer carece de motivação – conforme apontado em linhas acima –, caracterizando-se pela simples tramitação interna de expedientes e de atividades administrativas, como o caso de solicitação de informações a órgão público<sup>605</sup>.

## 11.6. NOÇÕES BÁSICAS SOBRE A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E BREVES CONTROVÉRSIAS.

Por fim neste capítulo, teceremos breves comentários sobre a *coisa julgada administrativa*, em torno da qual remanesce grande polêmica. Em acepção genérica, o instituto da *coisa julgada* tem por objetivo estabilizar os conflitos e os litígios carregados ao órgão julgador, seja judicial ou administrativo, mediante um processo<sup>606</sup>. Visa a tornar imutável e indiscutível os termos decididos na decisão transitada em julgado, após esgotados ou preclusos os recursos cabíveis.

Ocorre que o regime jurídico da *coisa julgada* afeto aos processos judiciais não é de todo aplicado à seara processual administrativa. Assim, Egon Bockmann Moreira e Gabriel Jamur Gomes elencam, segundo a doutrina brasileira tradicional, o *poder geral de autotutela* da Administração Pública, a *unicidade da jurisdição* e o *princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário* (consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) como os principais empecilhos a que existisse um só tratamento do instituto. Portanto, a tendência é de se diferenciar a coisa julgada administrativa da judicial<sup>607</sup>.

Nada obstante, referenciados autores entendem que a abordagem doutrinária brasileira sobre o tema é insuficiente e, diante disso, reelaboram o conceito, adequando-o a nossa ordem administrativo-constitucional e apresentando também o fundamento da *segurança jurídica*, com fulcro no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. É que o propósito da *coisa julgada administrativa* é proteger os administrados interessados na estabilidade da demanda veiculada pelo processo administrativo. Logo, se a decisão administrativa for construída à guisa do *devido processo legal*, vale dizer, apoiando-se no *contraditório* e na *ampla defesa*, deve-lhe ser conferida a pecha da *coisa julgada*, o que não impede, é claro, eventual revisão judicial. Além disso, outro fundamento levantado por Moreira e por Gomes que almeja subsidiar o reconhecimento jurídico do instituto é o *princípio do nemo potest venire contra factum proprium*, o que significa que é defeso à Administração contrariar seu próprio comportamento e suas decisões, vale

603 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 403-404.

604 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 403-404.

605 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 403-404.

606 Aqui, novamente, não nos preocupamos em adentrar à discussão terminológica travada em linhas acima, malgrado o mais correto neste momento seria dizer *procedimento* ou *autos processuais*.

607 MOREIRA, Egon; GOMES, Gabriel. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

dizer, depois de exaurida a fase recursal processual administrativa<sup>608</sup>.

Já no tocante aos limites dessa modalidade de *coisa julgada*, tais autores explicam a existência das dimensões *objetiva* e *subjetiva*. A primeira se opera de forma bastante semelhante à *coisa julgada judicial*, na medida em que alcança tão-somente o teor declaratório e a parte dispositiva de respectiva decisão, não se estendendo aos fundamentos. Já sua dimensão subjetiva se diferencia bastante da *coisa julgada judicial*, apenas produzindo efeito interpartes e vinculando tão-somente a própria Administração Pública, especificamente o órgão administrativo prolator da decisão e as instâncias administrativas a ele subordinadas<sup>609</sup>.

Outrossim, o *poder da autotutela* administrativa não fica totalmente cerceado. Porém, a possibilidade de revisão da decisão se torna muito mais dificultosa e sujeita a rígidos critérios. Para tanto, a doutrina de aludidos autores prega que se deve respeito aos parâmetros da ação rescisória previstos no art. 966 do Código de Processo Civil de 2015, além do que é necessário observar o prazo decadencial de cinco anos estatuído no art. 54 da Lei nº 9.784/99<sup>610</sup>.

No que concerne à jurisprudência acerca da temática, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça mostram-se bastante oscilantes, não apresentando uniformidade nos julgados. Nada obstante, majoritariamente reconhecem a existência jurídica do instituto, seja mencionando expressamente a *coisa julgada administrativa* ou meramente se referindo ao instituto da *preclusão*, invocando, com efeito, na grande maioria dos casos, os fundamentos da *proteção da confiança*, da *segurança jurídica* e da *imutabilidade/estabilidade das decisões* relativamente aos particulares afetados. Por outro lado, também em posição majoritária tal jurisprudência entende que esse regime de *coisa julgada administrativa* difere da *coisa julgada judicial*, além de ser passível de revisão judicial posterior devido ao princípio da *inafastabilidade do Poder Judiciário*<sup>611</sup>.

## 11.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico.

CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Cândido. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico.

MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Egon; GOMES, Gabriel. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico.

SCHIRATO, Vitor. As partes do processo administrativo: os papéis da Administração Pública na Lei Federal de Processos Administrativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 115-135, out./dez. 2011.

608 MOREIRA, Egon; GOMES, Gabriel. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

609 MOREIRA, Egon; GOMES, Gabriel. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

610 MOREIRA, Egon; GOMES, Gabriel. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

611 MOREIRA, Egon; GOMES, Gabriel. A indispensável coisa julgada administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 239-277, maio/ago. 2018.

## CAPÍTULO 12 – PROCESSO ADMINISTRATIVO: PRINCÍPIOS

*Carlos Augusto Pena da Motta Leal*

**SUMÁRIO:** 12.1. Princípio do devido processo legal. 12.2. Princípio da oficialidade. 12.3. Princípio da gratuidade. 12.4. Princípios do contraditório e da ampla defesa. 12.5. Princípio da publicidade. 12.6. Princípio do informalismo procedimental. 12.7. Princípio da atipicidade. 12.8. Princípio da verdade material. 12.9. Princípio da pluralidade de instâncias. 12.10. Princípio da economia processual. 12.11. Princípio da participação popular. 12.12. Referências Bibliográficas.

### 12.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Estatuído no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal<sup>612</sup>, o devido processo legal (*due process of law*) é a garantia constitucional que propicia às partes a plena defesa de seus interesses e ao juiz os instrumentos para a busca da verdade real.<sup>613</sup> A partir do devido processo legal, temos a ideia de uma “relação jurídica justa e equitativa, desenvolvida com precisão que outorgue segurança ao administrado, ao mesmo tempo em que respeite sua dimensão moral.”<sup>614</sup>

Aplicado ao processo administrativo, o devido processo legal consiste em uma imposição de controle ao Estado em relação ao administrado, pautado sempre no princípio da legalidade, verdadeiro mantra da Administração Pública, como veremos repetidas vezes nos demais princípios. Como já vimos no Capítulo 3, a legalidade é pedra de toque dos princípios do processo administrativo, pois “o administrador público só pode agir com base naquilo que estiver expresso na lei formal”, ou seja, “com base nas espécies normativas do art. 59 da Constituição<sup>615</sup>”<sup>616</sup>, como emendas, leis, medidas provisórias, dentro outros. Dirley da Cunha Júnior ressalta que deveríamos falar em princípio da juridicidade, “na medida em que o processo administrativo não está submetido apenas à lei, mas a todo o Direito ou Sistema Jurídico do qual a lei é apenas uma de suas fontes e um de seus elementos integrantes”<sup>617</sup>.

O princípio em destaque pode ser individualizado quando contido na esfera administrativa, como sendo o devido

612 CRFB. “Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

613 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 47.

614 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 251.

615 CRFB “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

616 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 992.

617 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 564.

processo administrativo. A partir disso, podemos considerá-lo “consectário da cláusula do devido processo legal material”, o que transmite “a ideia de proporcionalidade dos meios aos fins a atingir da ação administrativa dos agentes públicos.”<sup>618</sup> Rafael Carvalho Rezende Oliveira divide o devido processo legal aplicado ao processo administrativo em procedimental e substantivo, sendo que no primeiro “a Administração deve respeitar os procedimentos e as formalidades previstas na lei”, e no segundo “a atuação administrativa deve ser pautada pela razoabilidade, sem excessos.”<sup>619</sup>

Todos os demais princípios informativos do processo administrativo derivam do devido processo legal<sup>620</sup> que, por esse motivo, é comumente chamado de sobreprincípio. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, o “devido processo legal é realmente um postulado dirigido diretamente ao Estado, indicando que lhe cabe o dever de observar rigorosamente as regras legais que ele mesmo criou.”<sup>621</sup> Podemos dizer, por conseguinte, que o devido processo legal, no Direito Administrativo, como já afirmado, serve para aplicar o princípio da legalidade ao processo administrativo, tornando o Estado servo da lei não só em relação ao direito material, mas também ao direito processual, seja ele litigioso ou não. Cabe ainda destacarmos a afirmação de Fernanda Marinela de que “o devido processo legal significa observar todos os demais princípios apontados no texto constitucional e na forma infraconstitucional”.<sup>622</sup>

Para que seja atendida a ideia de devido processo legal, temos os princípios da lealdade e da boa-fé, que têm como fundamento o princípio da moralidade administrativa, estatuído no artigo 37 da Constituição Federal<sup>623</sup>. Este princípio, que serve ao Direito Administrativo como um todo, obriga o administrador público a agir com base na razoabilidade, na honestidade, na moral comum e na moral jurídica, sendo esta originária das regras de conduta próprias da Administração.<sup>624</sup> Por consequência, temos a ideia de que as decisões proferidas no processo administrativo devem se pautar na razoabilidade e na proporcionalidade, uma vez que no procedimento administrativo, assim como em toda a Administração, as decisões proferidas devem ser adequadas à solução da situação, necessárias na hipótese concreta, e proporcionais aos fins a que se destinam<sup>625</sup>.

Especificamente no processo administrativo, a boa-fé e a lealdade obrigam a Administração Pública “a agir de maneira sincera, honesta, proibido qualquer comportamento astucioso, ardiloso ou que, por vias transversas, concorra para entravar a exibição das razões ou direitos do administrado.”<sup>626</sup> Dessa forma, o órgão responsável pelo processo deve ser transparente a todo momento e agir dentro do que a lei ou o seu próprio estatuto determina, em prol da legalidade e do devido processo legal.

## 12.2. PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE

Segundo o Princípio da Oficialidade, instituído pela Lei nº 9.784/1999, compete à Administração a instauração e o desenvolvimento do processo, independentemente da vontade do interessado, o que já indica forte diferença para o processo judicial.<sup>627</sup> É um princípio relacionado à responsabilidade administrativa, pois a Administração deve atuar e decidir por si mesma sem se limitar a alegações de partes no processo.<sup>628</sup> Com isso, é possível a atuação de ofício da Administração de diversas formas, vez que a conclusão do processo é fundamental a ponto de ser possível a penalização de servidor que atrase seu andamento.

618 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 992.

619 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 405.

620 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 280.

621 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1038.

622 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1159. Livro Eletrônico.

623 CRFB “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 [...]”

624 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 993.

625 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. pp. 565-566.

626 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 283.

627 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1039.

628 HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 173

“Diante da obrigatoriedade de alcançar o interesse público, a Administração não precisa aguardar impulso das partes.”<sup>629</sup> Nesse diapasão, percebemos que o princípio da oficialidade está presente de alguma forma em todas as fases do processo administrativo, permitindo que a Administração aja de ofício na instauração do processo, na sua fase instrutória e até na revisão das decisões. Até mesmo no caso em que o processo é instaurado por provocação de particular, a Administração é responsável pela movimentação do processo, devendo realizar o necessário para a sua instrução ser adequada.<sup>630</sup> Ressaltamos que a revisão dos atos é sempre possível quando não ocorre a sua preclusão<sup>631</sup>, tendo em vista o poder de autotutela sobre os atos administrativos, com fulcro na Súmula 473 do STF<sup>632</sup>. A autotutela também decorre do princípio da legalidade, que é base para todos os princípios relacionados ao processo administrativo.

É evidente, portanto, a importância da atuação da Administração Pública no processo administrativo, que tem poderes para agir de ofício em inúmeros atos processuais. Contudo, Sílvio Luís Ferreira da Rocha excepciona com clareza os processos de interesse exclusivo do administrado. Entendemos nesses casos que há uma maior proximidade com a inércia da jurisdição presente no processo judicial. No caso em que não reside na demanda um interesse coletivo que justifique a ampla atuação do órgão administrativo, este não tem a obrigatoriedade de chegar ao fim do processo em prol da verdade real, sendo permitido que o encerre prematuramente em caso de inércia do postulante.<sup>633</sup>

### 12.3. PRINCÍPIO DA GRATUIDADE

Diferentemente do processo judicial, em que há o princípio da onerosidade, o processo administrativo possui o princípio da gratuidade, pelo simples fato de a Administração Pública constar como parte.<sup>634</sup> Nesse sentido, “o processo administrativo não pode causar ônus econômicos ao administrado”<sup>635</sup>, já que a gratuidade é de sua essência, para atender ao interesse público, e ao interesse particular, se for o caso, com a Administração atuando na marcha processual.

Com exceção de cobranças específicas em leis esparsas, o artigo 2º, parágrafo único, XI, da Lei nº 9.784/99<sup>636</sup>, proíbe a cobrança de despesas judiciais no procedimento administrativo. Ainda, quanto à fase recursal, a Súmula 373 do STJ<sup>637</sup> e a Súmula Vinculante nº 21<sup>638</sup> estabelecem como ilegítima e inconstitucional a cobrança de quaisquer valores, excluindo o preparo como requisito de admissibilidade dos recursos administrativos. Como podemos notar, nos processos administrativos em geral não incidirão custas processuais, salvo disposição legal específica, desde que não gere um “empecilho injustificável à utilização do processo”<sup>639</sup>.

### 12.4. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Estabelecidos como direitos fundamentais no artigo 5º, LV, da Constituição Federal<sup>640</sup>, o contraditório e a

629 BALTAR NETO, Fernando Ferreira, e LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Direito Administrativo*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 549.

630 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 930.

631 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 824.

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

633 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 285.

634 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 826.

635 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 285.

636 Lei nº 9.784/1999 “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;”

637 Súmula 373 do STJ. “É ilegítima a exigência de depósito prévio para admissibilidade de recurso administrativo.”

638 Súmula Vinculante nº 21. “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

639 BALTAR NETO, Fernando Ferreira, e LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Direito Administrativo*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 549.

640 CRFB “Art. 5º. [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com

ampla defesa são princípios que caminham lado a lado e significam o dever de debates, o direito de influência e a possibilidade de uso de todos os instrumentos possíveis pelas partes para que se alcance o resultado justo. Joaquim Canuto Mendes de Almeida conceitua o contraditório como “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los”<sup>641</sup>, ao passo que Uadi Lammêgo Bulos define que a ampla defesa fornece o amparo necessário às partes para que levem ao processo os argumentos necessários para esclarecer a verdade.<sup>642</sup> O caráter contraditório do processo administrativo, segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, é “a possibilidade de fazer valer os diferentes interesses em jogo e de que esses interesses sejam adequadamente confrontados na presença de seus respectivos titulares, antes de se adotar uma decisão definitiva.”<sup>643</sup>

Assim, as partes têm direito a advogado, podem produzir provas, acompanhar os atos processuais, ver o processo, interpor recursos, dentre outros atos, desde que lícitos e pautados na boa-fé. Como se nota de sua essência, o contraditório e a ampla defesa servem aos litígios, tratados por processos para a solução dos interesses conflituosos, pelo que aos processos não litigiosos eles não se aplicam.<sup>644</sup>

De forma mais específica, o *caput* do artigo 2º da Lei nº 9.784/99<sup>645</sup> estabelece o contraditório e a ampla defesa como princípios da Administração Pública, e o artigo 41, § 1º, da Constituição Federal<sup>646</sup> obriga a Administração a respeitar esses princípios em processo contra servidor estável. Ademais, a Súmula Vinculante nº 3<sup>647</sup> assegura o contraditório e a ampla defesa às partes nos processos perante o Tribunal de Contas da União. Isso é confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, que a partir do RE-AgR 527.814/PR<sup>648</sup> fixou o entendimento de que o contraditório e a ampla defesa, previstos na Constituição, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos.<sup>649</sup> Notamos, portanto, que as exigências para a efetivação da ampla defesa são muito importantes no processo administrativo e, mais ainda, na sua espécie disciplinar<sup>650</sup>, como veremos de forma mais detalhada no Capítulo 13.

Do contraditório e da ampla defesa decorrem diversos subprincípios, que servem para assegurar o processo mais justo para o administrado e encontram guarida também no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, ainda que implicitamente. O primeiro deles é o princípio da audiência do interessado, a partir do qual este pode ser ouvido no processo administrativo o quanto for necessário para que sejam assegurados os seus direitos. O segundo subprincípio é o da acessibilidade aos elementos do expediente, que nada mais é do que o direito de vista dos autos garantido ao interessado para que se manifeste de forma adequada. O terceiro é o princípio da ampla instrução probatória, com o qual o indiciado pode produzir e oferecer provas, e a Administração deve fiscalizá-las<sup>651</sup>, para que tenham utilidade e não impeçam o desenvolvimento regular do processo.

Outro princípio decorrente do contraditório e da ampla defesa é o da motivação das decisões, que exige a

---

os meios e recursos a ela inerentes;”

641 ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 81.

642 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 993.

643 DE ENTERRÍA, Eduardo García, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo, Volume 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 474.

644 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1040.

645 Lei nº 9.784/1999. “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.”

646 CRFB “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”

647 Súmula Vinculante nº 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.”

648 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. [...] 2. O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica. Precedentes. [...] (STF - RE-AgR: 527814 PR, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/08/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-05 PP-00974).

649 MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 493.

650 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1160. Livro Eletrônico.

651 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. pp. 513-515.

fundamentação clara nos fatos e no direito para que a decisão mais justa seja proferida. A necessidade de motivação das decisões decorre do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal<sup>652</sup>, que dá ao povo a titularidade do poder, devendo ter conhecimento das razões que justificam os diversos atos administrativos<sup>653</sup>, o que inclui as decisões processuais. A partir da correta fundamentação da decisão administrativa, torna-se possível que o administrado se conforme ou se insurja contra a decisão<sup>654</sup>, o que fortalece o princípio da ampla defesa por via de consequência.

Ademais, temos também o direito de ser representado e assistido como consequência lógica do contraditório e da ampla defesa. Também com base no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, o administrado tem o direito de ser representado e assistido por profissional habilitado, que pode ser advogado ou assistente técnico. Não obstante, a depender do caso concreto, o indiciado tem a faculdade de optar ou não pelo defensor, como ocorre no processo disciplinar, o que será analisado no Capítulo 13.

## 12.5. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

A publicidade é princípio básico da Administração Pública, de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, e consiste no “dever do Estado de dar a maior divulgação possível aos atos que pratica. É o dever de transparência das atividades administrativas.”<sup>655</sup> A partir de tal princípio, qualquer interesse público, ainda que mínimo, justifica o acesso ao processo por qualquer pessoa.

A concretização da publicidade administrativa ocorre nos Diários Oficiais, nos editais ou em outros documentos de divulgação dos atos públicos.<sup>656</sup> Essa divulgação é essencial, vez que “as garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal apenas são eficazes se o processo pode desenvolver-se sob o controle das partes e da opinião pública.”<sup>657</sup> Com base nessa ideia, é simples percebermos a relevância da publicidade não só no processo em geral, como também no processo administrativo especificamente.

Aliados à Publicidade temos o direito à informação (art. 5º, XXXIII, *ad initio*, CRFB<sup>658</sup>) e o direito à obtenção de certidões (art. 5º, XXXIV, b, CRFB<sup>659</sup>), a partir dos quais todos podem saber sobre a situação interna dos órgãos públicos, bem como sobre os processos que neles tramitam. Aqui notamos uma clara diferença para o processo judicial, no qual é comum que apenas as partes e seus patronos tenham acesso aos autos. Não obstante, Di Pietro ressalta que devemos ter cautela quanto a esse fundamento, pois “o direito de acesso ao processo não se confunde com o direito de “vista”, que somente é assegurado às pessoas diretamente atingidas por ato da Administração, para possibilitar o exercício do seu direito de defesa.”<sup>660</sup> Outras previsões legais do princípio em comento são o artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que estatui a divulgação oficial dos atos da Administração e o direito à comunicação do interessado, e o artigo 3º, II, da mesma Lei<sup>661</sup>, especifica alguns direitos do interessado, que estão inseridos no Contraditório, como veremos adiante.

A limitação que há ao acesso aos autos diz respeito aos casos de sigilo em que se faz necessária a preservação

652 CRFB “Art. 1º. [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

653 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1165. Livro Eletrônico.

654 BALTAR NETO, Fernando Ferreira, e LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Direito Administrativo*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 546.

655 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1041.

656 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 996.

657 MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 421.

658 CRFB “Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”

659 CRFB “Art. 5º. [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;”

660 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 823.

661 Lei nº 9.784/1999. “Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...] II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;



da intimidade da pessoa ou do interesse social (art. 5º, LX, CRFB<sup>662</sup>) ou ainda por razões de segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, *in fine*, CRFB). Com exceção desses casos, a publicidade e o direito à informação tornam o processo administrativo acessível a qualquer particular interessado nos seus atos.<sup>663</sup>

## 12.6. PRINCÍPIO DO INFORMALISMO PROCEDIMENTAL

Diferentemente de outros tipos, o processo administrativo não possui um procedimento específico, havendo especificidades espalhadas por diversas legislações específicas e estatutos de órgãos administrativos. Assim, na falta de um regramento específico, ao contrário do processo judicial, o informalismo aqui elucidado inexistente à Administração um rigor grande sobre a forma de seu andamento.

A falta de formalidades rígidas não pode ser confundida, todavia, com desleixo.<sup>664</sup> Salientamos que “ao administrador caberá seguir um procedimento que seja adequado ao objeto específico a que se destinar o processo.”<sup>665</sup> Porém, isso não significa que o processo possa ser mal estruturado. A liberdade que a norma concede à Administração oportuniza a celeridade e o afastamento da burocracia procedimental, com a qual sofrem alguns processos judiciais. Todavia, essa liberdade não permite a realização de um processo insuficiente, que não obedeça a uma ordem lógica de atos processuais.

É evidente que o processo administrativo necessita da documentação de seus autos e de formalidade ao ser reduzido a escrito<sup>666</sup>, mas não há solenidades rígidas quanto ao seu caminhar. O formalismo procedimental pode ser visto nos processos em que se confronta o interesse público e o particular, como é o caso dos processos de licitação, disciplinar e tributário. Estes processos, que envolvem particulares, têm seu procedimento descrito em lei.<sup>667</sup> Notamos, portanto, que a busca por atender ao interesse público encontra limite na defesa dos direitos do particular, e porque não, no princípio constitucional da ampla defesa, a ponto de ser necessário que a lei imponha um procedimento específico a ser seguido pela Administração.

## 12.7. PRINCÍPIO DA ATIPICIDADE

Diferentemente do Direito Penal, no Direito Administrativo raramente a lei descreve com precisão a conduta ilícita, ou seja, falta o elemento da tipicidade em várias situações. Não obstante, a antijuridicidade está presente nas infrações administrativas, vez que a Administração deve atuar sempre pautada na legalidade, pelo que a conduta deve ser vista sempre como, no mínimo, antijurídica.

Questão relevante é o limite de atuação da Administração que, na falta de tipicidade, pode enquadrar a conduta no ilícito previsto legalmente com certa liberdade. O fundamento, contudo, deve ser sempre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. Ademais, a relevância do cargo também deve ser considerada para que se aplique a sanção mais correta. Di Pietro defende a aplicação do artigo 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>668</sup>, para que seja apreciada adequadamente a motivação do ato punitivo.<sup>669</sup>

A tentativa de controle da atuação da Administração para evitar processos administrativos com base em mera conveniência proíbe a cumulação de sanções. Em breve análise das legislações, é possível concluir que em sua maioria

662 CRFB “Art. 5º. [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;”

663 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 406.

664 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 931.

665 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1042.

666 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 405.

667 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 825.

668 LINDB. “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [...] § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.”

669 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 829.

falta a tipicidade, mas a doutrina majoritária defende a sua importância, ressaltando que seria necessária tê-la como requisito para aplicação de sanção administrativa, assim como ocorre na esfera penal. Todavia, a tipicidade no direito administrativo ainda é muito limitada<sup>670</sup>.

## 12.8. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL

Outro princípio que merece destaque é a Verdade Material, a partir da qual o administrador busca a verdade real que resulta efetivamente dos fatos que a constituíram, diferentemente da verdade formal, buscada pelo juiz no processo judicial com base nas provas produzidas. Pelo princípio da verdade material, “a Administração deve buscar aquilo que é realmente a verdade, com dispensa do que os interessados hajam alegado e acordado, embora este princípio não autorize a Administração a se afastar da prova produzida, sob o argumento de que os fatos reais foram diferentes.”<sup>671</sup> Isso significa que a Administração “não fica na dependência da iniciativa da parte ou das partes interessadas, nem está obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes.”<sup>672</sup> É evidente aqui a forte relação com o princípio da oficialidade, pois a Administração age de ofício na produção probatória em busca da verdade real.

Nesse diapasão, no processo administrativo, em que estão presentes interessados e Administração, o interesse público prevalece sobre o interesse particular no sentido de se atingir a verdade real, a ponto de ser permitida uma espécie de *reformatio in pejus* em determinadas situações e até mesmo a desconsideração da personalidade jurídica como instrumento no processo administrativo. Inclusive a prova ilícita, rejeitada por muitos Tribunais, tem sido admitida excepcionalmente pela doutrina em prol do interesse público, desde que se cumpram os princípios da moralidade e da proporcionalidade no caso concreto.<sup>673</sup> O que não pode ocorrer, no entanto, é o cerceio de defesa, porque, como já destacado anteriormente, o interesse público a ser atingido encontra limite no particular no que diz respeito ao seu direito constitucional de defesa.

## 12.9. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DE INSTÂNCIAS

Com base no princípio da pluralidade de instâncias, a Administração Pública pode exercer autotutela e rever seus próprios atos (Súmulas 34,6<sup>674</sup> e 4,73 do STF), podendo revogá-los ou anulá-los. Sílvio Luís Ferreira da Rocha<sup>675</sup> entende que o fundamento da pluralidade de instâncias é o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, principalmente por conta de sua parte final, pois “são assegurados o contraditório e a ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*”.

A amplitude da pluralidade de instâncias possibilita que o administrado interponha recursos hierárquicos até atingir a autoridade máxima do órgão administrativo, com exceção de órgãos federais, nos quais o processo pode ser analisado no limite de até três instâncias administrativas, de acordo com o artigo 57 da Lei nº 9.784/99<sup>676</sup>. Contudo, se a decisão em questão foi proferida pela autoridade máxima do órgão, seja porque o processo foi iniciado por ela ou proposto perante ela<sup>677</sup>, o administrado pode se valer apenas de pedido de reconsideração e, se não for atendido, deve buscar a via judicial para reformar o *decisum*.<sup>678</sup>

Também chamado de princípio da revisibilidade ou de princípio do duplo grau de jurisdição administrativa,

670 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 829.

671 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 284.

672 DALLARAI, Adilson Abreu, e FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 133

673 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 365-369.

674 Súmula 34,6 do STF. “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.”

675 DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 282.

676 Lei nº 9.784/1999. “Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.”

677 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 513.

678 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 830.

o princípio em destaque dá maior liberdade ao administrado se comparado com a atuação da parte nos recursos do processo judicial. Isso porque o indiciado pode produzir novas provas, requerer o reexame da matéria de fato e alegar o que não foi feito de início.<sup>679</sup> Podemos concluir que o fundamento para essa maior liberdade é, mais uma vez, o princípio da legalidade.

Independentemente do esgotamento das possibilidades recursais na via administrativa, o artigo 103-A, § 3º, da Constituição Federal<sup>680</sup> permite que o administrado proponha, ainda, reclamação administrativa ao STF. Trata-se de outro instrumento que reforça a grande variedade de possibilidades de o administrado alterar a decisão proferida contra ele. A ampla defesa, portanto, segue vastamente oportunizada ao indiciado.

## 12.10. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

De acordo com Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa.”<sup>681</sup> Com isso, entendemos que um dos princípios do processo administrativo é a economia processual, que tem a ela ligado o aproveitamento dos atos processuais. Seu fundamento é o princípio da razoável duração do processo, previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal<sup>682</sup>.

Repetidamente os princípios aqui analisados tem como base a legalidade, e neste caso não é diferente. Desde que pautada no que a lei prevê, a Administração pode se valer da economia processual em prol da celeridade. A limitação que há são os direitos fundamentais do administrado e o interesse público, pois a celeridade deve ser buscada desde que não gere prejuízo à Administração Pública. Por outro lado, a celeridade é essencial para a obediência dos princípios do processo administrativo de modo geral, sendo que “a lentidão processual é incompatível com a proteção do interesse público e jamais permitirá o exercício da verdadeira ampla defesa”<sup>683</sup>. Por isso, a Administração deve buscar a economia processual em pleno equilíbrio com os demais princípios, o que não é tarefa fácil para se alcançar a razoável duração do processo.

Temos como exemplo de economia processual a possibilidade de saneamento de processo em que há nulidade sanável, já que esta pode ser superada se não afeta a busca pela verdade real no processo. Por outro lado, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal não podem ser atropelados pela economia processual. Isso porque, embora a aplicação da economia processual busque efetivar no processo administrativo o princípio da eficiência<sup>684</sup>, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição, aqueles citados princípios são de evidente maior importância ao direito como um todo.

## 12.11. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

O princípio da participação popular, como já vimos, está proclamado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. A partir dele, diversas legislações definem medidas para que a Administração Pública permita ampla participação em processos administrativos. A Lei nº 9.784/99, como principal exemplo, prevê a consulta pública no seu artigo 31, a audiência pública no artigo 32, e a participação dos administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, no artigo 33<sup>685</sup>.

679 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 830.

680 CRFB “Art. 103-A. [...] § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

681 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 830.

682 CRFB “Art. 5º. [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

683 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1168. Livro Eletrônico.

684 DE ENTERRÍA, Eduardo García, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo, Volume 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 477.

685 Lei nº 9.784/1999 “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir

A consulta pública é faculdade da Administração, que pode divulgar informações sobre o processo nos meios oficiais quando “envolver assunto de interesse geral e desde que não cause prejuízo à parte interessada.”<sup>686</sup> A partir disso, interessados têm o direito de obter respostas fundamentadas da Administração sobre o assunto do processo. A audiência pública também é faculdade da Administração quando o processo envolve matéria considerada relevante, para que haja livre debate sobre o tema.

A consulta pública e a audiência pública são duas dentre as várias medidas que o órgão pode adotar para oportunizar ao administrado sua participação. Com isso, a Administração descentraliza as formas de atuação e amplia os instrumentos de controle<sup>687</sup>, trazendo, ainda que indiretamente, maior legalidade ao processo administrativo.

## 12.12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios Fundamentais de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- BALTAR NETO, Fernando Ferreira, e LOPES DE TORRES, Ronny Charles. *Direito Administrativo*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- DALLARAI, Adilson Abreu, e FERRAZ, Sérgio. *Processo Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- DA ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- DE ENTERRÍA, Eduardo García, e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo, Volume 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Livro Eletrônico.
- MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Volume 1: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

---

período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

686 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 832.

687 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 833.



# CAPÍTULO 13 – PROCESSO ADMINISTRATIVO: SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

*Carlos Augusto Pena da Motta Leal*

**SUMÁRIO:** 13.1. Sindicância. 13.2. Processo Administrativo Disciplinar 13.2.1. O Procedimento Administrativo Disciplinar. 13.3. Referências bibliográficas.

## 13.1. SINDICÂNCIA

A sindicância, no significado jurídico da palavra, é um procedimento de coleta e de exame de informações para se determinar a situação de uma coisa.<sup>688</sup> No âmbito administrativo, “é o meio sumário de que se utiliza a Administração do Brasil, para, sigilosa ou publicamente, com indiciados ou não, proceder à apuração de ocorrências anômalas no serviço público, as quais, confirmadas, fornecerão elementos concretos para a imediata abertura de processo administrativo contra o funcionário público responsável.”<sup>689</sup> Em suma, a sindicância administrativa tem como finalidade a apuração da irregularidade do fato e sua autoria.<sup>690</sup>

A nomenclatura é comumente mal utilizada, por isso cabe a nós explicitar o termo e o seu real sentido no Direito Administrativo. Como notamos, a sindicância é um procedimento administrativo de caráter não litigioso que objetiva apurar preliminarmente a existência da infração, sua autoria e seu elemento subjetivo, sem qualquer tipo de acusação a alguém.<sup>691</sup> Equivale ao inquérito policial, como fase pré-processual do processo penal.<sup>692</sup> Isso significa que se trata de um ato unilateral da administração, com o contraditório postergado ao momento processual posterior.

Salientamos que, de acordo com a Súmula Vinculante nº 14<sup>693</sup> e com o Estatuto da OAB, desde o procedimento inquisitório já deve ser garantido ao defensor do investigado amplo acesso às informações colhidas para a elaboração de futura defesa, sob pena de responsabilização do responsável pela sindicância por abuso de autoridade, com base no artigo 7º, XIV e XXI e §§ 10 a 12 do Estatuto da OAB. No entanto, a ampla defesa e o contraditório não precisarão ser observados na sindicância nos casos em que não houver previsão normativa sancionatória.<sup>694</sup>

688 E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1311.

689 CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 52.

690 GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Instituições de direito público e privado*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 103.

691 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1051.

692 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 836.

693 Súmula Vinculante nº 14. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

694 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 415.

Temos como exemplo de sindicância de cunho sancionatório a prevista nos artigos 143 e 145 da Lei nº 8.112/1990<sup>695</sup>, que serve para apurar irregularidade e pode ter como resultado: i) o arquivamento do processo; ii) a aplicação de advertência ou de suspensão de no máximo 30 dias; iii) a instauração do processo disciplinar. Na segunda hipótese, a sindicância funciona como processo sumário de aplicação de sanções, ao passo que nas demais situações é verdadeira fase pré-processual. Quando há previsão de sanção já na sindicância, o contraditório e a ampla defesa devem estar presentes.<sup>696</sup>

A partir do exemplo previsto na Lei dos Servidores Públicos é possível percebermos que, salvo exceções, a sindicância pode resultar na ausência de irregularidade cometida, situação em que o processo administrativo morre antes de sequer ter nascido<sup>697</sup>, ou na presença de fato imputável e autoria, sendo que, a depender da gravidade do ilícito, a autoridade ou a comissão responsável deve de imediato diligenciar a abertura do processo administrativo.

É possível notarmos a forte ligação da sindicância com o processo administrativo disciplinar, pois a partir das informações colhidas naquela, será instaurado, ou não, o processo principal. Jamais devemos confundir a sindicância com o processo em si, sendo que antigamente aquela era algumas vezes chamada equivocadamente de processo sumário, mas isso não afasta seu caráter preliminar e meramente informativo, de cognição mínima e distante da marcha processual necessária ao devido processo legal.

É evidente que em determinadas situações teremos primeiro a sindicância e depois o processo disciplinar, ainda mais se considerarmos a natureza jurídica de inquérito da sindicância. Assim, muitas vezes o resultado justo do processo principal necessita de uma maior apuração do caso, que só é possível com a sindicância. Por outro lado, no caso de apuração de falta leve na sindicância, ou seja, aquelas que “pela própria natureza de que se revestem causam um mínimo de transtorno ao serviço público”<sup>698</sup>, é possível, como já vimos, a aplicação de sanção sem a instauração do processo disciplinar, desde que tenha sido assegurada a ampla defesa, anteriormente, ao servidor indiciado.

A sindicância, em si, não possui procedimento específico estabelecido em lei, podendo ser realizada por funcionário ou por comissão de funcionários<sup>699</sup>, o que já indica forte diferença para o processo principal. Destacamos que a principal diferença entre a sindicância e o processo administrativo, segundo Carvalho Filho, é que “enquanto a sindicância é processo administrativo preparatório, inquisitório e tem por objeto uma apuração preliminar, o processo disciplinar principal é definitivo, contraditório e tem por objeto a apuração principal e, quando for o caso, a aplicação de sanção.”<sup>700</sup> Todavia, o processo administrativo é independente da sindicância, ou seja, existindo os elementos suficientes para sua instauração, o primeiro pode se dar sem que tenha sido realizado o segundo.

## 13.2. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Com base no poder disciplinar, a Administração Pública pode fiscalizar seus agentes e seus atos para aplicar penalidades diante de irregularidades ou atos ilícitos.<sup>701</sup> Nesse sentido, temos um instrumento próprio para o exercício do poder disciplinar com base na legalidade. Este meio é espécie de procedimento administrativo, e se chama Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

O Processo Administrativo Disciplinar “é o principal instrumento jurídico para formalizar a investigação e a punição dos agentes públicos e demais administrados, sujeitos à disciplina especial administrativa, que

695 Lei nº 8.112/1990. “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

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

696 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 415.

697 CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 59.

698 CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 69.

699 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 836.

700 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1051.

701 GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Instituições de direito público e privado*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 103.

cometeram infrações à ordem jurídica.”<sup>702</sup> Tal instrumento de controle é fundamental para a manutenção da ordem na Administração Pública, que deve estar sempre pautada em um sistema disciplinar, em prol da legalidade. Além disso, o processo disciplinar é elemento essencial para a realização do interesse público, um dos mantras da Administração. Destarte, é adotado um meio formal de caráter litigioso, com base na ampla defesa, no contraditório e no devido processo legal, para que a Administração exerça seu poder jurídico sobre o caso em busca da verdade real, mas seja oportunizada a defesa ao agente.

A utilidade do processo administrativo disciplinar reside no combate da Administração às faltas ou infrações disciplinares. Estas podem ser definidas como violação pelo funcionário de qualquer dever próprio de sua condição, ainda que não esteja especialmente prevista ou definida<sup>703</sup>. Isso já indica a desnecessidade de tipificação legal da conduta, o que veremos com mais detalhes adiante.

Na fase de apuração, seja por meio de sindicância ou por meio de inquérito administrativo, é necessário se averiguar a existência de ato ou omissão, a sua imputação a uma vontade livre e desembaraçada, e sua perturbação à eficiência do serviço público<sup>704</sup>. Conjugados esses elementos, tem-se a irregularidade que enseja a instauração do processo disciplinar.

Diferentemente do processo civil, cujo procedimento comum se pauta às inteiras no Código de Processo Civil, o processo administrativo disciplinar é dotado de pluralidade normativa, uma vez que é regulado pelo estatuto funcional de cada pessoa federativa, diante da sua autonomia. Nesse diapasão, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm individualmente regras próprias para esse tipo de processo, sendo a Constituição Federal o limite em comum.<sup>705</sup> Assim, por exemplo, em âmbito federal aplica-se a Lei nº 8.112/1990 e, subsidiariamente, a Lei nº 9.784/1999, como bem determina o seu artigo 69<sup>706</sup>. Cabe observarmos que, no silêncio da lei, a Administração daquele servidor pode adotar regras próprias, desde que estejam dentro dos limites constitucionais.

É necessário compreendermos que o procedimento comumente adotado no processo disciplinar é o que se encontra na Lei nº 8.112/1990. Ainda que seja lei específica para aplicação aos servidores federais, apresenta um procedimento que funciona como regra geral para as demais esferas de poder. Há diversos Estados e Municípios que possuem leis próprias sobre a matéria, assim como há determinados órgãos que possuem estatutos específicos, delimitando questões do processo disciplinar atinentes a sua esfera de poder. Mesmo assim, esses entes federativos não fogem da regra estabelecida na Lei nº 8.112/1990.

A averiguação de faltas funcionais é um poder-dever da Administração, e é por isso que o Processo Administrativo Disciplinar tem como objeto justamente a apuração de eventuais infrações praticadas pelos servidores públicos. O fundamento do princípio da legalidade é tão relevante na prática dos atos administrativos que o processo disciplinar comumente é instaurado de ofício pela Administração. Não obstante, sua instauração pode se dar também a partir de denúncia, com base no artigo 5º, IV, da Constituição<sup>707</sup>, e no artigo 144 da Lei 8.112/1990<sup>708</sup>.

Na instauração a partir de denúncia feita por particular, o anonimato é permitido quando o caso for de alto grau de seriedade, situação na qual a Administração pode atuar *ex officio*, com base na Súmula 611 do STJ<sup>709</sup> e no

702 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 414.

703 MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 230. IN: CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 68.

704 DA FONSECA, Tito Prates. *Lições de Direito Administrativo*. 7. ed. 1943. IN: CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 68.

705 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1049.

706 Lei nº 9.784/1999. “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

707 CRFB “Art. 5º. [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

708 Lei 8.112/1990. “Art. 144. As denúncias sobre irregularidades serão objeto de apuração, desde que contenham a identificação e o endereço do denunciante e sejam formuladas por escrito, confirmada a autenticidade. Parágrafo único. Quando o fato narrado não configurar evidente infração disciplinar ou ilícito penal, a denúncia será arquivada, por falta de objeto.”

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



princípio da oficialidade<sup>710</sup>, protegendo indiretamente o denunciante. O entendimento é de que o dever de investigação do ilícito pela Administração é mais importante do que a vedação do anonimato prevista no artigo 5º, IV, da Constituição Federal, tendo em vista a legalidade e a moralidade em que deve se pautar a Administração Pública.<sup>711</sup> Destarte, em diversos casos concretos é essencial que a Administração aceite a denúncia anônima para cumprir seu dever de investigação de ilícito praticado por servidor em sua esfera de poder.

Em suma, o processo administrativo disciplinar “trata, essencialmente, da ordenação dos atos e dos termos necessários à caracterização de autos típicos para a desenvoltura da instrução probatória e outros, ulteriores, típicos do julgamento ou pertinentes à fase recursal”.<sup>712</sup> É um conjunto de atos que, com sindicância anterior ou não, consiste em imputação, apuração, instauração, defesa, instrução, decisão e recursos. A seguir, detalharemos o procedimento propriamente dito do processo administrativo disciplinar.

### 13.2.1. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Inicialmente, a autoridade competente profere despacho para a instauração do processo quando tem notícia de irregularidade. Se houver elementos suficientes, não sendo necessária a sindicância, o processo administrativo disciplinar é autuado e encaminhado para a comissão disciplinar, um conjunto de servidores, com Presidente e Secretário, designados pela autoridade competente, responsável pelo parecer final opinativo.<sup>713</sup> No âmbito federal, por exemplo, o artigo 149 da Lei nº 8.112/1990<sup>714</sup> determina que a comissão será composta por três servidores estáveis e o presidente deve ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

A Comissão deflagra o processo por meio de Portaria, que equivale à denúncia do processo penal.<sup>715</sup> Aqui, devem estar presentes com clareza os elementos da denúncia, com a identificação do servidor acusado e a narrativa da suposta infração, para que o servidor possa se valer da ampla defesa. O Supremo Tribunal Federal “tem assentado que a capitulação do ilícito administrativo não pode ser demasiadamente aberta, ou genérica, a ponto de impossibilitar a efetividade do exercício do direito de defesa.”<sup>716</sup>

Ressaltamos que a instauração de processo disciplinar independe de ação penal já proposta, o que também afasta a suspensão daquele para aguardar o desfecho desta.<sup>717</sup> Contudo, Di Pietro salienta que “se, além da infração administrativa, o fato constituir ilícito penal, deve a comissão processante comunicar às autoridades policiais, fornecendo os elementos de instrução de que dispuser.”<sup>718</sup> Há que considerarmos ainda que há situações em que a decisão proferida na esfera penal vincula a decisão administrativa, pois a jurisdição penal possui uma predominância excepcional<sup>719</sup> em alguns casos, como nos crimes funcionais do peculato e da prevaricação, que são praticados pelo servidor contra a Administração Pública no exercício da função administrativa. Por fim, destacamos que a responsabilidade administrativa do servidor, embora independente da civil e da criminal na maioria dos casos, “será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”<sup>720</sup>.

Instaurado o processo disciplinar, passa-se para instrução, defesa e relatório, que conjugados compõem a

710 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

711 NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 290.

712 LUZ, Egberto Maia. *Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 106.

713 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 417.

714 Lei nº 8.112/1990. “Art. 149. O processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.”

715 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

716 MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 499.

717 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1055.

718 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

719 DA COSTA, José Armando. *Controle Judicial do Ato Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 225.

720 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 577.

fase processual comumente chamada de inquérito administrativo.<sup>721</sup> Assim, na fase instrutória a Administração busca trazer ao processo todos os elementos probatórios disponíveis, pois é sua função tomar a iniciativa para levantamento das provas, com base no princípio da oficialidade.<sup>722</sup>

Desde já, a comissão disciplinar, responsável pelo julgamento, deve citar o servidor acusado para que acompanhe a produção probatória sozinho ou acompanhado de advogado facultativamente (art. 3º, IV, Lei nº 9.784/1999<sup>723</sup>).<sup>724</sup> A representação é obrigatória no caso de nomeação de defensor dativo, quando o indiciado está em lugar incerto e não sabido, ou é revel (art. 164, § 2º, Lei nº 8.112/1990<sup>725</sup>), ou ainda na situação da Súmula 533 do STJ<sup>726, 727</sup>. Nesse caso, a comissão deve nomear funcionário, preferencialmente bacharel em direito, para defender o acusado.<sup>728</sup> A faculdade de representação do servidor compõe seu direito de defesa disponível, como se nota na Súmula Vinculante nº 5 do STF<sup>729</sup>, sendo que ele pode até mesmo renunciar ao processo administrativo para recorrer apenas na via judicial.

No caso de prova testemunhal, as testemunhas devem ser intimadas com 3 dias de antecedência (art. 41 da Lei nº 9.784/1999<sup>730</sup>) e não podem servir apenas para procrastinar a tramitação, sendo que o acusado pode realizar perguntas a elas.<sup>731</sup> De acordo com a Súmula 591 do STJ<sup>732</sup>, as partes podem se valer também de prova emprestada, que pode ser, inclusive, de processo criminal que não tenha transitado em julgado.

O processo segue para a defesa, na qual o servidor acusado é notificado para tomar vistas do processo e oferecer razões escritas. Ademais, pode produzir sua própria prova, caso as contidas nos autos não sejam suficientes para o exercício de seu direito de defesa. Tais faculdades do indiciado que, como já dito, também pode fazer perguntas às testemunhas, são essenciais para a regularidade do processo disciplinar, vez que o contraditório e a ampla defesa devem caminhar ao lado da legalidade e da oficialidade por toda a extensão do processo. Inclusive, o Supremo Tribunal Federal entende que “a recusa de reinquirição de testemunha configura lesão ao princípio da ampla defesa.”<sup>733</sup>

Feita a defesa, a comissão disciplinar responsável pelo andamento do processo deve elaborar o relatório do processo, que não vincula a autoridade decisória, opinando fundamentadamente sobre o caso para a absolvição ou para a aplicação de penalidade. Lembramos que essa comissão processante, formada por funcionários estáveis, deve ser órgão estranho ao relacionamento entre o funcionário e o superior hierárquico, para que seja assegurada ampla imparcialidade na fase instrutória.<sup>734</sup>

Apresentado o relatório, o processo é levado à autoridade competente que pode ainda declarar a nulidade do processo se verificar a ausência de legalidade, determinar o saneamento deste ou a realização de novas diligências

721 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 575.

722 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

723 Lei nº 9.784/1999. “Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: [...] IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.”

724 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 934.

725 Lei nº 8.112/1990. “Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal. [...] § 2º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.”

726 Súmula 533 do STJ. “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.”

727 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 417.

728 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

729 Súmula Vinculante nº 5. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”

730 Lei nº 9.784/1999. “Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.”

731 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1055.

732 Súmula 591 do 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.”

733 MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 499.

734 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 833.

probatórias.<sup>735</sup> Esta autoridade, em regra, é a que proferiu o despacho de instauração do procedimento, com exceção do caso em que a penalidade a ser aplicada excede seu âmbito de atuação, hipótese em que a decisão será proferida por autoridade superior<sup>736</sup>. Por fim, o julgador proferirá a decisão, no prazo não obrigatório de 20 dias, podendo adotar ou não os fundamentos apresentados pela comissão processante (art. 167, Lei nº 8.112/1990<sup>737</sup>).

O fato de o relatório da comissão disciplinar não vincular a autoridade decisória possibilita não apenas a elaboração de decisão diversa, mas também a ocorrência de *reformatio in pejus*, consoante entendimento do STJ no MS 8.184-DF<sup>738</sup> de que “é lícito à autoridade administrativa competente divergir e aplicar a penalidade mais grave que a sugerida no relatório da comissão disciplinar. A autoridade não se vincula à capitulação proposta, mas sim aos fatos.” Inclusive, tal estigma é permitido pelo artigo 168, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990<sup>739</sup>.

A respeito da decisão proferida pela autoridade competente, Carvalho Filho esclarece a plausibilidade da *reformatio in pejus* no âmbito administrativo quando afirma que “o agravamento da sanção proposta pela comissão de inquérito é corolário natural do caráter decisório do julgamento a ser proferido pela autoridade superior.” Com isso, entende que, no caso em que o relatório contraria as provas dos autos, é fundamental que o julgador profira decisão diferente, ainda que em prejuízo do acusado.<sup>740</sup>

Por outro lado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira entende que no caso em que a autoridade competente decide por uma sanção mais grave do que a sugerida pela Comissão, não se trata de *reformatio in pejus*, visto que não há uma nova decisão agravando a situação da decisão anterior. Existe apenas uma decisão no processo disciplinar, proferida pela autoridade competente, vez que, como já visto, o parecer da Comissão não possui natureza decisória.<sup>741</sup>

Em suma, realizada a apuração e identificado o nível de gravidade da conduta ou a legalidade ou ausência desta, o julgador profere a decisão, condenatória ou absolutória, aplicando a sanção cabível ou determinando o arquivamento do processo, respectivamente.<sup>742</sup> No caso em que se concluiu pela aplicação de sanção, o servidor pode pedir a reconsideração da decisão e recorrer à instância administrativa hierarquicamente superior, ou ainda pode requerer revisão com base na legislação estatutária.<sup>743</sup> No caso em que a infração foi identificada, a Administração pode desde já aplicar a sanção, com base na autoexecutoriedade administrativa. Todavia, deve observar com cautela o princípio da proporcionalidade, sob pena de ter o ato entendido como abuso de autoridade, o que o torna anulável diante de evidente afronta à legalidade.

Vale ressaltarmos que na fase recursal é viável a *reformatio in pejus*, com a autoridade superior agravando a sanção aplicada pela autoridade inferior, com base em aplicação supletiva do artigo 64, parágrafo único, da Lei

735 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 835.

736 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 576.

737 Lei nº 8.112/1990. “Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.”

738 MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RELATÓRIO DA COMISSÃO DISCIPLINAR. POSIÇÃO DIVERSA DA AUTORIDADE COMPETENTE PARA APLICAR A PENALIDADE. DEMISSÃO. LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO, EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA. NECESSÁRIO REEXAME DO MATERIAL PROBATÓRIO. Não há ilicitude no fato de a autoridade competente para aplicar a penalidade divergir do relatório da comissão disciplinar e impor pena mais grave que a sugerida. A autoridade vincula-se aos fatos apurados no Processo Administrativo Disciplinar e não à capitulação legal proposta por órgãos e agentes auxiliares. O mérito do ato administrativo pertence à autoridade competente, sendo vedado ao Poder Judiciário, em mandado de segurança, rever o juízo administrativo quando não se trata de afastar ilegalidades, mas de reapreciar provas. Segurança denegada. (STJ - MS: 8184 DF 2002/0014504-3, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 10/03/2004, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJ 29/03/2004 p. 169RSTJ vol. 181 p. 343).

739 Lei nº 8.112/1990. “Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos. Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.”

740 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1058.

741 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 418.

742 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1050.

743 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 835.

nº 9.784/1999<sup>744, 745/746</sup> Sobre o assunto, Régis Fernandes de Oliveira acentua com razão o limite natural que deve ser imposto à reforma da decisão, para que o agravamento da sanção não fuja da matéria devolvida pelo recurso a ponto de desmotivar o uso da via recursal por parte dos acusados.<sup>747</sup> Já a partir de um pedido de revisão da decisão, o artigo 182, parágrafo único, da Lei nº 8.112/1990<sup>748</sup> veda expressamente a reforma da decisão revisada em prejuízo do acusado.

Quanto ao prazo para conclusão do processo disciplinar, cabe a nós mera observação. Isso porque esta característica do processo varia do de um ente administrativo para outro. Logo, não há lei específica que estabeleça prazo máximo. Mesmo assim, o STJ determina em sua Súmula 592<sup>749</sup> que a Administração exceder o prazo estabelecido em seu estatuto causa nulidade se houver prejuízo à defesa. Mais uma vez, podemos notar a importância que é dada à ampla defesa no processo administrativo.

Com fundamento na autoexecutoriedade dos atos administrativos e na falta de efeito suspensivo dos recursos administrativos, como se nota no artigo 109 da Lei nº 8.112/1990<sup>750</sup>, a execução da sanção administrativa deve ser de forma imediata.<sup>751</sup> As penalidades disciplinares encontram-se previstas nos incisos do artigo 127 da Lei nº 8.112/1990<sup>752</sup> e podem ser de simples advertência até destituição do cargo ou função. Vale lembrarmos que essas sanções devem ser aplicadas sempre de forma proporcional ao que decidido no processo disciplinar, sob pena de configuração do ato como abuso de autoridade.

Apesar do imediatismo existente na aplicabilidade da sanção administrativa, a prescrição, que consiste no “modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele, por certo lapso de tempo”<sup>753</sup>, se faz presente no processo administrativo disciplinar, provocando a extinção da punibilidade quando consumada. A Lei dos Servidores Públicos Federais, por exemplo, estabelece 3 prazos prescricionais, nos incisos de seu artigo 142, para a instauração da ação disciplinar, sendo que a contagem se inicia quando o fato se torna conhecido, de acordo com o § 1º do mesmo artigo<sup>754</sup>.

O critério de início do prazo prescricional como sendo a data do conhecimento do fato busca “tornar efetiva a responsabilização de servidores públicos que cometam transgressões disciplinares, cuja prática, de acordo com o modo e a forma como foram perpetradas, se esquite normalmente ao conhecimento da administração.” Segundo José Armando da Costa, seria melhor o uso do termo “conhecível”, ou seja, passível de ser conhecido, pois o “fato conhecido” é fato apurado na instrução do processo disciplinar.<sup>755</sup> Nesse sentido, o prazo prescricional se inicia quando a autoridade competente toma conhecimento da ocorrência de um fato, que merece ser conhecido por meio

744 Lei nº 9.784/1999. “Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.”

745 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 418.

746 DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 569.

747 DE OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Biblioteca de estudos de direito administrativo, vol. 14: Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985. pp. 100-101.

748 Lei nº 8.112/1990. “Art. 182. Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor, exceto em relação à destituição do cargo em comissão, que será convertida em exoneração. Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade.”

749 Súmula 592 do STJ. “O excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar só causa nulidade se houver demonstração de prejuízo à defesa.”

750 Lei nº 8.112/1990. “Art. 109. O recurso poderá ser recebido com efeito suspensivo, a juízo da autoridade competente. Parágrafo único. Em caso de provimento do pedido de reconsideração ou do recurso, os efeitos da decisão retroagirão à data do ato impugnado.”

751 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 414.

752 Lei nº 8.112/1990. “Art. 127. São penalidades disciplinares: I - advertência; II - suspensão; III - demissão; IV - cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V - destituição de cargo em comissão; VI - destituição de função comissionada.”

753 E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1092.

754 Lei nº 8.112/1990. “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão; III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência. § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.”

755 DA COSTA, José Armando. *Controle Judicial do Ato Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. pp. 117-118.

de um processo disciplinar, para que se aplique ou não sanção adequada.

A incidência da prescrição sobre o processo administrativo encontra divergência quanto a sua interrupção. O artigo 142, § 3º, da Lei nº 8.112/1990<sup>756</sup>, por exemplo, que se aplica aos servidores federais, determina que a instauração da sindicância ou do processo disciplinar interrompe a prescrição até que seja proferida a decisão final, assim como em diversos estatutos. Aparentemente, isso faz com que o servidor indiciado fique à mercê de eventual demora para que seja proferida a decisão, afastando totalmente a utilidade da prescrição como benefício legal para o servidor. Contudo, ainda no exemplo da Lei dos Servidores Federais, seu artigo 152, *caput*, indica que o processo deve ser concluído em 120 dias<sup>757</sup>. Com base nisso, ou seja, “quando o processo disciplinar é sujeito a prazos fixados na lei,” “o prazo prescricional volta a correr após o período conferido à Administração para concluir o processo.”<sup>758</sup> Assim, a prescrição passa a ter real funcionalidade no processo disciplinar. Esse entendimento está estatuído na Súmula 635 do STJ<sup>759</sup>.

Salientamos, ainda, que até mesmo atos praticados pelo servidor em sua vida privada podem ser averiguados em processo disciplinar. Basta que tenham reflexo na função pública, de acordo com o entendimento firmado pelo STJ no MS 21.669-DF<sup>760</sup>. Ademais, apesar do que vimos sobre a prescrição, “a pretensão disciplinar permanece após o desligamento do servidor, ou seja, a aposentadoria e a exoneração, por exemplo, não impedem a instauração do processo administrativo para a apuração de faltas praticadas durante a vida funcional do servidor.”<sup>761</sup> É o que entendeu o STJ no julgamento do MS 9.497/DF<sup>762</sup>.

O processo administrativo disciplinar é procedimento obrigatório em diversas situações.<sup>763</sup> O artigo 41, § 1º, II, da Constituição Federal<sup>764</sup> obriga a instauração do procedimento disciplinar para a aplicação de penas de perda de cargo para funcionário estável. Nesse caso, o servidor público tem direito à ampla defesa no processo administrativo, à avaliação periódica de desempenho e ao aguardo do trânsito em julgado da sentença.<sup>765</sup> O artigo 146 da Lei nº 8.112/1990<sup>766</sup>, por sua vez, estabelece a necessidade do processo administrativo disciplinar para a aplicação

756 Lei nº 8.112/1990. “Art. 142. [...] § 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.”

757 Lei nº 8.112/1990. “Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.”

758 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1061.

759 Súmula 635 do STJ. “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.”

760 ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIRETOR PRESIDENTE DE FUNDAÇÃO DE NATUREZA PRIVADA. PROCESSO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ATOS ILÍCITOS. RECURSOS PÚBLICOS. COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO DA EDUCAÇÃO. LEGALIDADE. PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA COM RESTRIÇÃO AO RETORNO AO SERVIÇO PÚBLICO. CONTROLE JURISDISSIONAL DO PAD. EXAME DA REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO E DA LEGALIDADE DO ATO. INCURSÃO NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 4. A Constituição Federal de 1988, no caput do art. 37, impôs ao administrador as diretrizes para a gestão financeira do orçamento público, considerando os princípios norteadores da administração pública: moralidade, publicidade, eficiência, legalidade e impessoalidade. 5. Ausência da necessidade de que a conduta do servidor tida por ímproba esteja necessariamente vinculada com o exercício do cargo público. [...] 7. Hipótese em que, embora os atos ilícitos, apurados no PAD, tenham sido perpetrados em uma fundação de apoio de natureza privada, é perfeitamente legal a instauração do procedimento disciplinar, o julgamento e a sanção, nos moldes da Lei n. 8.112/1990 [...] 10. Mandado de segurança denegado. (STJ – MS: 21669 DF 2015/0060804-4, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 23/08/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/10/2017).

761 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 414.

762 MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DOS TRANSPORTES. EX-SERVIDORES DO DNER. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. APURAÇÃO DAS IRREGULARIDADES POSSIVELMENTE COMETIDAS QUANDO NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO ALEGADO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. Não se vislumbra o alegado direito líquido e certo, considerando que a Administração está, no exercício de seu direito, apurando as possíveis irregularidades dos impetrantes, quando no exercício de suas funções. Ordem denegada. (STJ – MS: 9497 DF 2004/0004991-0, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 22/09/2004, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJ 18/10/2004 p. 186).

763 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 833.

764 CRFB. “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1º O servidor público estável só perderá o cargo: [...] II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;”

765 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1025.

766 Lei nº 8.112/1990. “Art. 146. Sempre que o ilícito praticado pelo servidor ensejar a imposição de penalidade de suspensão por mais de 30 (trinta) dias, de demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, ou destituição de cargo em comissão, será obrigatória a instauração de processo disciplinar.”

de diversas sanções, como demissão e suspensão por mais de 30 dias.

Como notamos desses e de vários outros exemplos existentes, nos casos em que a infração tem como remédio administrativo sanção mais grave, a instauração do processo disciplinar é essencial para se garantir o contraditório e a ampla defesa ao servidor acusado. Assim, pudemos analisar as minúcias do processo administrativo disciplinar e destacar a sua importância em diversas situações práticas, seja como processo posterior à sindicância ou como instrumento independente, para fazer valer aos servidores o princípio da legalidade administrativa.

### 13.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- DA COSTA, José Armando. *Controle Judicial do Ato Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.
- DA FONSECA, Tito Prates. *Lições de Direito Administrativo*. 7. ed. 1943. IN: CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- DE OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Biblioteca de estudos de direito administrativo, vol. 14: Infrações e Sanções Administrativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRILLO, Marcelo Gomes Franco. *Instituições de direito público e privado*. São Paulo: Atlas, 2020.
- LUZ, Egberto Maia. *Direito Administrativo Disciplinar: Teoria e Prática*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 230. IN: CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 68.
- MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018. p. 414.



---

**PARTE IV**  
**RESTRICÇÕES DO ESTADO SOBRE A**  
**PROPRIEDADE.**





## CAPÍTULO 14 – DESAPROPRIAÇÃO: NOÇÃO, PRESSUPOSTOS E ESPÉCIES

*Diego Loureiro Cecato Nunes*

**SUMÁRIO:** 14.1. Noção. 14.2. Pressupostos. 14.3. Espécies. 14.3.1. Desapropriação por necessidade ou utilidade pública. 14.3.2. Desapropriação para fins de reforma agrária. 14.3.3. Desapropriação confiscatória. 14.3.4. Desapropriação disciplinada pelo Estatuto das Cidades. 14.4. Referências Bibliográficas.

### 14.1. NOÇÃO.

O direito de propriedade, assegurado no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, “pressupõe sempre a existência de um bem ou de uma coisa determinada, sobre a qual incide a ação de seu titular”<sup>767</sup>. Trata-se de direito absoluto e exclusivo a partir do qual o titular pode exercer todas as faculdades do domínio, como usar, gozar e dispor.

Contudo, tal direito possui como contraponto a sua função social, imposta pelo artigo 5º, XXIII, CRFB. Assim, “ao Estado será lícito intervir na propriedade toda vez em que não esteja cumprindo seu papel no seio social”. Isso ocorre pois, “com a intervenção, o Estado passa a desempenhar sua função primordial, qual seja, a de atuar conforme os reclamos de interesse público”<sup>768</sup>.

Nesse diapasão, o Estado pode intervir de forma restritiva, retirando faculdades relativas ao domínio, mas mantendo a propriedade do titular, ou intervir de forma supressiva, transferindo a propriedade para si. Esta segunda forma de intervenção do Estado, que causa ao titular a perda da propriedade, é a instituição político-administrativa da desapropriação.

Dessa forma, segundo José dos Santos Carvalho Filho, desapropriação é “o procedimento de direito público pelo qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, normalmente mediante o pagamento de indenização”<sup>769</sup>. Caracteriza-se como procedimento de direito público pois consiste num conjunto de atos do Estado e do proprietário que são regidos por normas de direito público.

De forma semelhante, Rafael Carvalho Rezende Oliveira define o instituto como “a intervenção do Estado na propriedade alheia, transferindo-a, compulsoriamente e de maneira originária, para o seu patrimônio, com fundamento no interesse público e após o devido processo legal, normalmente mediante indenização”<sup>770</sup>. O fato da aquisição da propriedade ser de forma originária faz com que a desapropriação seja irreversível e que tenha extinto todo direito real de terceiro sobre a coisa.

767 E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 476.

768 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 881.

769 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 882.

770 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 657.

Desapropriação, palavra que se origina do termo em latim “*propriu*”, significa a perda da propriedade de alguém, é uma retirada compulsória da propriedade, sendo o pagamento da indenização de cunho compensatório. É, como supramencionado, uma forma de aquisição originária, sob a qual não incide o ITBI (Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis). Isso significa que para a ocorrência do ato expropriatório importa apenas a vontade do Estado, descartando-se a vontade do proprietário.

Como notamos de seu conceito, a desapropriação tem como objetivo primordial a transferência do bem expropriado para o expropriante que, no caso, é o Estado. Contudo, compreendemos que tal finalidade só pode ser atingida se o ato se pautar na utilidade pública ou no interesse social. Ainda, salientamos a necessidade de se indenizar, em regra, o antigo proprietário, como contraprestação à perda da propriedade.

Trazemos à baila o pouco visto instituto civilista da expropriação social, regrado no artigo 1228, § 4º, do Código Civil. Tal modalidade expropriatória é realizada por particulares nas condições previstas no *codex*, sendo determinada a indenização ao expropriado e tendo sua disciplina pelo direito privado, pelo que não se identifica com a desapropriação.

Também de breve análise do conceito é possível extrairmos que a natureza jurídica da desapropriação é de procedimento administrativo-judicial, que consiste num conjunto de atos do Poder Público e do particular que necessitam de formalização. Tal procedimento, como já diz o nome, possui a fase administrativa, “na qual o Poder Público declara seu interesse na desapropriação e começa a adotar as providências visando à transferência do bem”, e a fase judicial, quando não há acordo, “consubstanciada através da ação a ser movida pelo Estado contra o proprietário”<sup>771</sup>.

Ao interpretarmos de forma ampla o artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365/1941, podemos notar que a desapropriação tem como objeto bem móvel ou imóvel que possua valor pecuniário, seja ele corpóreo ou incorpóreo, pois ações e cotas, por exemplo, também estão sujeitas a desapropriação.

Ainda que muito abrangente o objeto, vez que consta no citado artigo a expressão “todos os bens podem ser desapropriados”, existem impossibilidades jurídicas e materiais que excepcionam a regra. Nas impossibilidades jurídicas, a lei torna o bem insuscetível de desapropriação. É o caso da propriedade produtiva que não pode ser desapropriada para fins de reforma agrária, e a hipótese de desapropriação, por um determinado Estado, de bens particulares situados em outro Estado, pois dessa forma a desapropriação estaria se desassociando do fator territorial, culminando na violação da autonomia estadual dentro de seu território. A impossibilidade material, de seu turno, é aquela que advém da natureza do objeto, ou seja, determinado bem naturalmente não pode ser desapropriado, como por exemplo direitos personalíssimos e pessoas físicas e jurídicas, que devem ser consideradas sujeitos de direito, e não objetos de direito. Caio Mário da Silva Pereira esclarece que “distingue-se da impossibilidade material a jurídica, sendo a primeira condizente com a faculdade de realização do objeto em si mesmo, e a segunda dizendo respeito à sua consecução na conformidade com a ordem jurídica”<sup>772</sup>.

Especificamente sobre os bens públicos, estes são suscetíveis de desapropriação com base na preponderância do interesse, emanada de interpretação do artigo 2º, § 2º do Decreto-lei nº 3.365/1941, em que a União pode desapropriar de todos os entes federativos, pois prevalece o interesse nacional, e os Estados podem desapropriar dos Municípios, pois em seguida há o interesse regional, sempre a partir de autorização legislativa. É simples notarmos que o interesse local, dos Municípios, nesse caso é extremamente limitado, pois estes, por serem o menor dos Entes estatais da cadeia, não tem poder expropriatório sobre os bens de nenhuma das Entidades federativas maiores. Essa ideia da preponderância dos poderes da esfera administrativa aplica-se também para os bens de atribuídos a administração indireta, como autarquias, sociedades de economia mista, fundações públicas e empresas públicas.

Matéria peculiar da desapropriação é sua competência, que merece aqui breve explanação de suas regras básicas. A Constituição e a legislação infraconstitucional são responsáveis por esclarecer a variável competência inserida no procedimento expropriatório. Assim, o artigo 22, II, CRFB, determina a competência privativa da União para legislar sobre desapropriação. Quanto à competência para declarar a utilidade pública ou o interesse social do bem, visando

771 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 883.

772 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 19.

a desapropriação futura, esta é concorrente de União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com o artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365/1941. Por fim, a competência para promover a desapropriação, chamada de executória, tem como fundamento abrangente o artigo 3º do mesmo Decreto-lei.

## 14.2. PRESSUPOSTOS.

A desapropriação, para ser legítima, necessita do preenchimento de seu pressuposto primário, a utilidade pública, que nada mais é do que “o interesse, o proveito, a vantagem, que se possam tirar das coisas para satisfazer uma necessidade coletiva, ou em bem de todos. É, assim, pública porque vem satisfazer uma necessidade de ordem pública, ou se impõe por um interesse coletivo”<sup>773</sup>. Perceba que nesse conceito se encontram outros dois pressupostos englobados pela utilidade pública, que são a necessidade pública e o interesse social, de forma que tudo que for necessário para o Poder Público será, conseqüentemente, útil, como se nota no artigo 5º do Decreto-Lei nº 3.365/1941.

Em sede de diferenciação, Carvalho Filho, parafraseando Hely Lopes Meirelles, elucida que a utilidade pública se dá nas oportunidades em que a transferência do bem resta conveniente para a Administração, ao passo que a necessidade pública se configura com a decorrência de situações emergenciais, nas quais a solução demande a desapropriação do bem<sup>774</sup>. O interesse social, embora se trace no mesmo caminho, ocorre em situações que tem como foco a função social da propriedade, para se reduzir desigualdades, como no caso da reforma agrária.

Conforme o texto Constitucional, em seu artigo 5º, XXIV, a indenização do bem desapropriado deve ser justa, prévia e em dinheiro, por via de regra, sendo tal entendimento reforçado pelo artigo 32 do Decreto-Lei nº 3.365/41. A indenização serve como garantia fundamental de que o dano causado pela violação de um direito fundamental, no caso o direito à propriedade, seja protegido e reparado por quem o ofende, ou seja, o Estado, e faz valer os princípios da precedência, justiça e pecuniariedade.

Sobre seus requisitos, segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a indenização justa “é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado”<sup>775</sup>. O *quantum* indenizatório deve ser composto pelos danos emergentes, lucros cessantes, despesas processuais e honorários advocatícios, além de atualização monetária e juros, conforme entendimento do STJ<sup>776</sup>, já que o Estado tem a capacidade de expropriar o bem particular, mas deve fazê-lo sem infringir nenhum tipo de prejuízo financeiro.

Deste modo, quanto a indenização ser prévia, significa que o pagamento deve ser realizado antes da consumação da transferência do bem expropriado, mesmo que na prática ambos os atos aconteçam quase que no mesmo momento. Contudo, trata-se de pressuposto necessário para a concretização do instituto da desapropriação. As exceções a que se refere o artigo encontram-se no próprio texto constitucional, e são as desapropriações pela União, com o fim de Reforma Agrária, restrita tal possibilidade a terras improdutivas e a realizada pelos Municípios, no caso do art. 182, §4º, III, da CF.

Por fim, sobre o terceiro requisito presente na lei, a necessidade de ser em dinheiro a indenização, esta é a regra imposta pela legislação, tendo como exceções somente os casos de desapropriação para observância do Plano Diretor do Município (artigo 182, §4º, III, CRFB) ou desapropriação para fins de Reforma Agrária (artigo 184), conforme elucida Hely Lopes Meirelles<sup>777</sup>, exatamente as mesmas hipóteses nas quais não se faz obrigatório também a indenização prévia.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira complementa elucidando que “enquanto na desapropriação urbanística a indenização é realizada por títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos, em parcelas anuais, iguais e

773 E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1461.

774 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 883.

775 DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 905.

776 STJ: “Não incide imposto de renda sobre as verbas decorrentes de desapropriação (indenização, juros moratórios e juros compensatórios), seja por necessidade ou utilidade pública, seja por interesse social, por não constituir ganho ou acréscimo patrimonial” (Tese 9 da edição 49 da Jurisprudência em Teses do STJ) e “Na desapropriação é devida a indenização correspondente aos danos relativos ao fundo de comércio” (Tese 6 da edição 49 da Jurisprudência em Teses do STJ).

777 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 577.

sucessivas (artigo 182, § 4.º, III, da CRFB), na desapropriação rural a indenização é implementada por títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de até 20 (vinte) anos, a partir do segundo ano de sua emissão (artigo 184 da CRFB)”<sup>778</sup>.

## 14.3. ESPÉCIES.

### 14.3.1. DESAPROPRIAÇÃO POR NECESSIDADE OU UTILIDADE PÚBLICA.

Essa primeira modalidade é também chamada de desapropriação comum ou ordinária. Encontra fundamento no artigo 5º, XXIV, da CRFB, e se baseia na necessidade, na utilidade pública, ou no interesse social, havendo a indenização prévia, justa e em dinheiro para o expropriado. Ainda regulamentando a matéria, temos o Decreto-Lei 3.365/41, que dispõe sobre os casos de desapropriação por utilidade pública, e a Lei 4.132/62, que trata dos casos de desapropriação por interesse social. Além disso, pode o procedimento desapropriatório ser realizado por qualquer um dos Entes federados, sendo a única espécie que não demarca quais esferas governamentais poderão atuar nesta modalidade.

### 14.3.2. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA.

Comumente denominada desapropriação rural, esta segunda modalidade expropriatória está regradada pelos artigos 184 a 191 da CRFB, pela Lei nº 8.629/1993 e pela Lei Complementar 76/1993, e incide sobre imóveis rurais para fins de reforma agrária. Evidentemente, por consequência da própria definição desse tipo de desapropriação, desconsideramos os imóveis considerados urbanos, sob os quais podem incidir outros tipos de desapropriação. Contudo, a Constituição permite uma interpretação ampla do instituto, pela qual depreendemos que o objetivo da desapropriação pode, mas não necessariamente tem que ser a reforma agrária, podendo ser também qualquer outro em que seja cumprida a função social rural.

Destacamos que se trata de um tipo de desapropriação pautado no interesse social (artigo 5º, XXIV, CRFB), pois a perda da propriedade torna-se justa no momento em que não está atendendo sua função social, ou seja, o uso da propriedade não preenche os requisitos do artigo 186 da Carta Magna.

Cabe ainda destacar que a desapropriação rural, medida que impõem sanção, não se confunde com a desapropriação de imóvel rural por interesse social para fins de reforma agrária, a desapropriação originária. “Enquanto a desapropriação rural é de competência exclusiva da União e representa uma sanção ao particular que descumpre a função social do imóvel rural e recebe títulos da dívida agrária, a segunda é a desapropriação ordinária que pode ser implementada por qualquer Ente federado e exige o pagamento de indenização prévia, justa e em dinheiro”<sup>779</sup>.

A competência exclusiva da União Federal advém da finalidade do ato, que deve resultar na reforma agrária. Isso porque “a matéria rural abrange todo o território brasileiro e ostenta interesse de caráter nacional.” Isso significa que o “interesse público a ser protegido extrapola o âmbito estadual, distrital e municipal”<sup>780</sup>.

O artigo 186 da Constituição Federal, em seus incisos I a IV, elucida o que é a função social rural. A partir disso, podemos concluir que a desapropriação não terá fundamento, ou seja, a função social rural está sendo cumprida, quando: i) a propriedade tem aproveitamento racional e adequado, segundo o artigo 6º, §§ 1º a 7º da Lei nº 8.629/1993; ii) há o uso adequado dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente, com base no artigo 9º §§ 2º e 3º da Lei nº 8.629/1993; iii) há respeito às leis trabalhistas, aos contratos de trabalho e aos contratos de arrendamento e de parceria rurais, de acordo com o artigo 9º, § 4º da Lei nº 8.629/1993; iv) a exploração preserva o bem-estar do proprietário e dos trabalhadores, garantindo-se necessidades básicas e segurança, com fulcro no artigo 9º, § 5º da Lei nº 8.629/1993.

A desapropriação rural apresenta uma forma de indenização peculiar ao expropriado. Em regra, ela se dá com

778 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 674.

779 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 661.

780 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 954.

base no artigo 184 da Constituição, por meio de títulos da dívida agrária emitidos pelo Governo Federal, em que se retrata o valor e o direito de crédito do titular. Com o título em posse, o expropriado possui um prazo para resgate, que varia proporcionalmente à extensão da área expropriada, segundo o artigo 5º, § 3º da Lei nº 8.629/1993. Não obstante, em relação às benfeitorias necessárias e úteis, segue-se a regra geral da indenização paga em dinheiro, com fulcro nos artigos 184, § 1º, Constituição Federal, e 5º, § 1º, Lei nº 8.629/1993, através de precatórios, conforme o artigo 100 da CRFB. Ainda sobre a indenização a ser paga ao expropriado, na modalidade rural não há juros compensatórios, uma vez que a desapropriação é fruto da inobservância da função social da propriedade rural, e tem caráter sancionatório, e visa punir a violação ocorrida na propriedade.

De acordo com o artigo 185 da Constituição Federal, a pequena e média propriedade rural cujo proprietário não possua outra e a propriedade produtiva, definida no artigo 6º da Lei nº 8.629/1993, são insuscetíveis de desapropriação rural. Por conseguinte, qualquer ação expropriatória que busque a transferência desses tipos de propriedades deve ser extinta sem resolução de mérito, com fulcro na impossibilidade jurídica do pedido.

A desapropriação rural possui procedimento especial, fundamentado no artigo 184, § 3º da Constituição e na Lei Complementar nº 76/1993, que pressupõe um procedimento administrativo prévio para se identificar os elementos para a ação judicial. Justamente por se tratar de procedimento especial, a ele se aplica o princípio da subsidiariedade esculpido no artigo 318, § único do CPC.

Assim, primeiramente temos o procedimento administrativo, que se origina com o decreto do Presidente da República de declaração do interesse social para desapropriação, sendo este passível de anulação por mandado de segurança que confronte sua legalidade. Devemos observar que, publicado o decreto, a ação judicial de desapropriação deve ser ajuizada em até 2 (dois) anos (artigo 3º, Lei Complementar nº 76/1993). Pois bem, após a expedição do decreto, as autoridades federais podem realizar vistoria e avaliar o imóvel, para adquirirem elementos para a petição inicial da ação judicial, podendo, inclusive, se valer de força policial no caso de resistência do proprietário (artigo 2º, § 2º, Lei nº 8.629/1993).

Ainda que esse procedimento especial organize os atos do expropriante, permite que o futuro expropriado possa responsabilizar as autoridades por perdas e danos no caso de força policial excessiva e possa interpor recurso para impugnar o laudo de vistoria do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), autarquia federal responsável pelas ações de desapropriação rural e pela indenização a ser paga ao expropriado.

Realizada a fase pré-processual de cunho administrativo, o procedimento judicial pode ser iniciado pela União Federal ou por pessoa de sua administração indireta, no caso, pelo INCRA. A petição inicial expropriatória deve conter, além dos requisitos básicos do artigo 319 do CPC, a oferta do preço, e deve ser acompanhada dos seguintes documentos: i) decreto, publicado no Diário Oficial; ii) certidões imobiliárias do bem; iii) documento cadastral do imóvel; iv) laudo de vistoria e avaliação administrativa; v) prova do lançamento dos títulos da dívida agrária, suficientes para a indenização; vi) comprovante do depósito bancário do valor correspondente à oferta do preço para indenizar as benfeitorias úteis e necessárias.

Em seguida, o juiz determina a imissão do autor na posse do imóvel e expede mandado para averbação da ação no registro do imóvel. Diferentemente de outros procedimentos, o juiz pode designar desde já audiência de instrução e julgamento para fixar o valor indenizatório (artigo 6º, §§ 1º a 6º da LC nº 76/1993). A Contestação deve ser protocolada em 15 (quinze) dias, na qual não se pode tratar do interesse social, assunto exclusivo de valoração por parte do expropriante autor da ação. O expropriado pode discutir, por exemplo, o valor da indenização. Apresentada a contestação, a fase instrutória tem curso normal, com intimação do Ministério Público Federal para se manifestar, perícia para se auferir a indenização e possibilidade de acordo para encerrar o processo mais cedo. Ressalvamos que no caso de invasão do imóvel, o processo expropriatório deve ser suspenso, já que, segundo o artigo 2º, § 6º da Lei nº 8.629/1993, o imóvel invadido não pode ser vistoriado, avaliado ou desapropriada nos dois anos seguintes à desocupação, ou no dobro do prazo, em caso de reincidência.

Finalizada a instrução, o juiz deve proferir sentença individualizando o valor do imóvel, das benfeitorias e dos outros componentes do valor indenizatório, com base no artigo 12, § 3º, LC nº 76/1993. O expropriado pode apelar contra a sentença em buscando alteração do *quantum* indenizatório, sem efeito suspensivo, ao passo que o expropriante pode apelar com o benefício do efeito suspensivo. Contudo, se a indenização ultrapassa 50% (cinquenta

por cento) do valor ofertado, a sentença deve passar pelo duplo grau de jurisdição, segundo o artigo 13, § 1º, da LC nº 76/1993. Após o trânsito em julgado, assim que registrado o nome do expropriante no registro do imóvel, não é mais possível a sua reivindicação, tendo em vista o artigo 21 da Lei Complementar nº 76/1993.

### 14.3.3. DESAPROPRIAÇÃO CONFISCATÓRIA.

A terceira modalidade de desapropriação é a confiscatória, que está prevista no artigo 243 da Constituição Brasileira, e consiste na expropriação de terreno onde há culturas ilegais de plantas psicotrópicas (Lei 8.257/1991) ou exploração de trabalho análogo à escravidão. Diante desses pressupostos, o expropriado não faz jus a qualquer indenização, e sua propriedade é destinada para Reforma Agrária ou para programas de habitação popular. Além disso, a ausência de indenização não influencia na possibilidade de aplicação de outras sanções legais contra o ato do proprietário que ensejou o confisco de sua propriedade.

A desapropriação-confisco, que busca combater o trabalho análogo à escravidão e o tráfico de entorpecentes, pode ter como objeto tanto propriedade rural quanto urbana. De acordo com o artigo 243, parágrafo único da Constituição, todos os bens confiscados, sejam eles móveis ou imóveis, serão revertidos a um fundo especial com destinação específica. Além disso, o Decreto nº 577/1992 estatui que a Polícia Federal e o INCRA são os responsáveis pela fiscalização e identificação das áreas e cultivo ilegal para tomarem as providências cabíveis.

Sobre o procedimento, diferentemente de outras modalidades expropriatórias, a desapropriação-confisco não necessita da expedição inicial de decreto, pelo que a fase pré-processual está contida nos atos preparatórios dos entes específicos para o posterior ajuizamento da ação. Ressaltamos que essa modalidade expropriatória não se aplica a bens públicos, pois, segundo Carvalho Filho, “é inconcebível que os pressupostos da desapropriação – o cultivo ilegal de plantas psicotrópicas e a exploração de trabalho escravo – provenham de atividade estatal.” O autor entende que “se algum desses fatos se verificar, há de ser imputado a pessoas físicas, sem dúvida os autores do ilícito, e não o Estado, que, quando muito, poderá ter responsabilidade por omissão”<sup>781</sup>.

Sobre a extensão da desapropriação confiscatória, a partir de interpretação da Lei nº 8.257/1991, a literatura jurídica e a jurisprudência possuem entendimento semelhante, crendo que a desapropriação deva alcançar a propriedade integralmente, independentemente do cultivo ou trabalho escravo ser exercido apenas em parte dela do terreno.<sup>782</sup> Isso pois “o proprietário tem o dever de vigilância sobre sua propriedade, de modo que é de se presumir que conhecia o ilícito”<sup>783</sup>, e a “prestigiar a desídia e a má-fé”<sup>784</sup>.

Finalizada a fase pré-processual, cabe a nós tecer breves comentários sobre o procedimento célere dessa modalidade expropriatória na fase processual, regido pela Lei nº 8.257/1991. A petição inicial deve seguir as regras gerais do artigo 319 do CPC. Após o ajuizamento da ação de desapropriação confiscatória, o juiz ordena a citação e já nomeia perito, com prazo de 8 dias para a entrega do laudo. O magistrado pode conceder a imissão liminar da posse, a partir da qual deve designar audiência de justificação para que o expropriado exerça seu contraditório. O réu tem 10 (dez) dias para contestar a partir da juntada do mandado e, em seguida, o juiz deve designar a audiência de instrução e julgamento em até 15 (quinze) dias contados do protocolo da defesa. Nesse tipo expropriatório o Ministério Público também deve ser intimado para manifestação sob pena de nulidade, com base no artigo 178, I, do CPC, vez que a Lei nº 8257/1991 é omissa nesse ponto. Juntado o laudo pericial, a instrução se encerra e o juiz tem 5 (cinco) dias para proferir sentença, que é apelável. Transitada em julgado, o imóvel confiscado é incorporado ao acervo da União Federal. Devemos ressaltar que, segundo o artigo 17 da citada Lei, a desapropriação confisco tem relevância tal que nenhum direito de terceiro pode ser contraposto ao expropriante, ou seja, não há justificativas para cometimento destas ilegalidades trazidas na Carta Magna.

781 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 963.

782 Nesse sentido: STF, Tribunal Pleno, RE 543.974/MG, Rel. Min. Eros Grau, DJe-099 29.05.2009, p. 1.477, Informativo de Jurisprudência do STF n. 540.

783 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 964.

784 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 662.

#### 14.3.4. DESAPROPRIAÇÃO DISCIPLINADA PELO ESTATUTO DAS CIDADES.

Também chamada de desapropriação urbanística sancionatória, a última modalidade está prevista no artigo 182, § 4º, III, da CRFB e é regulada pelo Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01). É um verdadeiro “instrumento de política urbana, de caráter punitivo, executado através da transferência coercitiva do imóvel para o patrimônio municipal”<sup>785</sup>.

Essa modalidade de desapropriação tem como finalidade a penalização do proprietário de solo urbano que não atende à exigência de promover o adequado aproveitamento de sua propriedade ao plano diretor municipal. Assim, o Estado, visando adequar o solo ao conteúdo do plano diretor, desapropria o bem. Este plano exige que o solo urbano seja com ele compatível, porque somente assim estará atendendo a função social (artigo 182, § 1º, CRFB), impedindo a existência de imóveis não edificadas, subutilizados e não utilizados.

Como percebemos do objetivo dessa desapropriação, é do Município a competência privativa para realizá-la, de acordo com o artigo 182, § 4º, III, da Constituição, pois a política urbana compete somente aos entes municipais, sendo este tipo de desapropriação enquadrada como tal. Assim, em caso de descumprimento do plano diretor municipal, o Município, primeiramente, emite ordem de edificação ou parcelamento compulsórios. Em seguida, caso a situação perdure, impõe IPTU progressivo no tempo, e, no caso de insucesso após a adoção consecutiva das duas medidas, deverá fazer uso da desapropriação urbanística sancionatória.

Lembramos, ainda, que assim como na desapropriação rural, aqui a indenização se dá por meio de títulos da dívida pública. Com base no artigo 8º, § 1º, do Estatuto das Cidades os títulos devem ter aprovação prévia do Senado, tem prazo de resgate de 10 (dez) anos e juros legais de 6% (seis por cento) ao ano. Assim como na desapropriação rural, aqui não incidem juros compensatórios sobre a indenização, pois se trata de modalidade expropriatória nitidamente punitiva.

Diferentemente de outras modalidades, nesta os efeitos vão além da transferência da propriedade. Aqui há um efeito derivado, ou sucessivo, em que o artigo 8º, § 4º do Estatuto das Cidades obriga o Município a proceder ao aproveitamento do imóvel, por conta própria ou por meio de alienação ou concessão a terceiro, por procedimento licitatório, no prazo de 5 (cinco) anos a partir de seu ingresso no acervo municipal, sob pena de sanções por improbidade administrativa.

O procedimento da desapropriação urbanística sancionatória segue o Decreto-lei nº 3.365/1941, no que couber. Contudo, salientamos que aqui não é necessário o decreto expropriatório exigido na modalidade ordinária, pois o proprietário já está plenamente ciente da possibilidade de desapropriação tendo em vista as sanções que lhe foram aplicadas anteriormente e se mostraram inefetivas, resultando na adoção de medida mais drástica e enérgica, levando à necessidade de desapropriação do bem para que seja alcançado um melhor uso do bem.

#### 14.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

E SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.





# CAPÍTULO 15 – DESAPROPRIAÇÃO: FASES E IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE

Caio Francisco Azevedo Souza

**SUMÁRIO:** 15.1. Fase declaratória. 15.2. Fase executória. 15.2.1. Via administrativa ou extrajudicial. 15.2.2. Via judicial. 15.2.2.1. Imissão provisória na posse. 15.3. Referências bibliográficas.

A desapropriação só se perfaz em plano fático através de um procedimento expropriatório. Este, subdivide-se em duas fases imprescindíveis para que o Poder Público adquira de forma originária a propriedade. A primeira é a fase declaratória, “consustanciada na declaração de utilidade pública” e a segunda é denominada fase executória, na qual serão tomadas “providências concretas para efetivar a manifestação de vontade consustanciada na declaração de utilidade pública”, como sem desvios define Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>786</sup>. A fase executória, por sua vez, poderá se efetivar tanto pela via administrativa quanto pela judicial, como veremos em tópico próprio.

## 15.1. FASE DECLARATÓRIA

Conforme preleciona Dirley da Cunha Júnior, “A fase declaratória é aquela que dá início e deflagra o procedimento expropriatório, sem a qual *este* não tem tramitação regular”<sup>787</sup>. Portanto, o Poder Público irá *a priori* manifestar sua vontade de transferir determinado bem para o seu patrimônio, com base no interesse público. Essa manifestação de vontade ocorre por meio de uma declaração de utilidade pública, também conhecida como declaração expropriatória, decreto expropriatório ou ato expropriatório.

Na declaração expropriatória, segundo destacam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “o Poder Público declara a existência de utilidade pública ou interesse social para a desapropriação de determinado bem, pois estes são os pressupostos constitucionais que legitimarão a futura transferência de tal bem para o seu domínio”<sup>788</sup>. Ademais, devemos ressaltar que a declaração é ato administrativo, portanto, deve observar aspectos de conteúdo e formalização.

Segundo aponta José dos Santos Carvalho Filho, a declaração precisa, em primeiro lugar, “individuar, com precisão, o bem ou os bens nos quais o Poder Público tem interesse para fins expropriatórios. Sendo assim, não têm legitimidade declarações genéricas”<sup>789</sup>. Isto é, a mera indicação de que todos os bens de uma determinada região têm utilidade pública, sem a respectiva indicação e descrição de cada um deles, não será suficiente para que o ato

786 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 902.

787 JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Administrativo: 14. ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 428.

788 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2011. p. 971.

789 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 977.

produza os efeitos jurídicos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que no conteúdo do decreto expropriatório devem estar indicados “o sujeito passivo da desapropriação, a descrição do bem, a declaração de utilidade pública ou interesse social, a destinação específica a ser dada ao bem, o fundamento legal e os recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa”<sup>790</sup>.

Outrossim, indispensável é o que nos recorda Marçal Justen Filho ao destacar que o interesse a ser satisfeito com a desapropriação deve compor o conteúdo da declaração sobretudo “para o fim de comprovar a ausência de outra solução dotada de menor lesividade – tanto ao interesse privado como aos cofres públicos”<sup>791</sup>. Por fim, é imperioso lembrar que não há unanimidade na doutrina quanto a necessidade de indicação do dispositivo legal que fundamenta a desapropriação como requisito indispensável a dotar o ato de juridicidade. Isto se dá porque a uma, nada dispõe o Decreto-Lei 3365/41, que trata das desapropriações por utilidade pública, tampouco o Decreto-Lei 4132/62, que define os casos de desapropriação por interesse social, sobre a obrigatoriedade da indicação do dispositivo de lei e a duas porque é “a menção ao destino específico do bem é que indica a possibilidade de se verificar se a lei prevê ou não a hipótese. É por meio do motivo e do fim da desapropriação que se afere a sua legalidade, e não pela mera menção ao dispositivo legal”<sup>792</sup>, conforme aduz José dos Santos Carvalho Filho.

Tão importante quanto o conteúdo do decreto expropriatório é a sua formalização. O princípio da publicidade incide sobre todos os atos administrativos emanados do Poder Público e, com a declaração expropriatória, não seria diferente. Enquanto manifestação de vontade da Administração Pública, deve ser divulgada aos administrados e formalizada. Tratar da formalização do ato expropriatório significa tratar respectivamente da competência declaratória.

Destarte, segundo ensinamento impreterível de Celso Antônio Bandeira de Mello, “no Brasil, são Poderes competentes para manifestar a declaração de utilidade pública tanto o Poder Legislativo como o Poder Executivo, cf. arts. 6º e 8º do Decreto-lei 3.365/1941. Em qualquer caso, contudo, o ato é de natureza administrativa”<sup>793</sup>. No caso de ser declarada pelo Chefe do Executivo, a formalização e respectiva publicidade do ato será através de decreto. No que concerne à competência do Poder legislativo, há certa cisma na Doutrina no que diz respeito aos seus aspectos formais. Alexandre Santos do Aragão, por exemplo, crê ser esta possibilidade inconstitucional “por permitir que o Legislativo pratique ato tipicamente de gestão administrativa do interesse público, invadindo a esfera do Poder Executivo”<sup>794</sup>. Corrobora com esse entendimento Hely Lopes Meirelles, que em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro” atesta que a atribuição de competência ao Poder Legislativo para o ato expropriatório seria verdadeira “anomalia de nossa legislação, porque o ato de desapropriar é caracteristicamente de administração”<sup>795</sup>. De qualquer modo, existindo a competência delegada ao Poder Legislativo, deve-se sublinhar que “há divergência em relação à formalização dessa declaração. Para alguns, a declaração deve ser formalizada por lei (nesse caso, a lei seria de efeitos concretos). Para outros, a declaração deve constar de decreto legislativo”<sup>796</sup>.

A competência para o ato expropriatório não se adstringe a essas hipóteses, já que algumas entidades exclusivamente administrativas também possuem respaldo legal para tanto, como no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Como afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “por expressa previsão legal, essas duas autarquias possuem competência declaratória (ANEEL: art. 10 da Lei 9.074/1995 e DNIT: art. 82, IX, da Lei 10.233/2001). A declaração, no entanto, não será formalizada por decreto, uma vez que esse ato administrativo é privativo do chefe do Executivo, mas, sim, por portaria”<sup>797</sup>.

Preenchidos os requisitos que encarnam seu conteúdo e devidamente formalizada pela autoridade competente, a declaração expropriatória estará apta a produzir de imediato seus efeitos, sendo muito importante o lembrete de

790 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

791 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 646.

792 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 978.

793 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 903.

794 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 493.

795 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 740.

796 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 667.

797 *Ibid.*, p.667.

Odete Medauar de que “a declaração [...] não opera a transferência da propriedade ou da posse do bem, apenas vai desencadear as demais fases”<sup>798</sup>. Nesse diapasão, brilhantemente completa Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao explicar que, ainda que a declaração *per se* não seja instrumento apto a realizar a transferência de propriedade, “ela incide compulsoriamente ao proprietário, sujeitando-o, a partir daí, às operações materiais aos atos administrativos e judiciais necessários à efetivação da medida”<sup>799</sup>.

Dessa forma, o efeito decursivo principal é que a declaração “permite o início a fase de desapropriação propriamente dita, seja amigável, seja jurisdicional”<sup>800</sup>, como salienta Marçal Justen Filho. Além disso, ela gera “autorização para que as autoridades administrativas ingressem no bem, objeto da declaração, podendo recorrer, em caso de oposição, o auxílio de força policial (art. 7º do Decreto-lei 3.365/1941)”<sup>801</sup>, conforme afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira. Ou seja, nessa etapa já será possível que os agentes da administração façam inspeções técnicas no bem, avaliando as condições de sua estrutura, coletando dados, fazendo medições a fim de estipular o futuro valor indenizatório etc. No entanto, perspicazmente nos alerta José dos Santos Carvalho Filho de que “o proprietário fará jus a indenização se houver dano decorrente de abuso de poder ou das inspeções e levantamentos de campo, sem prejuízo da ação penal”<sup>802</sup>.

A possibilidade de fixar o estado do bem é também efeito da declaração expropriatória e tem por fulcro definir e pormenorizar de maneira descritiva o estado físico em que este bem se encontra, bem como seus melhoramentos e benfeitorias. Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior “isso significa que, após esta fase, todas as benfeitorias feitas no imóvel, à exceção das necessárias e úteis, não serão indenizáveis”<sup>803</sup>. Nesse sentido, “as benfeitorias necessárias podem ser realizadas e depois incluídas na indenização; as benfeitorias úteis dependem de consentimento do expropriante para inclusão na indenização”<sup>804</sup>, como pontua Odete Medauar.

Ainda em relação a possibilidade de realizar obras no imóvel mesmo após a declaração, o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 23 estabeleceu que “verificados os pressupostos legais para o licenciamento da obra, não o impede a declaração de utilidade pública para desapropriação do imóvel, mas o valor da obra não se incluirá na indenização, quando a desapropriação for efetivada”. Em relação ao conteúdo da referida súmula, imperiosa é a observação de José dos Santos Carvalho Filho quando assinala para o fato de que quando a licença a que se refere a súmula for requerida, ela não poderá ser negada pela Administração. No entanto, “o proprietário já deverá saber, de antemão, que o valor acrescido não será indenizado. Com essa definição, a mais alta Corte procurou conciliar os interesses da Administração e do proprietário e evitar o cometimento de abusos por qualquer deles”<sup>805</sup>.

Formalizada a declaração, incide sobre ela o último efeito, qual seja, o início da contagem do seu prazo de caducidade. Segundo leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, por caducidade entende-se “a perda de validade dela pelo decurso de tempo sem que o Poder Público promova os atos concretos destinados a efetivá-la”<sup>806</sup>. Nesse sentido, de maneira bem concisa e elucidativa acentua Hely Lopes que “a caducidade da declaração expropriatória ocorre ao fim de cinco ou de dois anos, conforme se trate, respectivamente, de manifestação de utilidade ou necessidade pública (Dec.-lei 3.365/41, art. 10) ou de interesse social (Lei 4.132/62, art. 3º)”<sup>807</sup>. Todavia, após o decurso de 1 ano da expiração do prazo decadencial, a declaração expropriatória poderá ser renovada e reiniciados serão os prazos de caducidade a fim de que a Administração promova a desapropriação.

Por fim, notória observação deve ser feita quanto à possibilidade de controle judicial da declaração expropriatória.

798 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 356.

799 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 239.

800 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 648.

801 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 667.

802 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 981.

803 JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Administrativo: 14. ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 428.

804 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 356.

805 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 981.

806 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 905.

807 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 742.

Isto ocorre pela natureza do decreto expropriatório, que é verdadeiro ato administrativo. Nesse sentido, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “o particular que se sentir lesado por verificar algum vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade no ato poderá impugná-lo judicialmente pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança”<sup>808</sup>. Nesta mesma seara, José dos Santos Carvalho Filho indica que “a impugnação do decreto expropriatório se concretiza por meio de ação declaratória de nulidade, que, pelo instituto da conexão (art. 55, § 1º, CPC), permitirá a tramitação [...] juntamente com a ação de desapropriação”<sup>809</sup>.

## 15.2. FASE EXECUTÓRIA

Após a declaração de utilidade pública ou interesse social para fins de desapropriação e observados seus requisitos formais e substanciais, caso não haja nenhum vício ou ilegalidade no decreto, prosseguir-se-á a Administração Pública à realização de atos materiais e todas as diligências necessárias com o fulcro de efetivar o procedimento expropriatório. É a chamada fase expropriatória, que poderá, a princípio, se realizar por via administrativa, através de um acordo entre o Poder Público na condição de expropriante e o proprietário do imóvel na condição de expropriado. Caso esta não reste profícua, restará ao Ente Administrativo efetivar a desapropriação pela aleia judicial.

### 15.2.1. VIA ADMINISTRATIVA OU EXTRAJUDICIAL

É o art. 10 do Decreto-Lei nº 3365/1941 que oportuniza a efetivação da desapropriação através de acordo entre o Poder Público e o proprietário do bem. Conforme erude Celso Antônio Bandeira de Mello isto poderá ocorrer quando “expropriante e expropriado acordam em relação ao preço e pode, por isso, concretizar-se a aquisição compulsória mediante acordo no que respeita à indenização, operando-se, então, sem intervenção do Poder Judiciário”<sup>810</sup>.

É notável destacar a importância da correspondência ao que se considera adequado no que diz respeito ao valor da indenização para que o acordo se realize. Nessa direção, destaca Marçal Justen Filho que “a concordância do particular não atribui natureza consensual à desapropriação. O fundamental reside na regra vinculando a desapropriação ao pagamento de justa indenização”<sup>811</sup>. Assim, expõe Odete Medauar que “se o proprietário aceitar o preço oferecido, formaliza-se o acordo administrativo. Se o proprietário recusar o preço ou se for inviável acordo administrativo, o expropriante ingressa com ação expropriatória”<sup>812</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro traz à baila ponderoso lembrete ao grifar que a fase administrativa pode não existir, como por exemplo nos casos em que “o Poder Público desconhece quem seja o proprietário, hipótese em que deverá propor a ação de desapropriação, que independe de se saber quem é o titular do domínio”<sup>813</sup>. Ademais, Odete Medauar salienta em tom crítico que “o expropriante não é obrigado a propor acordo administrativamente, embora fosse desejável mudança na lei para se incluir a obrigatoriedade dessa fase”<sup>814</sup>.

*In fine*, havendo aquiescência das partes quanto ao valor indenizatório, será realizado o acordo na via administrativa, evitando o prolongamento da questão na via judicial. Portanto, segundo José dos Santos Carvalho Filho, “trata-se de negócio jurídico bilateral resultante de consenso entre as partes e retrata a vontade do proprietário de alienar bem da sua propriedade a terceiro, e do adquirente, que por sua vez intenta transferir o bem para seu patrimônio”<sup>815</sup>. De acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, este acordo retrataria “um contrato de compra e venda”<sup>816</sup> e, por essa razão, é caracterizado por muitos autores como “desapropriação amigável”.

808 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 240.

809 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 980.

810 BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 902.

811 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 649.

812 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 356.

813 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 241.

814 MEDAUAR. Op.cit., p.356.

815 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 983.

816 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2011. p. 973.

## 15.2.2. VIA JUDICIAL

Havendo dissensão quanto ao preço, a única solução para se efetivar a desapropriação será a instauração da lide. Em outras palavras, deverá o Poder Público propor ação judicial com a tenção de solucionar o conflito de interesses, com procedimento previsto no Decreto-lei 3.365/1941 (artigos 11 a 30). Por conseguinte, quanto às partes, expõe Odete Medauar que “figura como autor a pessoa jurídica ou ente que promove a desapropriação (União, Estado, Distrito Federal, Município, entidades da Administração Indireta, concessionárias e permissionárias do serviço público). O expropriado é o réu”<sup>817</sup>. Quanto ao foro em que será proposta a ação, Alexandre Santos de Aragão afirma que “é o da situação do bem expropriado, salvo se houver interesse da União, o que torna competente a Justiça Federal da Capital do Estado em que se encontrar o imóvel”<sup>818</sup>.

Quanto aos elementos indispensáveis à inicial da ação de desapropriação, José dos Santos Carvalho Filho<sup>819</sup> destaca que esta deve “conter indispensavelmente a oferta do preço” já que “a pretensão do expropriante é a de consumir a transferência do bem desapropriado para seu patrimônio”. Severamente observados também devem ser os requisitos indispensáveis à inicial elencados no art. 319 do CPC/2015, além de que “será instruída com um exemplar do contrato ou do jornal oficial que houver publicado o decreto de desapropriação, ou cópia indicada dos mesmos, e a planta ou descrição os bens e suas confrontações”<sup>820</sup>, conforme evoca Dirley da Cunha Júnior.

Em relação à defesa do réu, isto é, do expropriado, na ação de desapropriação, há grande porfia doutrinária quanto aos limites de sua participação, bem como do que pode ser alegado em fase de contestação. A princípio, são claras as restrições que provêm do próprio Decreto-lei 3.365/1941, que em seu art. 9º determina que “ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública” e em seu art. 20 estabelece que “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”.

Nessa lavrada, discute-se a constitucionalidade desses dispositivos, uma vez que haveria ou não, a depender da posição do autor, axiomática restrição ao pleno contraditório e ampla defesa, esculpidos no art. 5º, LV da CRFB. Em posição mais crítica a esses artigos se posiciona Marçal Justen Filho ao alegar que “ambos os dispositivos não foram recepcionados pela Constituição de 1988, que assegurou a ampla defesa nos processos judiciais”<sup>821</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, sustenta que não há nesses dispositivos “qualquer ofensa aos direitos do proprietário, de modo que caracterize infringência aos preceitos constitucionais de propriedade [...] e, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o direito ao contraditório e à ampla defesa”<sup>822</sup>. Quanto à limitação de questões a serem suscitadas na contestação, estabelecida pelo art. 20 do Decreto-lei 3.365/1941, José dos Santos Carvalho Filho chama a atenção para o fato de que a expressão “vício do processo judicial” deve ser adaptada ao contexto jurídico-processual atual. Isso significa dizer que a defesa do expropriado alberga “todas as questões preliminares suscetíveis de apreciação antes do julgamento do mérito em si da causa. Tais questões estão relacionadas no art. 485 do CPC e, caso sejam colhidas pelo julgador, ensejam o julgamento sem resolução de mérito”<sup>823</sup>. Rafael Carvalho Rezende Oliveira adota uma posição intermediária e ao mesmo tempo crítica ao defender a constitucionalidade dos dispositivos mas sugerindo que o ideal seria “a alteração da legislação para se admitir a discussão de outras questões no próprio processo de desapropriação”<sup>824</sup>. De qualquer modo, no âmbito da contestação ficará “vedado ao juiz entrar em indagações sobre a utilidade, necessidade ou interesse social declarado como fundamento da desapropriação [...] ou decidir questões de domínio ou posse”<sup>825</sup>, como conclui Hely Lopes Meirelles.

817 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 356.

818 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 498.

819 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 985.

820 JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*: 14. ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 430.

821 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 650.

822 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 242.

823 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 986.

824 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 671.

825 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 743.

Nesse sentido, compreende-se que a discussão de mérito da ação de desapropriação limita-se ao *quantum* indenizatório. Desse modo, afirma José dos Santos Carvalho filho que se “o expropriado pretende discutir como Poder Público questões sobre desvio de finalidade, dúvida na figura do proprietário, motivação desconforme a lei e, enfim, qualquer outra desse gênero, deverá propor ação nova”<sup>826</sup>. A essa ação dá-se o nome de ação direta que consiste em verdadeira ação diversa, que resultará na formação de novo processo, em trâmite simultâneo com a ação expropriatória propriamente dita.

Na hipótese de a parte expropriada aceitar, ainda em juízo, o valor indenizatório oferecido pelo expropriante, poderá ocorrer o que Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>827</sup> chama de “manifestação judicial homologatória”, em que o juiz irá apenas homologar o acordo entre as partes e dar por encerrado o litígio. No entanto, se após a discussão quanto ao *quantum* as partes não estabelecerem um consenso, ter-se-á, ainda nas palavras do autor, uma “manifestação judicial contenciosa”, sendo o valor indenizatório fixado pelo juiz após arbitramento. A sentença que fixa o valor indenizatório justo constituirá, então, um título judicial apto para que o expropriante prossiga com a transcrição do imóvel no Registro de Imóveis, restando efetuada, por completo, a desapropriação.

### 15.2.2.1. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE

Celso Antônio Bandeira de Mello define a imissão provisória na posse como “a transferência da posse do bem objeto da desapropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importância fixada segundo critério previsto em lei”<sup>828</sup>. Portanto, dois são os requisitos que possibilitam que a Administração Pública antecipe seu acesso ao bem, quais sejam, a declaração de urgência e o depósito prévio de pagamento que, frise-se, não será integral, conforme o art. 15 do Decreto-lei 3.365/1941. Presentes os requisitos, o expropriante terá direito subjetivo à imissão provisória.

Quanto ao primeiro requisito, isto é, a declaração de urgência, entende parte majoritária da Doutrina prescindir de comprovação. Ademais, segundo nos informa Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “não existe um momento específico para essa declaração, o que pode ocorrer no próprio decreto expropriatório, na petição inicial ou em petição avulsa no curso do processo judicial”<sup>829</sup>. Odete Medauar completa advertindo que “a alegação de urgência, que não pode ser renovada, obriga o expropriante a requerer a imissão provisória na posse no prazo improrrogável de 120 dias”<sup>830</sup>. Importante também é o lembrete trazido à baila por Dirley da Cunha Júnior de que “quando a ação de desapropriação for para os fins de reforma agrária, a imissão provisória integra o procedimento normal da desapropriação, não carecendo de alegação de urgência”<sup>831</sup>.

Após a instrução sumária processada preliminarmente, será arbitrado um valor indenizatório pelo juiz que possibilitará que se cumpra o segundo requisito a fim de se efetivar a imissão provisória na posse, isto é, o depósito prévio (antes de findar a ação judicial) desse valor. Porém, como ainda ocorre no curso da discussão ao redor do *quantum* indenizatório, a lei confere proteção ao expropriado que poderá, como esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, “levantar 80% a importância depositada e prosseguir na lide, discutindo o valor que considera realmente justo para indenizar o bem objeto da expropriação”<sup>832</sup>, em observância às regras para o levantamento do depósito estabelecidas no art. 33 do Decreto-lei 3.365/1941. José dos Santos Carvalho Filho faz destaque de suma relevância ao lecionar que “a discussão sobre o *quantum* do depósito prévio não tem qualquer relação com sua indispensabilidade: somente mediante o depósito do valor previamente arbitrado [...] pode ser autorizada judicialmente a imissão na posse do bem expropriado”<sup>833</sup>.

826 CARVALHO FILHO. Op.cit., p. 987.

827 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 903.

828 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 906.

829 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo, 6. ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 669.

830 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015. p. 357.

831 JÚNIOR, Dirley da Cunha. Curso de Direito Administrativo: 14. ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora Juspodivm, 2015. p. 430.

832 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015. p. 907.

833 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 988.

A imissão provisória na posse deve ser registrada no respectivo Cartório do Registro de Imóveis e passa de imediato a produzir efeitos tanto para expropriante quanto para o expropriado. Embora Celso Antônio Bandeira de Mello afirme que o termo “provisória” se dá porque esse procedimento não se trata da “posse que acompanha a propriedade”<sup>834</sup>, José dos Santos Carvalho Filho elucida que “na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir da propriedade, ou seja, sob visão de ordem prática, o que há realmente é a perda da propriedade”<sup>835</sup>, ao que completa Hely Lopes afirmando que “desde a imissão provisória na posse o expropriante auferir todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais”<sup>836</sup>.

### 15.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 32. Ed, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*: 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*: 14. ed. rev., atual. e ampl. – Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. rev., atual. e ampl – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

834 BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p.906.

835 CARVALHO FILHO. Op. cit., 989.

836 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 745.





## CAPÍTULO 16 – DESAPROPRIAÇÃO: JUSTA INDENIZAÇÃO E CONTROLE JURISDICIONAL

*Claudio Madureira e Henrique de Souza Pimenta*

**SUMÁRIO:** 16.1. Indenização prévia *versus* imissão provisória na posse. 16.1.1. Matriz teórica interpretativa: sobre as restrições ao exercício dos direitos fundamentais e sobre a conformação do procedimento pelo direito material. 16.1.2. Exercício de compatibilização das normas jurídicas que prevêm a indenização prévia e a imissão provisória na posse. 16.2. Meios processuais adequados a assegurar o pagamento de indenização justa e prévia nos feitos em que se dá o deferimento ao expropriante da medida liminar de imissão provisória na posse. 16.2.1. Adequado dimensionamento das restrições impostas pela lei à cognição nos processos expropriatórios. 16.2.2. Identificação dos meios processuais adequados a assegurar o recebimento da indenização justa e prévia já no momento da imissão provisória na posse. 16.3. Referências bibliográficas.

Desde a Constituição de 1824, todas as Constituições Brasileiras ocuparam-se do direito à propriedade, assim como de suas limitações. A Constituição de 1988, do mesmo modo, de um lado confere à propriedade o *status* de *direito fundamental individual* (CRFB, art. 5º, *caput*) e estabelece a sua garantia (CRFB, art. 5º, XXII), de outro, condiciona esse direito ao atendimento de sua função social (CRFB, art. 5º, XXIII). De igual maneira, o Código Civil garante ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa (CC, art. 1.228), mas determina que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais” (CC, art. 1.228, §1º). E é natural que seja assim, já que, como todo e qualquer direito, o direito à propriedade privada não se reveste de caráter absoluto, podendo ter o seu exercício limitado<sup>837</sup>.

Conceitualmente, pode-se dividir as limitações ao direito à propriedade privada em duas espécies: (i) a intervenção restritiva, na qual o Poder Público interfere nas faculdades referentes ao domínio da propriedade particular, sem atingir o direito à propriedade em si; e (ii) a intervenção supressiva, na qual se promove a transferência da titularidade da propriedade para o patrimônio do próprio Estado e, por consequência, ocorre a perda da propriedade de seu antigo dono, o que é realizado, ordinariamente, pelo procedimento da *desapropriação* (CRFB, art. 5º, XXIV).<sup>838</sup>

Nota-se que a intervenção supressiva é extremamente drástica, uma vez que retira de seu titular o direito fundamental à propriedade, em razão disso, as Constituições Brasileiras sempre tiveram o cuidado de fixar, como contraponto da desapropriação, o direito do desapropriado ser ressarcido pela perda da propriedade, mediante indenização *justa e prévia*. Esse procedimento, em sua essência, foi mantido pela Constituição de 1988, como se verifica pela dicção do inciso XXIV, da CRFB, que dispõe: “A lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

837 Conceito desenvolvido por Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002) e Cristina Queiroz (QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002).

838 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 453.

Conforme previsto pelo Texto Constitucional, a desapropriação *por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social*, tem como marca a *regra da indenização prévia*, o que não ocorre em outras espécies de desapropriação, também previstas pela Carta Política Brasileira, como a desapropriação *por interesse social para fins de reforma agrária e expropriação por ato ilícito*.

Em que pese a Constituição de 1988 assegurar aos proprietários a prévia e justa indenização quando da desapropriação de um imóvel, a legislação infraconstitucional, que regula as regras procedimentais das *desapropriações por utilidade pública e por interesse social em geral*, autoriza a concessão de medida liminar de imissão provisória na posse independentemente de avaliação prévia do bem expropriado (Art. 15, §1º, Decreto-Lei 3.365/41), o que sugere um conflito entre a proteção processual conferida ao direito de propriedade pela norma constitucional, que garante a prévia e justa indenização anteriormente ao momento da expropriação, e a legislação infraconstitucional, que, ao permitir a imissão provisória na posse sem qualquer avaliação, impõe obstáculo procedimental à efetiva realização de um direito assegurado constitucionalmente.

## 16.1. INDENIZAÇÃO PRÉVIA *VERSUS* IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.

A Constituição da República Federativa do Brasil fixa, no inciso XXIV de seu artigo 5º que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro”<sup>839</sup>. Em regulamentação a esse dispositivo constitucional<sup>840</sup>, o DL 3.365/41 fixou, em seu artigo 15, que “se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imiti-lo provisoriamente na posse dos bens”.

Note-se que o preceito, quando faz referência a dispositivo do Código de Processo Civil de 1939 que impõe a *prévia avaliação* como requisito indispensável ao deferimento da medida liminar de imissão na posse<sup>841</sup>, parece compatibilizar-se com a imposição constitucional de que a indenização prestada seja ao mesmo tempo *justa e prévia*. Com efeito, o que se busca com essa *avaliação provisória* é a identificação de um *quantum* que seja o mais próximo possível do valor efetivo do bem expropriado<sup>842</sup> (que será apurado ulteriormente, na fase probatória), cujo depósito e consequente levantamento<sup>843</sup> permitem ao expropriado ressarcir-se desde logo pela perda da sua disponibilidade sobre os poderes inerentes à propriedade.

A celeuma surge a partir da inteligência do parágrafo 1º do mesmo artigo 15 do DL 3.365/41, que concebe hipótese em que a concessão da medida de imissão provisória na posse se dê *inaudita altera parte* e independentemente da realização da *avaliação prévia* a que se refere o *caput* do dispositivo. A constitucionalidade deste preceito de lei é correntemente questionada pela doutrina e pela Jurisprudência, ante a consideração de que, inexistindo tal avaliação, não haveria como se impor ao expropriante o pagamento da *indenização prévia*, como prevê a Carta Política.

Sob o ponto de vista doutrinário, Marçal Justen Filho defende “a inconstitucionalidade da figura da imissão provisória na posse”, ao fundamento de que “a Constituição estabelece que a transferência do domínio depende do pagamento de indenização prévia e justa, em dinheiro”. Por tal premissa, leciona o célebre administrativista que “se, como determina o art. 15, § 1º, do Decreto-lei n. 3.365/41, a incorporação fática do bem na posse do Poder Público gera a aquisição de seu domínio, o resultado é a irreversibilidade da imissão provisória na posse”, de modo

839 Nas verdade, disposições semelhantes podem ser encontradas em todas as Constituições Brasileiras (CF de 1824, art. 179 *caput*, e inciso XXII; CF de 1891, art. 72 *caput*, e § 17; CF de 1934, art 113 *caput*, e n. 17; CF de 1937, art 122 *caput*, e n. 14; CF de 1946, art. 141 *caput*, e § 16; CF de 1967-69, art 150 *caput*, e § 22; e CF de 1988, Art. 5º *caput*, e incisos XXII, XXIII, XXIV e XXV).

840 Assim como àqueles outros, de idêntico teor, que o antecederam nas Cartas Constitucionais anteriores.

841 O dispositivo faz referência a preceito do Código Processo Civil de 1939, que assim preceitua: “Despachada a petição, feitas as citações necessárias e, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, contestado ou não o pedido, o juiz procederá uma instrução sumária, facultando às partes a produção de provas, dentro de um tríduo, e decidindo, em seguida, de acordo com o seu livre convencimento”. Da conjugação dos preceitos (art. 15 do DL 3365 e art. 685 CPC/39), o STJ extraiu, como requisito indispensável ao deferimento da imissão provisória na posse, a avaliação prévia do bem expropriado (EDRESP – 58992; Relator MILTON LUIZ PEREIRA; RESP – 76466, Relator PEÇANHA MARTINS; RESP – 181407, Relator JOÃO OTÁVIO DE NORONHA).

842 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 438.

843 A lei autoriza ao expropriado o levantamento de até 80% (oitenta por cento) do depósito ofertado, ainda quando ele discorde do preço oferecido (DL 3365/41, art. 33, § 2º).

que “a lei estaria autorizando algo que a Constituição vedou”<sup>844</sup>. Na mesma toada, José dos Santos Carvalho Filho observa que, “além da urgência, constitui também pressuposto da imissão provisória na posse o depósito arbitrado pelo juiz após instrução sumária processada inicialmente”, com base no que, ainda na lição do doutrinador, “os Tribunais [...] passaram a considerar que esse dispositivo não foi acolhido pela vigente Constituição”, exigindo “que o depósito prévio correspondesse, já na avaliação prévia, a um montante mais próximo ao valor real do bem”<sup>845</sup>.

Bem demonstram a inclinação jurisprudencial relatada por Carvalho Filho as ementas dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça, Corte a quem a Carta Política conferiu o *munus* de pacificação da Jurisprudência:

“DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL URBANO. IMISSÃO NA POSSE. DEPOSITO. DECRETO-LEI N. 3.365/41, ART. 15. I - Afigura-se correta a decisão que condicionou, nos autos da ação de desapropriação de imóvel urbano, a imissão provisória na posse ao depósito integral do valor apurado em avaliação prévia. E que, somente o ‘caput’ do art. 15, do Decreto-lei n. 3.365/41 foi recepcionado pela novel carta, o mesmo não acontecendo com os demais parágrafos do citado artigo. Precedentes. [...] (REsp 35825/SP; Relator(a) MIN. JOSÉ DE JESUS FILHO (1040). SEGUNDA TURMA. Julgamento: 03/11/1993. Publicação/Fonte: 06/12/1993; DJ p. 26658)”.

“PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RECURSO ESPECIAL - OBSCURIDADE - EXISTÊNCIA - DESAPROPRIAÇÃO - IMISSÃO NA POSSE - PERÍCIA - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INVIABILIDADE - PRECEDENTES. 1. A imissão provisória em imóvel expropriado, somente é possível mediante prévio depósito de valor apurado em avaliação judicial provisória. [...] 3. Se o egrégio Tribunal a quo converteu o julgamento em diligência, para que nova perícia fosse executada no juízo de origem, tendo em vista a constatação de omissões e inexatidões na primeira avaliação, o novo laudo deverá prevalecer para efeito de depósito judicial, no que se refere ao valor da terra nua. [...] (EDcl no REsp 330179/PR; Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA. PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 19/02/2004. Publicação/Fonte: 15/03/2004; DJ p. 153)”.

“ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. 1. Acórdão que entendeu ser necessário o depósito antecipado de valor fixado em avaliação prévia, como condição para a imissão na posse de imóvel que entendia ser urbano, quando referido imóvel e rural, não comete erro, nem nega vigência, nem contraria o art. 15, do Del 3.365/1941 (del 1.075/1970, art. 3.). [...] (EDcl no REsp 58992/SP. Relator(a) p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO. PRIMEIRA TURMA. Julgamento: 04/11/1996. Publicação/Fonte: 02/06/1997; DJ p. 23760)”.

Não foi essa, contudo, a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, ora assentada na Súmula nº 652 da mesma Corte Constitucional, que fixa que “não contraria a constituição o art. 15, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/1941 (Lei da Desapropriação por Utilidade Pública)”. Para melhor compreender o posicionamento do Excelso Pretório, transcrevemos a ementa de um dos primeiros dos julgados que deram origem à edição do citado verbete, assim como “trechos” do Voto condutor do mesmo julgamento.

#### EMENTA DO JULGAMENTO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO PRÉVIO E INTEGRAL DA INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 15 E PARÁGRAFOS DO DECRETO-LEI Nº 3365/41. PRECEDENTE. 1. O plenário desta Corte declarou a constitucionalidade do artigo 15 e parágrafos do Decreto-lei nº 3365/41 e afastou a exigência do pagamento prévio e integral da indenização, para ser deferida a imissão provisória na posse do bem expropriado. 2. Recurso extraordinário provido e conhecido (RE 144.551-3. Plenário. Relator Ministro MARCO AURÉLIO. Relator para o Acórdão Ministro MAURÍCIO CORREA. Data do julgamento 12/08/1997)

#### TRECHOS DO VOTO PROFERIDO PELO MIN. MAURÍCIO CORREA<sup>846</sup>

[...] De fato o que nos precedentes se sedimentou é que o ordenamento civil pátrio pertinente à definição de posse e propriedade, adotara a teoria de Ihering – como de sabença geral – , para o que “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade” (C.C., art. 485). Dentro dessa concepção, a posse se caracteriza como exteriorização da propriedade. Ou seja, no dizer de BEVILÁQUA, “a posse é mero estado de fato, que a lei protege em atenção à propriedade, de que ela é a manifestação exterior” (in

844 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 437-438.

845 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 692-693.

846 O Voto que passaremos a transcrever foi proferido pelo eminente Ministro Maurício Correa em julgamento, anterior (RE 170.325), ao qual Sua Excelência se reportou quando da prolação do Voto condutor do julgamento do RE 144.551-3, de que ora tratamos.

Código Civil, obs. 3 do art. 485). E o que é a imissão provisória na posse, senão “ato ou efeito de fazer entrar, de colocar ou estabelecer (na posse da coisa ou do direito)” (in Dicionário de Tecnologia Jurídica, de Pedro Nunes, 3ª ed., v. II/63, 1956). Logo, a imissão provisória na posse é imissão temporária, transitória, que não é definitiva, embora, no futuro, possa vir a ser permanente. Aliás, ao legislador ordinário coube distinguir a posse definitiva da provisória, como se infere dos arts. 29 e 15 do Decreto-lei 3.365/41.

Observe-se, ainda, que é a própria lei que prevê, em caso de urgência, a imissão provisória na posse, antes da citação do expropriado, o que não será vedado pela Constituição, pois trata-se de posse direta do Poder Público, que nada tem a ver co direito de propriedade com garantia que foi conferida pela Carta Federal, em seu art. 5º, XXII. [...]

Consigna o aresto do RE nº 89.033-PE, acima lembrado, em que se discutia a imissão de posse *intio litis*, que “o que o art. 153, parágrafo 22, da Constituição Federal assegura é o direito de propriedade, não a posse direta. A garantia de prévia e justa indenização se refere àquele direito. No processo desapropriatório, o domínio só se transfere após o pagamento integral da indenização fixada”.

Não vejo que haja inconstitucionalidade no artigo 15 e parágrafos do Decreto-lei nº 3.365/41, que até aqui vem regulamentando os atos desapropriatórios. Admito mesmo que a disciplina por ele estabelecida não seja a melhor, aquela que mais adequadamente, ante certas circunstâncias de injustiça, não equilibra satisfatoriamente o núcleo do binômio expropriante/expropriado, mas esta é uma questão de *lege ferenda*, que se resolve na esfera de outro Poder. Enfatize-se que o Decreto-lei que se têm e que vem se mantendo desde 1941, portanto há mais de 55 anos, a meu ver, como até aqui tem se posicionado a Corte, não contém a eiva de inconstitucionalidade como tem reconhecido boa parte dos julgados de algumas Turmas dos nossos Tribunais Estaduais [...]. (*Destaques originais*).

Diante de semelhante dissídio doutrinário e jurisprudencial, dispomos-nos a verificar, neste primeiro capítulo, se é real ou apenas aparente a contraposição detectada pelos doutrinadores e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entre a norma constitucional que condiciona a expropriação ao pagamento de indenização *justa e prévia* e aquela outra (de nível infraconstitucional) que autoriza a imissão provisória na posse independentemente de avaliação do bem expropriado.

### 16.1.1. MATRIZ TEÓRICA INTERPRETATIVA: SOBRE AS RESTRIÇÕES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOBRE A CONFORMAÇÃO DO PROCEDIMENTO PELO DIREITO MATERIAL.

O direito à propriedade privada se insere no contexto dos *direitos fundamentais individuais*, que, entre nós, podem vir positivados na Constituição ou, ainda, ser extraídos dos princípios positivados pela Carta Política, assim como dos tratados internacionais firmados pelo Brasil, conforme previsão constitucional expressa<sup>847</sup>. Assim, mesmo que o direito à propriedade privada não estivesse tutelado na Carta Política brasileira, poderíamos atribuir a ele o *status de direito fundamental*, pois assim o considerou a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, de cujo artigo XVII consta que “todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros” (Item 1) e que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” (Item 2). Sem rebuços, a formação dos direitos fundamentais individuais, entre eles a propriedade, dá-se na tradição jurídica que, na origem, orientou a constituição dos Estados Democráticos de Direito, por meio da edição de uma Lei Maior, concebida exatamente com vistas a impedir os excessos do Poder Estatal frente aos indivíduos. Esses direitos situam-se precisamente entre as *liberdades civis*, entre os chamados *direitos negativos*.

Como já dito na parte introdutória, o sistema jurídico pátrio, ao passo que confere à propriedade o *status de direito fundamental individual* (CRFB, art. 5º, *caput*) e estabelece sua garantia (CRFB, art. 5º, XXII), na outra face, condiciona esse direito ao atendimento da chamada *função social*. E tal se dá na exata medida em que o direito à propriedade privada, como todas as demais garantias constitucionais, não possui caráter absoluto, podendo sofrer limitações. Enfim, o direito à propriedade privada, embora seja um *direito fundamental*, de sede constitucional, pode, no caso concreto, encontrar *restrições* ao seu exercício.

<sup>847</sup> Recobre-se, a propósito, que o constituinte originário teve o cuidado de deixar *em aberto* o *rol de direitos fundamentais individuais* adotados pelo nosso sistema jurídico, fixando, no parágrafo 2º do artigo 5º da Carta Política, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Tais *restrições* são desenvolvidas com muita clareza por Robert Alexy<sup>848</sup> e, a partir dele, por Cristina Queiroz<sup>849</sup>, e decorrem, segundo a professora Queiroz, de “toda interpretação que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”<sup>850</sup>. De qualquer modo, não podemos perder de vista, em tal conjuntura, que o sistema jurídico também está a impor *limitações* à configuração dessas *restrições*, relacionadas, sobretudo, à necessidade de preservação do *conteúdo essencial* do direito fundamental protegido. Ainda recorrendo à abalizada opinião de Cristina Queiroz, verificamos que cláusulas restritivas “não podem ser utilizadas para esvaziar o direito fundamental na sua totalidade, isto é, na globalidade do seu sentido ou significação real”<sup>851</sup>. E, nesse contexto, a delimitação do conteúdo essencial sob investigação configura, nas palavras da professora, “limite imanente que traduz o firmamento dos valores constitucionais face à totalidade da Constituição”, devendo estar claro que “nem todos os limites se mostram admissíveis”, somente ostentando essa qualidade (de limite admissível) aqueles “que se mostram ao mesmo tempo ‘wesensmäßig’, isto é, ‘conformes’ à ‘essência’ ou ao conteúdo dos direitos fundamentais”<sup>852</sup>.

Daí a *imperiosidade* de que as restrições constitucionais ao exercício de um *direito fundamental* sejam interpretadas *cum grano salis*, de modo que se preserve adequadamente o seu *conteúdo essencial*. Necessidade que é potencializada nos casos em que simples regras procedimentais<sup>853</sup> colocam-se como obstáculos à completa realização do direito material, como parece sugerir norma jurídica infraconstitucional que autoriza da imissão provisória na posse sem prévia avaliação do bem. Por tal circunstância, também assume relevância trazeremos a essa análise os desdobramentos da *teoria da instrumentalidade* do processo, notadamente do ideal de aproximação entre *direito* e *processo*, com vistas à perfeita realização dos direitos substanciais deduzidos em Juízo e, ainda, à consecução do ideal de *justiça*.

O chamado *instrumentalismo* resulta de um processo histórico e tem por premissa metodológica a posição central da jurisdição na teoria do processo, que orienta que esse singular instrumento de realização de direitos seja avaliado pelos seus resultados. O processo, sob tal perspectiva, deve atender não apenas o ao seu *escopo jurídico* (solução dos conflitos individuais), mas, também a *escopos sociais e políticos*<sup>854</sup>. São *condicionantes teóricas* da teoria da instrumentalidade o desenvolvimento histórico do processo e, como consequência dele, a influência das Constituições na dogmática processual, que, no dizer do professor Hermes Zaneti Júnior, “é a estrada que deverá permitir o reconhecimento no processo, não somente de um instrumento de justiça, mas também de um instrumento ou – se preferir – uma garantia da liberdade”<sup>855</sup>.

O processo, quando trazido para o seio dos textos constitucionais, passou a ser profundamente influenciado por valores e princípios, que são indissociáveis da natureza política das Cartas Constitucionais, e que, de seu turno, orientam a construção de uma série de direitos e garantias processuais em favor do cidadão. Entre esses direitos fundamentais processuais se destacam, no que interessa à construção do ideário *instrumentalista*, os direitos do jurisdicionado ao amplo *acesso à justiça* (CRFB, art. 5, XXXV e LXXVIII) e ao *devido processo legal* (CRFB, art. 5º, LIV e LV). Sob tais *premissas* foi construído o ideário *instrumentalista*, que inclui aspiração teórica, bastante difundida

848 ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, cit.

849 QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*, cit.

850 QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*, cit., p. 199.

851 QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*, cit., p. 212.

852 QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*, cit., p. 216.

853 Uma primeira, já abordada, que prevê a possibilidade do deferimento, em favor do expropriante, de medida liminar de imissão provisória na posse independentemente da avaliação do bem expropriado, permitindo, ainda que em hipótese, que o expropriado seja *desalojado* sem receber previamente o *justo preço*; uma outra, da qual nos ocuparemos no próximo capítulo, que restringe a cognição nas ações expropriatórias à discussão do preço oferecido. Observe-se, a propósito, que não é decisivo ao descortino das questões a que ora nos propomos a circunstância de tais impedimentos ao exercício pleno do direito de propriedade terem acento em normas infraconstitucionais, pois, como bem observa a professora Cristina Queiroz, as restrições aos direitos fundamentais podem ser levadas a cabo não apenas por normas de escalão constitucional (restrições diretamente constitucionais), mas, também, por normas infraconstitucionais (restrições indiretamente constitucionais) (QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*, cit., p. 216), desde que, evidentemente, exista autorização constitucional à sua edição, como ocorre na hipótese vertida, pois a Constituição confere à lei o estabelecimento do procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social (CRFB, art. 5º, XXIV).

854 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 151.

855 ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: relação entre processo e Constituição*. In: *Introdução ao estudo do processo: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 26.

entre nós, no sentido da reaproximação entre o direito material e o direito processual. A pretexto da realização de semelhante *aspiração*, há quem sustente a necessidade da máxima flexibilização do formalismo processual, quando o processo estiver a contrapor-se à realização do direito substancial deduzido em Juízo e do ideal de *justiça*. Ocorre que esses mesmos direitos fundamentais constitucionais de fundo processual (o *acesso à justiça* e o *devido processo legal*), embora, de um lado, inspirem e orientem a ideia de aproximação entre *direito* e *processo*, de outro, limitam a flexibilização cogitada.

Mesmo entre os doutrinadores que admitidamente integram a chamada corrente instrumentalista não há dúvidas de que, como disse José Roberto dos Santos Bedaque, conquanto as questões eminentemente processuais devam ser reduzidas ao máximo, é plenamente justificável a sua prevalência sobre aquelas relativas ao objeto litigioso do processo quando se tratar de exigência que vise à tutela de princípios maiores, como a ampla defesa, o contraditório, etc.<sup>856</sup>. Afinal, como nos ensina o professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”<sup>857</sup>.

Nessa linha, não nos parece suficiente (embora seja louvável) à construção de um *processo adequado* a simples intenção do julgador, ou das partes, de realizarem, por meio do processo, o ideal de *justiça*. Não se discute que o processo não pode ficar alheio ao seu produto, devendo produzir decisões legítimas, que são aquelas adequadas aos direitos fundamentais, como disse Luiz Guilherme Marinoni<sup>858</sup>. Todavia, não será *adequada*, principalmente sob a perspectiva dos direitos fundamentais, uma decisão exarada em um processo judicial em que não foi observada, pelo menos, a garantia do contraditório. Basta ver, exemplificativamente, que, se a sentença é a *síntese* do que foi deduzido na preambular (*tese*) e na contestação (*antítese*), eventual supressão da *defesa*<sup>859</sup> (exemplificativamente a bem da celeridade processual) colocaria em risco a realização desse caráter *sintético* da sentença, permitindo, por vezes, que a prestação jurisdicional reproduza uma *visão míope* do caso concreto. Recobramos, quanto ao pormenor, a exemplar lição de Eduardo Couture, para quem “o juiz que não houve a defesa e aceita a ação não julga: somente confirma”. Com isso, quer dizer o insigne jurista uruguaio é que o magistrado apenas julgará plenamente o conflito a ele submetido depois de haver conhecido a defesa, pois, nas suas próprias palavras, “no processo dialético, a ação é somente tese e a defesa, *antítese*”, de modo que “à síntese somente se chega depois de conhecer a ambas”<sup>860</sup>.

Em tal conjuntura, cabe a nós, operadores do direito, a identificação de técnicas capazes de compatibilizar o ideário *instrumentalista* de aproximação entre *direito* e *processo* com um mínimo de garantia aos jurisdicionados. Com esse intuito, passaremos a discorrer sobre algumas *atitudes* de que se podem valer os operadores nesse tormentoso, mas gratificante exercício exegético.

A primeira delas repousa-se na ideia de que o direito material deduzido em Juízo é *construído* no curso do processo, pela aplicação *temperada* do direito positivo, que deve ser conformado, na casuística, pelas particularidades formadoras do caso concreto e pelos valores positivados pelo ordenamento em forma de normas jurídicas.<sup>861</sup> A diretriz

856 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 58.

857 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.

858 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 452.

859 Ou, quando menos, o estabelecimento de restrições temáticas ao que nela pode ser alegado, do que trataremos na sequência.

860 COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 160.

861 Bem resume o *modus operandi* dessa primeira técnica a “teoria da relação circular”, segundo a qual, conforme observa Daniel Francisco Mitidiero, “o processo deve partir do direito material, da realidade substancial, e ao direito material deve voltar” (MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70, *apud* ZANETI JR., Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*. In: Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional. Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004, p. 248, n. 1). Essa singular construção teórica, desenvolvida, entre nós, por Hermes Zanetti Júnior, destaca que o processo é o meio através do qual o direito material, mais do que concretizado, é “*construído*”. Nas palavras ilustre do professor gaúcho, agora integrado o corpo docente do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor, na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa do direito material positivado”, dá a afirmação de “que entre o processo e o direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele” (ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível na internet: <http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital/>, acesso em

metodológica que orienta semelhante atuação é a de que o direito do caso concreto exsurge da atividade interpretativa dos operadores (*discurso*), que, por sua vez, deve ser fundada em construções jurídicas embasadas no direito positivo, nas quais se incluem aqueles valores que foram positivados como normas-regras ou normas-princípios.<sup>862</sup>

A segunda *atitude* que divisamos é o exercício de compatibilização casuística do *processo* ao *direito*. Partimos da premissa de que a cogitada contraposição entre o direito material e o direito processual é apenas aparente, pois a circunstância de o formalismo processual ser indispensável para assegurar aos litigantes um mínimo de segurança na realização e acertamento dos direitos deduzidos em Juízo não impede a sua flexibilização no caso concreto. Tratamos aqui da natural *tensão* entre os valores *efetividade* e *segurança*, que orienta, no curso do processo, a realização casuística dos *direitos fundamentais individuais* do jurisdicionado ao amplo *acesso à justiça* e ao *devido processo legal*, assim como a perfeita interação entre eles. A cláusula de *acesso à justiça* orienta que se busque a máxima *efetividade* no processo, no sentido da completa realização dos direitos deduzidos em Juízo. Na trincheira oposta, o *devido processo* impõe a observância da *forma*, ao menos para que se assegure, por meio da bilateralidade das discussões, que não sobressaia do processo uma visão distorcida do caso concreto. Apenas quando atendidos um (*efetividade*) e outro (*segurança*) *reclame* é que estaremos aptos a atender aspiração social de realização do ideal de *justiça*.

Dito isso, resta encontrar um *parâmetro* adequado a *balizar* semelhante *tensão* entre *direitos fundamentais*, os quais, tal como o direito do cidadão à propriedade privada, também não são absolutos. O que se dá é que, a bem verdade, *direito* e *processo* (ou *efetividade* e *segurança*) conjugam-se (ao invés de se contraporem) no sentido da perfeita realização do Direito. Conforme as peculiaridades do caso concreto, prevalecerá ora a *efetividade*, ora a *segurança*, ora ambos. Mas tal *prevalência* só pode ser verificada no caso concreto. Ainda recorrendo à abalizada opinião de Cristina Queiroz, a *tensão* entre os *valores constitucionais*, ou, como prefere a professora, a *interpretação* que soluciona essa *tensão*, ocorre, sempre, na casuística, pois, nas suas próprias palavras, “abstractamente, os direitos não são incompatíveis”<sup>863</sup>. Assim, retomando o objetivo dantes proposto<sup>864</sup>, identificamos como padrão adequado a conformar a flexibilização do formalismo processual a verificação casuística da existência (ou não) de *prejuízo* ao exercício dos *direitos fundamentais processuais*<sup>865</sup>.

Sob tal perspectiva, mesmo a supressão da defesa (ou, quando menos, o diferimento da sua apresentação) não necessariamente compromete a higidez do processo, desde que, evidentemente, não haja prejuízos aos litigantes. Na outra face, havendo prejuízo ao exercício, por qualquer das partes, dos *direitos fundamentais processuais*, não se poderá cogitar o abandono da *forma*, ainda que a pretexto da realização do ideal de *justiça*, pois, como visto, a *justiça* apenas sobressai no caso concreto se assegura minimamente às partes “a justa e pública audiência” a que se refere o artigo X da “Declaração Universal dos Direitos Humanos”. E, quanto ao particular, recobramos a célebre advertência de Mauro Cappelletti & Bryant Garth, no sentido de que “por mais importante que possa ser a inovação, não podemos nos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças”<sup>866</sup>.

Assim, uma vez observado *tensão* entre *requisitos procedimentais* e *direitos fundamentais* de ordem de material,

20/07/2007, apud CARNELUTTI. *Perfil dei raporti tra dirito e processo*. Rivista di Diritto Processuale, v. 35, n. 4, p. 539-550. 1960).

862 Não se deve olvidar a advertência de Hermes Zaneti Jr. quanto à diferenciação entre valores e normas. Normas têm caráter deontológico, ao passo que os valores possuem caráter axiológico. Desse modo, somente as normas tem significado para o mundo jurídico, os valores só o terão a partir do momento em que forem incorporados seletivamente pelo ordenamento jurídico (ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 116-123).

863 QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – Teoria geral*, cit., p. 201.

864 Que é identificar um critério que permita compatibilizar, na casuística, a aplicação do direito fundamental do cidadão ao amplo *acesso à justiça* (de que decorre a aspiração social de realização do ideal de justiça) e ao seu direito, igualmente fundamental, ao *devido processo legal* (do qual emanam as garantias do contraditório e da ampla defesa, assim como, como decorrência de tais garantias, o dever de motivação adequada das decisões judiciais).

865 Recobre-se, ao ensejo, a noção de que nem todo *vício* é capaz de preordenar a *nullidade* do processo ou de qualquer dos seus atos, que se fundamenta na constatação inevitável de que a dogmática processual desde há muito privilegia a *instrumentalidade das formas*, princípio que, nas palavras de Liebman, “subordina a invalidade de um ato processual não à simples inobservância da forma, mecanicamente argüida, mas à relação – declarada caso a caso – entre o vício e a finalidade do ato”. O que ocorre é que, conforme observa o insigne processualista italiano, que por muitos anos viveu entre nós, os sistemas jurídicos somente sancionam “com nulidade [...] o ato que, por causa do vício, não tenha podido obter seu escopo” (LIEBMAN, Eurico Túlio. *Manual de direito processual civil – Volume I*. Palmas: Intelectos, 2003. p. 222). Enfim, decorre de tal princípio a imposição a que somente se pronuncie a *nullidade* de ato processual quando o vício apontado vier a ocasionar prejuízo a uma das partes (*pás nullité sans grief*).

866 CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988. p. 164.



e assentado que o *processo* deve servir à justa aplicação do *direito*, para tais situações, e somente para elas, sustentamos que a solução adequada para o litígio passa pela prevalência do direito material, por entendermos que, em tais circunstâncias, o *direito* deve conformar a aplicação do *processo*, de modo que, aspectos acidentais procedimento não prejudiquem a realização do direito substancial deduzido em Juízo e nem constituam *vetor* de propagação de decisões judiciais *injustas*.

De modo que, quando temos, de um lado, norma de direito material a impor, como requisito à expropriação, o pagamento de indenização *justa e prévia* e, de outro, norma procedimental a autorizar o deferimento de medida liminar de imissão provisória na posse<sup>867</sup> independentemente da realização de avaliação, verificamos possibilidade de desatendimento à regra substancial e, pior do que isso, de que se estabeleçam restrições ilegítimas ao exercício do *direito fundamental* dos indivíduos à propriedade privada.

Sob tal matriz teórica<sup>868</sup> nos dedicaremos, no tópico que se segue, a realizar esforço de compatibilização das normas jurídicas que preveem a indenização prévia e a imissão provisória na posse, com vistas a demonstrar que, desde que observados parâmetros adequados para a realização do direito substancial, a contraposição entre a norma material que condiciona a expropriação ao pagamento de indenização justa e prévia e aquela outra, procedimental, que autoriza a imissão provisória na posse independentemente de avaliação do bem expropriado, é apenas aparente.

### 16.1.2. EXERCÍCIO DE COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS QUE PREVEEM A INDENIZAÇÃO PRÉVIA E A IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal vem propugnando pela validade constitucional do parágrafo 1º do artigo 15 do DL 3.365/41, norma infraconstitucional que autoriza a imissão provisória na posse independentemente da avaliação prévia do bem expropriado.

Esse entendimento, embora *prima facie* não impeça absolutamente a realização no processo da imposição constitucional a que a expropriação seja precedida do pagamento do *justo preço*, foi recebido por alguns como um *salvo conduto* para o deferimento, sob *qualquer depósito*, da antecipação da expropriação, travestida em medida liminar de imissão provisória na posse.

Pelo menos dois problemas jurídicos decorrem dessa *interpretação*.

Um primeiro, de fundo constitucional, lastreado na inviabilidade técnica de se extrair de norma infraconstitucional interpretação que prive de todo efeito a regra constitucional que garante ao expropriado o recebimento de indenização prévia. O entendimento do Supremo Tribunal Federal tem por premissas basilares as ilações de que a imissão antecipada na posse encerra simples *desapossamento*, de modo que a expropriação somente ocorreria no momento do registro do bem expropriado no órgão competente. Conquanto a Corte Constitucional tenha razão em afirmar que a expropriação somente se aperfeiçoa após o trânsito em julgado da sentença e, tratando-se de bens imóveis, do seu necessário registro no órgão competente, não se pode deixar de ter em consideração que, entre nós, o procedimento expropriatório impõe ao proprietário, muito antes da prolação da sentença (ou de seu trânsito em julgado), restrições irreversíveis ao domínio então exercido<sup>869</sup>. Com efeito, decretada a *imissão provisória na posse*, ocorre, desde logo, a supressão de todos os poderes relativos à propriedade<sup>870</sup>. E, isso não bastasse, deferida ou não a liminar, o procedimento segue inexoravelmente no sentido da perda do domínio, notadamente porque a concessão dessa medida somente é possível diante da demonstração da *urgência* do Poder Público na realização da expropriação, ou seja, quando for necessária uma atuação estatal imediata sobre o bem, após a qual torna-se absolutamente improvável a reversão do domínio ao expropriado. Sendo assim, quer nos parecer que a tradicional

867 Espécie de expropriação provisória, mas com efeitos permanentes.

868 Fundada nas limitações impostas pelo sistema jurídico ao estabelecimento de restrições aos *direitos fundamentais*, notadamente a necessidade da preservação de seu *conteúdo essencial*, desenvolvidas por Alexy e Queiroz, no o ideal instrumentalista de aproximação entre *direito e processo*, que orienta, *ultima ratio*, a conformação do direito processual pelo direito material.

869 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 437-438.

870 O expropriado, quando perde a posse direta sobre o bem, por meio do mandado de imissão provisória, é privado de todos os poderes inerentes à propriedade (*jus utendi e abutendi*). Com efeito, além de não mais poder *usar e abusar* da coisa, ele dela não poderá dispor, por exemplo, alienando-a a terceiros, como ocorre, ainda exemplificativamente, embora com restrições, com o locador/possuidor indireto.

distinção entre os institutos da *posse* e da *propriedade*, invocada pelo Excelso Pretório como contraponto ao estabelecimento das noções de *desapossamento* e *expropriação*, não tem lugar no regime das ações de desapropriação, ou, quando menos, não deve ser tomada como *elemento determinante* a subsidiar a investigação acerca de qual seria o marco inicial da expropriação. E tal se dá exatamente porque a desapropriação, mesmo se aperfeiçoando com a sentença e com seu consequente registro, inicia-se com a imissão na posse (que pode ser definitiva ou *provisória*), notadamente porque, em princípio, o acesso do Poder Público ao bem expropriado não pode ser concedido, inclusive conforme interpretação autêntica promovida pelo legislador infraconstitucional (DL 3.365/41, art. 15, *caput*), antes de depositado o *justo preço*.

O outro problema com que nos deparamos é de âmbito normativo infraconstitucional, e se assenta na existência, no próprio preceito normativo em análise (DL 3.365/41, art. 15, parágrafo 1º), de requisitos suficientes à preservação da regra constitucional da *indenização prévia*. Sob tal perspectiva, cumpre reavaliar, sob a ótica *instrumentalista* e tendo em vista as naturais limitações impostas pelo sistema jurídico ao estabelecimento de restrições ao exercício dos *direitos fundamentais*, o que prescrevem as alíneas do parágrafo 1º do artigo 15 do DL 3.365/41.

Nos precisos termos da lei, a imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito do preço oferecido, se este for superior a vinte vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial (DL 3.365/41, art. 15, parágrafo 1º, alínea “a”); da quantia correspondente a vinte vezes o valor locativo, estando o imóvel sujeito ao imposto predial e sendo menor o preço oferecido (DL 3.365/41, art. 15, parágrafo 1º, alínea “b”); e do valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior (DL 3.365/41, art. 15, parágrafo 1º, alínea “c”). Também fixou o legislador infraconstitucional que, não tendo havido a *atualização anual* a que se refere a precitada alínea “c”, o juiz fixará, independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel (DL 3.365/41, art. 15, parágrafo 1º, alínea “d”).

Ressalte-se, desde logo, que as prescrições contidas nas alienas “a” e “b” encontram-se superadas, já que estabelecidas quando o imposto territorial era calculado com base no *valor locativo do imóvel*, diante do que passou-se a admitir a imissão provisória apenas quando depositado o valor venal do imóvel<sup>871</sup>, que é, hoje, o parâmetro para o recolhimento dos impostos territorial rural (ITR) e sobre propriedade territorial urbana (IPTU). Incide, pois, a regra contida na alínea “c”, com a ressalva, colhida da literalidade do texto da lei, de que tal estimativa somente será válida na hipótese de “o referido valor ter sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior”. Se, de outra banda, essa atualização anual inexistir, aplica-se a alínea “d” do dispositivo, que fixa que “não tendo havido a atualização [...] o juiz fixará, independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originalmente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel”.

Essa análise é bastante simples e não causa qualquer prejuízo à efetividade do processo expropriatório (a par da situação de urgência alegada pelo Poder Público) ou à segurança jurídica. Com efeito, cumpre ao expropriante, ao ofertar o depósito, carrear aos autos os elementos de que se valeu para encontrar o suposto valor do bem expropriado. Não sobeja lembrar, a propósito, que o ato de avaliação do bem pelo Poder Público é, por excelência, um *ato administrativo*, a ensejar escorreita motivação. Também não podemos nos esquecer, ainda tendo em vista as peculiaridades próprias do regime jurídico administrativo, que, como disse Marçal Justem Filho, “a garantia constitucional do art. 5º, LIV e LV, tornou inviável a Administração Pública promover avaliação unilateral dos bens”, de modo que “o valor proposto em juízo deverá resultar de um processo administrativo, para o qual o particular deve ter sido convidado a participar”, inclusive para efeito de discutir os parâmetros de cálculo e os valores apresentados pela Administração, de maneira a que, “se houver defeitos e inconsistências na avaliação produzida pela Administração, o interessado” possa “apontá-los ao juiz, o qual deverá se pronunciar sobre o tema”<sup>872</sup>. Enfim, por influência da natureza administrativa da estimativa realizada pelo expropriante (que, enquanto autêntico ato administrativo, deve ser escorreitamente motivada) e pela da incidência da cláusula do devido processo legal (que impõe a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa), o depósito oferecido em Juízo

871 ANGELIS, Juliano de. *A lei de desapropriação à luz da doutrina e jurisprudência. Comentários ao Decreto-lei nº 3.365/1941*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7620>, acesso em 20/07/2007. p. 01.

872 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 438-439.

com vistas ao deferimento da medida liminar de imissão na posse só é válido quando (i) instruído pelos documentos que embasaram a fixação do preço ofertado e (ii) quando controvertida essa avaliação na fase administrativa do procedimento expropriatório<sup>873</sup>.

Tais elementos devem instruir o processo administrativo que antecede o ajuizamento da ação expropriatória (na chamada fase administrativa), inclusive sob pena da configuração de vício insanável, a ensejar a nulidade absoluta do procedimento. Sobre esses documentos, assim como sobre o valor cadastral do imóvel e a sua eventual valorização ou desvalorização no período é que recairá a cognição do magistrado, com base na qual ele decidirá pela suficiência ou insuficiência do depósito ofertado, dispondo, na sequência, sobre o cabimento (ou não) do inaudito deferimento da medida liminar. Ressaltamos, por oportuno, que a vantagem de se admitir como adequada a premissa, que nos parece inasfatável, de que o depósito só é válido quando o *quantum* ofertado tiver sido controvertido no âmbito administrativo, reside na circunstância de que, em tal hipótese, o juiz terá à sua disposição, quando da análise que lhe impõe a alínea “d” do parágrafo 1º do artigo 15 do DL 3.365/41, as impressões de ambas as partes sobre o valor do bem expropriado, de modo que a sua avaliação, mesmo que provisória, tende a aproximar-se o quanto possível do *justo preço*. Situação completamente distinta haverá quando o expropriante nem sequer traz aos autos os parâmetros que instruíram a quantificação do seu depósito, ou quando não demonstra havê-los controvertido na fase administrativa, hipótese em que o juiz deverá desde logo indeferir a medida liminar de imissão provisória na posse ou, quando menos, determinar a realização da avaliação provisória a que se refere o *caput* do artigo 15 do DL 3.365/41.

Por tais premissas, e considerando<sup>874</sup> que o depósito é calculado com base em parâmetros objetivos<sup>875</sup>, e que quando inexistente a *avaliação fiscal atualizada* de que trata a precitada alínea “c” do parágrafo 1º do artigo 15 do DL 3.365/41 seu valor é fixado pelo Estado-Juiz<sup>876</sup>, tendo por base, inclusive, as discussões travadas por ambas as partes na fase administrativa, admitimos *prima facie* a compatibilidade entre o que prescreve a lei das desapropriações e a imposição constitucional a que a indenização paga ao expropriado seja ao mesmo tempo *justa e prévia*.

## 16.2. MEIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS A ASSEGURAR O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO JUSTA E PRÉVIA NOS FEITOS EM QUE SE DÁ O DEFERIMENTO AO EXPROPRIANTE DA MEDIDA LIMINAR DE IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.

A questão que se coloca é que as peculiaridades do regramento jurídico das imissões provisórias na posse não vêm sendo devidamente consideradas (ou adequadamente interpretadas) no plano empírico. Quem de nós não se deparou na atividade profissional com ações expropriatórias em que o *quantum* indenizatório fixado na perícia é substancialmente superior ao valor ofertado em depósito pelo expropriante com vistas à obtenção da medida liminar?

A recorrência pragmática de situações deste *jaez*, quando somada à natural demora no processamento dos feitos expropriatórios, orienta que também sejam discutidos nesta sede os meios processuais adequados a assegurar o pagamento da indenização justa e prévia, sobretudo nos feitos em que há o deferimento ao expropriante da medida liminar de imissão provisória na posse. E tal se dá, com mais razão, porque a legislação parece estabelecer *restrições* ao que pode ser deduzido (pelo expropriado) e conhecido (pelo juiz) nas demandas expropriatórias<sup>877</sup>, as quais, se não forem escorreitamente *interpretadas*<sup>878</sup>, entrarão em *rota de colisão* com os direitos do jurisdicionado ao amplo

873 Recobre-se, com José Cretella Júnior, que o procedimento expropriatório é composto pelo “conjunto de atos administrativos, judiciais e extrajudiciais desde a edição do decreto, declarando o bem de utilidade pública (necessidade pública ou interesse social), até a sentença final adjudicando o bem ao Estado” (CRETELLA JR., José. *Comentários à lei da desapropriação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 11).

874 Ainda tendo em vista ainda a literalidade da lei.

875 O valor cadastral do bem para efeito de tributação e a sua posterior valorização ou desvalorização (DL 3.365/41, art. 15, parágrafo 1º, “d”).

876 E não em avaliação unilateral promovida pelo expropriante.

877 Basta ver, ao ensejo, a prescrição colhida do artigo 20 do DL 3.365/41 no sentido de que, nas demandas expropriatórias, “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço” e que “qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta” (DL 3.365/41, art. 20).

878 Inclusive tendo-se em vista os limites impostos pelo sistema jurídico à sua conformação, notadamente a necessidade de preservação do *conteúdo essencial* dos direitos restringidos.

*acesso à justiça*, à observância do aspecto substancial do *devido processo legal* e ao afastamento de agressões ilegítimas (leia-se: desconformes com o Direito) ao seu direito de propriedade.

Eis, então, o ponto de partida para a nossa análise neste capítulo: o adequado dimensionamento das restrições impostas pela lei ao que pode ser deduzido em Juízo pelo expropriado e ao que pode ser conhecido pelo magistrado. Assim, nos tópicos que se seguem, sem perder de vista a premissa, que nos parece indeclinável, notadamente em vista da cláusula constitucional do amplo *acesso à justiça*, de que todos os meios processuais são hábeis ao restabelecimento da normalidade processual, no sentido de que se assegure ao jurisdicionado da completa realização do direito substancial deduzido em Juízo, empreenderemos um esforço de compatibilização das citadas *restrições* aos parâmetros ditados pelo ordenamento constitucional, para identificarmos, na sequência, os meios processuais adequados a assegurar o recebimento do *justo preço* já no momento da imissão provisória na posse.

### 16.2.1. ADEQUADO DIMENSIONAMENTO DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI À COGNIÇÃO NOS PROCESSOS EXPROPRIATÓRIOS.

O dispositivo legal que abstratamente está a restringir a cognição no âmbito das ações expropriatórias é o artigo 20 do DL 3.365/41, que fixa que, em tais demandas, “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço” e que “qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta” (DL 3.365/41, art. 20).

Nossa perspectiva, a par de semelhante prescrição restritiva, é a de que, se o magistrado, ao proferir *decisão liminar* de imissão provisória na posse, não observar adequadamente as normas procedimentais aplicáveis ao caso, nada impede, mas, ao contrário, tudo autoriza, que o expropriado, na sua contestação, ou por simples petição, inste-o a adotar as providências necessárias ao depósito e conseqüente levantamento do montante o mais próximo possível da *justa indenização*.

*Data maxima venia* àqueles que se posicionam em sentido contrário, o próprio dispositivo em análise (art. 20 do DL 3.365/41) autoriza que seja abordada no processo expropriatório, além da impugnação ao preço, a existência de “vício do processo judicial”, no que se inclui, com renovada vênua, a inobservância ao procedimento estabelecido para a concessão da medida liminar de imissão provisória na posse<sup>879</sup>.

Isso não bastasse, a inobservância dos dispositivos legais que regem o depósito do preço do bem expropriado revela-se ofensiva ao princípio do *devido processo legal*. Ao ensejo, recobre-se, com Nelson Nery Júnior, que “a cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como a primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado”, pois tem caracterização bipartida e agrega além do *caractere* procedimental (*procedural due process*), um aspecto substancial (*substantive due process*), relacionado ao direito material ou, nas próprias palavras do doutrinador, à “tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo”<sup>880</sup>. Temos, então, já à primeira vista, o descumprimento das regras procedimentais que regulam o *depósito* do preço ofertado (violação ao *procedural due process*), que, por sua vez, faz com que o proprietário, injusta e desarrazoadamente, seja *expropriado* mediante pagamento de *preço vil* (violação ao *substantive due process*). Também destacamos, na mesma linha, as evidentes *irrazoabilidade* e *desproporcionalidade*<sup>881</sup> da postergação para a *fase instrutória* da discussão acerca do valor ofertado em depósito pelo expropriante, identificadoras da nova ofensa ao *substantive due process*. Afinal, o juiz ciente

879 Ousamos afirmar, inclusive, que semelhante vício procedimental, por atingir a própria autorização constitucional à expropriação, acaba por *prejudicar* a pretensão expropriatória, justificando, a rigor, a extinção do feito, sem julgamento de mérito, com fundamento no inciso VI do artigo 485 do CPC. Com efeito, a Constituição, em autêntica *norma de competência*, apenas autoriza a expropriação (que comporta fases administrativa e judicial), como limitação à garantia constitucional ao direito de propriedade, se cumpridos determinados requisitos, entre eles o pagamento de indenização que seja, ao mesmo tempo, *justa e prévia*. Se tais requisitos constitucionais não se revelam presentes no caso concreto, inexistirá, então, autorização constitucional (competência) à expropriação, impondo-se, por conseqüência, a extinção do feito por ausência de pressuposto específico da ação expropriatória. A conclusão semelhante chegou José dos Santos Carvalho Filho, embora tendo em vista um outro pressuposto específico da desapropriação, a utilidade pública. Nas palavras do célebre administrativista: “Se a discussão versar sobre o próprio conteúdo da vontade administrativa, isto é, se ocorrer dúvida sobre a conduta do administrador quanto à desapropriação, a matéria não pode ser dirimida na ação de desapropriação, mas em ação autônoma. Contudo, se o objetivo da declaração for atividade que não se encontre contemplada pela lei, a discussão não será quanto ao conteúdo da vontade do legislador, mas sim quanto à existência de pressuposto considerado por lei como passível de gerar desapropriação. Nessa hipótese, entendemos que o juiz pode (e deve) ex officio apreciar a questão e até mesmo extinguir o processo expropriatório sem julgamento de mérito por falta de condição da ação” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 688).

880 NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7<sup>o</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37.

881 Já que a antecipação de tal discussão não traz qualquer prejuízo ao curso normal do procedimento expropriatório.

da sua responsabilidade sabe que pouca coisa pode ser mais *injusta* do que uma vitória processual que signifique uma derrota no plano da realidade social<sup>882</sup>. E, sendo assim, temos, a partir da violação ao *devido processo*, questão de ordem pública, apta a ser conhecida oficiosamente pelo Juiz<sup>883</sup> e que, por via de consequência, pode ser alegada pelo expropriado por qualquer meio (mesmo na contestação da ação de desapropriação, ou por simples petição) e a qualquer tempo.

Por derradeiro, não podemos perder de vista que não há espaço na ciência jurídica para a imposição de óbices absolutos à tutela de qualquer interesse (CRFB, art. 5º, XXXV). Até porque, como exposto e demonstrado à exaustão no capítulo anterior, eventuais restrições ao exercício de direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, de modo a que se preserve o seu *conteúdo essencial*. E não há como se pretender preservado o *conteúdo essencial* do direito do cidadão à propriedade privada em face de pretensões expropriatórias diante de *interpretação* que se proponha a mitigar os efeitos da *previada* da indenização imposta pela Carta Política como contraprestação necessária à expropriação.

## 16.2.2. IDENTIFICAÇÃO DOS MEIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS A ASSEGURAR O RECEBIMENTO DA INDENIZAÇÃO JUSTA E PRÉVIA JÁ NO MOMENTO DA IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE.

Por tais premissas, sustentamos que ao expropriado é dado questionar o desatendimento aos parâmetros legalmente fixados para o depósito judicial que instrui a imissão provisória na posse, inclusive para efeito de obter a cassação da respectiva medida liminar. E que poderá fazê-lo na própria ação expropriatória, em contestação ou por simples petição. Se, por qualquer motivo, o juiz da causa, ciente da alegação de que foram descumpridas as normas procedimentais que regem esse *depósito*, ainda assim se recusar a revogar a decisão liminar, o expropriado poderá se valer das vias recursais adequadas, notadamente do recurso de agravo de instrumento, cabível, nos termos da lei processual, contra provimentos de natureza interlocutória, como é a decisão que defere ao expropriante a liminar de imissão provisória na posse, assim como aquela outra indefere pedido do expropriado para que sejam sustados os efeitos da mesma medida; sempre em benefício do restabelecimento da normalidade processual<sup>884</sup>.

O expropriado também poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, propor ação incidental à desapropriação, chamada pelo legislador infraconstitucional de *ação direta* (DL 3.365/41, art. 20). Observe-se, ao ensejo, que, *prima facie*, o tão-só ajuizamento dessa demanda incidental induz a suspensão do curso do procedimento expropriatório (e, por via de consequência, da medida liminar de imissão provisória na posse), em vista da regra colhida da alínea “a” do inciso V do artigo 313 do CPC, segundo a qual “suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente”.

Esses são, salvo melhor juízo, os meios processuais adequados a assegurar ao expropriado, inclusive nos feitos em que se dá o deferimento ao expropriante da medida liminar de imissão provisória na posse, o recebimento de

882 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 220.

883 Nesse sentido, por todos, José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 688).

884 A propósito, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito enfrentou questão semelhante ao julgar recursos interpostos no curso de ações de desapropriação e servidão movidas pela empresa PETRÓLEO BRASILEIRO S/A – PETROBRAS, então em trâmite na Vara Cível e Comercial da Comarca de Viana/ES. Em ambos os feitos a expropriante ofereceu em depósito valor inferior a cinco por cento (em média R\$ 2,00 o m2) do valor cadastral do imóvel para fins de recolhimento do imposto predial (R\$ 54,56 o m2). Essa circunstância foi levada aos autos na peça de defesa e em petições diversas dirigidas ao Juízo de piso, por meio das quais os expropriados tencionavam obter, sob a alegação de *vício* no procedimento e violação ao *substantive due process*, a suspensão dos efeitos da medida liminar. Contudo, diante da recusa da magistrada que então presidia o feito em restabelecer a normalidade processual, os expropriados recorreram à Egrégia Instância Superior, e, nessa sede, obtiveram, o reconhecimento, não apenas de que a expropriante violou ao procedimento expropriatório (por proceder ao depósito de *preço* que não guarda relação com os critérios legais estabelecidos nas alíneas do parágrafo 1º do artigo 15 do DL 3.365/41), mas, também e principalmente, de que é possível discutir no curso de ações expropriatórias eventual ofensa à regra constitucional que impõe o pagamento ao expropriado de indenização que seja, ao mesmo tempo, *justa* e *prévia*. Reportamo-nos, ao ensejo, ao julgamento dos Agravos de Instrumento nº 050.069.000.094 (Partes: Agvtes.: Jonyr de Souza e Mirtes Siqueira Souza. Advogados: BRUNO COLODETTI - 11376-ES e CLAUDIO PENEDO MADUREIRA - 11377-ES. Agvdo.: PETROBRAS S/A. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 03/10/2006. Leitura: 17/10/2006. Publicação: 27/10/2006. Relator: RONALDO GONÇALVES DE SOUSA) e 050.069.000.110 (Partes: Agvtes.: Luiz de Souza Rocha, Delio Jose Rocha Sobrinho, Jucinei Avance Rocha, Benedito Rocha Pignaton, Andrea Souza Carmo Pignaton, Signus Comercio e Serviços Ltda. Advogados: BRUNO COLODETTI - 11376-ES e CLAUDIO PENEDO MADUREIRA - 11377-ES. Agvdo.: PETROBRAS S/A. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 03/10/2006. Leitura: 17/10/2006. Publicação: 27/10/2006. Relator: RONALDO GONÇALVES DE SOUSA), interpostos no curso das ações expropriatórias nº 050.050.028.401 e 050.060.003.485.

indenização que seja, a um só tempo, *justa e prévia*.

### 16.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- ANGELIS, Juliano de. *A lei de desapropriação à luz da doutrina e jurisprudência. Comentários ao Decreto-lei nº 3.365/1941*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7620>, acesso em 20/07/2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na Constituição do Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed.: Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- COUTURE, Eduardo J. *Interpretação das leis processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à lei da desapropriação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. Barcelona: Ariel, 1989.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito e devido processo legal. Nova dimensão direito administrativo: repertório de estudos doutrinários e jurisprudenciais*. São Paulo: NDJ, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Os princípios constitucionais do processo*. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, v. 2, p. 256-265, abr./jun. 1993.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Instituição da propriedade e sua função social*. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*. v. 2. n. 6. Recife: ESMape, 1997.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HARADA, Kiyoshi. *Desapropriação – doutrina e prática*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LIEBMAN, Eurico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Palmas: Intelectos, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- \_\_\_\_\_. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível na internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>, acesso em 20/07/2007.

- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo moderno*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentário do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Tratado de direito privado*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n.º 1, de 1969*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, v. 3: direito das coisas*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo processo civil brasileiro*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controles da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: *Processo e constituição*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (organizador) [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O Formalismo-valorativo no confronto com o Formalismo excessivo*. Disponível na internet: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina>, acesso em 20/07/2007.
- QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais – teoria geral*. Coimbra: Coimbra editora, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – v. IV*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SALLES, José Carlos de Moraes. *Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Ovídio Araújo Batista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- SILVEIRA, Bernardo Bastos. *O direito à razoável duração do processo e a responsabilização do Estado pela demora na outorga da tutela jurisdicional*. In: *Cadernos de Direito Processual – Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo – ano 1 – número 1 – Agosto/dezembro 2006*. Vitória: UFES, 2006. p. 102-116.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- TEPEDINO, Gustavo. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: *Direito*, Carlos Alberto Menezes (coordenador).

Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VENOSA, *Sílvio de Salvo*. *Direito Civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil do Estado Democrático Constitucional*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível na internet: <http://www.biblioteca.ufrgs.br/bibliotecadigital/>, acesso em 20/07/2007.

\_\_\_\_\_. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual)*. In: MACHADO, Fábio Cardoso & AMARAL, Guilherme Rizzo. *Polêmica sobre a ação: tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Hermes. *Processo constitucional: relação entre processo e Constituição*. In: *Introdução ao estudo do processo: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Safe, 2005. p. 23/62.

\_\_\_\_\_. Hermes. *Direito material e direito processual: relações e perspectivas*. In: *Revista Processo e Constituição – Coleção Galeno Lacerda de Estudos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, UFRGS, 2004.

\_\_\_\_\_. Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

ZANGANELLI, Margareth Vedis & COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. *Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo*. In: *Cadernos de Direito Processual – Revista do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Espírito Santo – ano 1 – número 1 – Agosto/dezembro 2006*. Vitória: UFES, 2006. p. 07-16.

ZAVASCKI, Teori Albino. *A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Código Civil*. In: MARTINS-COSTA, Judith (organizadora). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, p.843/861.





# CAPÍTULO 17 - DESAPROPRIAÇÃO: DESTINAÇÃO DO BEM EXPROPRIADO E DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

*Jackson Pereira Correia Júnior*

**SUMÁRIO:** 17.1. Considerações gerais. 17.2. Tredestinação e retrocessão. 17.3. Desapropriação indireta. 17.4. Referências bibliográficas.

## 17.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Sabe-se que a destinação do bem desapropriado deve se dar em conformidade com a declaração expropriatória, por meio da qual se inaugura o procedimento expropriatório. Nesta declaração, formalizada na forma de decreto, constará expressamente a que fim se destina a desapropriação pretendida pelo Poder Público. É importante que se fixe este ponto, pois é partir dele que será possível analisar se houve, por exemplo, a chamada tredestinação, que está relacionada ao instituto da retrocessão, ambos objetos de estudo neste capítulo, juntamente com a desapropriação indireta.

Dito isso, cumpre consignar inicialmente que a destinação final dos bens submetidos à desapropriação será o patrimônio dos entes públicos, isto como regra geral, já que há hipóteses em que a desapropriação terá por fim, a transferência dos bens para terceiros, as quais serão tratadas mais à frente. Vale dizer que, no tocante à destinação imediata do bem expropriado, este será sempre integrado ao patrimônio público, que a depender da espécie de desapropriação, o será definitivamente, caso tenha sido efetuado em proveito do próprio ente público expropriante, ou provisoriamente, visando o benefício de terceiros.

Neste passo, vale destacar algumas hipóteses de desapropriação em que os bens expropriados possuem destinação provisória ao patrimônio público, uma vez que o objetivo final é que sejam transferidos a terceiros. A primeira delas é a desapropriação por zona, aquela que “abrange a área contígua necessária ao desenvolvimento de obras públicas e as zonas que se valorizarem extraordinariamente, em decorrência da realização do serviço (art. 4º, Decreto-lei 3.365/1941)”<sup>885</sup>. Somente em relação ao segundo fundamento, qual seja a valorização extraordinária de imóveis, é que se verifica-se a destinação provisória. Isso porque, após a desapropriação, o Poder Público revende tais imóveis para terceiros, depois de ter absorvido a valorização deles a fim de evitar o proveito desigual de alguns particulares.

Assim, os imóveis desapropriados em razão do fundamento exposto acima, somente terão *status* de bens públicos enquanto não forem alienados a terceiros, após suas respectivas valorizações extraordinárias. Contudo, é importante salientar que a desapropriação por zona, especificamente neste caso dos imóveis que serão valorizados extraordinariamente, é considerada por alguns, e também por nós, como inconstitucional, visto que já existe a

chamada contribuição de melhoria (art. 14,5, III, CRFB), responsável por absorver a valorização em decorrência de obras públicas. Dessa forma, como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, “se o Poder Público tem um meio para atingir o objetivo em causa, não pode se valer de outro que impõe ao administrado gravames maiores (a perda da propriedade) que os necessários para alcançar o fim que lhe serve de justificativa (recolher a valorização extraordinária)”<sup>886</sup>.

Ademais, há a hipótese de desapropriação para fins de reforma agrária, que já foi tratada no Capítulo 14, na qual o Estado expropria propriedades rurais que não estejam cumprindo sua função social, nos termos dos artigos 184 a 186 da CRFB, redistribuindo-as posteriormente à particulares. Por fim, há a chamada desapropriação-confisco, em que também haverá a destinação final dos bens expropriados a terceiros. Prevista no art. 243 da CRFB, “trata-se da expropriação de propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo, na forma da lei”<sup>887</sup>. Conforme o dispositivo constitucional, as propriedades expropriadas serão destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular. Dessa forma, o Poder Público confisca tais bens, integrando-os ao seu patrimônio, e depois os repassa a terceiros.

## 17.2. TREDESTINAÇÃO E RETROCESSÃO

Antes de procedermos à análise do instituto da retrocessão, faz-se necessário tratarmos sobre a chamada tredestinação. Como dito anteriormente, é o decreto expropriatório que consigna o fim a que se destina a desapropriação pretendida pelo Poder Público, assim, ocorrendo destinação diversa daquela que consta em tal decreto, estaremos diante da tredestinação. Esta, segundo José dos Santos Carvalho Filho, consiste na “destinação desconforme com o plano inicialmente previsto”<sup>888</sup>, em outras palavras, há um desvio de finalidade em que o expropriante deixa de aplicar ao bem o interesse público já previamente manifestado.

Vale dizer que a doutrina classifica a tredestinação em duas espécies, quais sejam, a lícita e a ilícita, sendo esta última a que se relaciona com a retrocessão. A primeira ocorre na situação em que o Estado “não satisfaz o interesse público previsto no decreto expropriatório, mas, sim, outro interesse público”<sup>889</sup>, como por exemplo, na hipótese de o plano inicial para o imóvel desapropriado ser a construção de um prédio para determinado órgão público, todavia, o ente expropriante decide mais tarde construir uma escola. Percebe-se, nessa situação hipotética, que o motivo que levou à desapropriação permanece ancorado no interesse público. Já a segunda espécie, a tredestinação ilícita, ocorre quando o Poder Público, “desistindo dos fins da desapropriação, transfere a terceiro o bem desapropriado ou pratica desvio de finalidade, permitindo que alguém se beneficie de sua utilização”<sup>890</sup>. Deste modo, observa-se que a desapropriação efetivada nestes termos é totalmente ilegítima, na medida em que desvirtua o fim coletivo a que presta o instituto da desapropriação, favorecendo indevidamente interesses privados.

Considerando, então, que na desapropriação o direito de propriedade é sacrificado unicamente para a realização de uma finalidade pública, a partir do momento em que esta não é atendida, a base legal que propiciou o afastamento do direito do particular desaparece, surgindo, assim, o direito para o ex-proprietário de reaver o bem. É precisamente este direito que consiste no instituto da retrocessão. Efetivada a desapropriação nos termos da lei, o ente expropriante destina o bem desapropriado não somente a fim diverso daquele consignado expressamente na declaração expropriatória, mas também fora da abrangência do interesse público.

Em síntese, nas palavras de Rafael Rezende de Oliveira, “a retrocessão é o direito de o expropriado exigir a devolução do bem desapropriado que não foi utilizado pelo Poder Público para atender o interesse público”<sup>891</sup>. Nesse sentido, como já adiantamos, a retrocessão relaciona-se com a tredestinação ilícita, isto é, o ex-proprietário somente terá o direito de reaver o bem desapropriado na situação em que o Estado, ao dar destinação diversa daquela

886 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 906.

887 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 660.

888 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1110.

889 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 681.

890 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1111.

891 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 680.

inicialmente prevista, não reveste o ato de utilidade ou necessidade pública, ou ainda, de interesse social. Vale destacar outra hipótese em que surgirá também o direito de retrocessão para o expropriado, mas que será tratada mais adiante, qual seja, a que o Poder Público não aplica ao bem desapropriado finalidade alguma.

É oportuno observar o art. 519 do Código Civil, em que o entendimento exposto no parágrafo anterior é confirmado: “Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, *ou não for utilizada em obras ou serviços públicos*, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”. Nota-se, portanto, que ainda que seja aplicado ao bem finalidade dissonante da declaração expropriatória, persistindo o interesse público (tredestinação lícita), não haverá a possibilidade de retrocessão.

No que diz respeito à natureza jurídica do instituto em comento, é importante ressaltar que não há unanimidade na doutrina, havendo ao menos três posições que trataremos a seguir. Há aqueles que consideram a retrocessão como um direito pessoal, em que o ex-proprietário não poderia pleitear a devolução do bem, mas tão somente indenização por ter seu direito de preferência preterido. A fundamentação deste entendimento está ancorada em dois dispositivos: i) o art. 519 do Código Civil, transcrito no parágrafo anterior, o qual dispõe que caberá ao expropriado direito de preferência em caso de tredestinação ilícita; e ii) o art. 35 da denominada lei geral da desapropriação (Decreto-lei 3.365/1941), o qual prescreve que, tendo os bens expropriados ingressados no patrimônio público, “não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”.

Neste passo, sob o prisma desta corrente doutrinária e jurisprudencial, ao considerar a retrocessão como de caráter obrigacional, José dos Santos Carvalho Filho está correto ao lecionar que, tecnicamente, tal instituto sequer existe em nosso ordenamento jurídico, havendo tão somente, o direito pessoal do expropriado de requerer perdas e danos. O professor ainda assevera que, *de lege ferenda*, o direito em comento deveria ser caracterizado como real, “a vigente legislação, contudo, não permite extrair essa conclusão”<sup>892</sup>.

Posição contrária a esta, a qual adotamos, é a daqueles que afirmam que a retrocessão é um direito de natureza real, tendo, assim, o ex-proprietário o direito de reaver o bem expropriado que não foi utilizado segundo o interesse público. Tal entendimento possui fundamento na Constituição Federal, especificamente no art. 5º, inciso XXIV, que somente permite a desapropriação nos casos de necessidade ou utilidade pública, ou ainda interesse social, uma vez que a Carta Magna consagra o direito de propriedade como fundamental. Por conseguinte, não estando presentes tais pressupostos na destinação do bem expropriado, extingue-se a base constitucional para a perda da propriedade particular. Deste modo, resta plenamente cabível a devolução do bem ao expropriado, restaurando-se o *status quo ante*.

Nesse sentido, considerando o arrimo constitucional exposto e os dispositivos infraconstitucionais que sustentam a corrente que propugna o instituto da retrocessão como direito pessoal, vale destacar lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Donde, em vista do princípio da supremacia da Constituição, lei alguma poderia dar à matéria tratamento que contraditasse o que é simples resultado da proteção que a Lei Magna outorga à propriedade, já que a garantia que lhe confere só é absolvida para satisfação de uma finalidade pública. Daí a impotência da invocação do art. 1150 do Código Civil anterior (ou do atual, art. 519) para arrimar entendimento diverso, ou do art. 35 do Decreto-lei 3.365 para infirmar-nos casos em que caiba - o direito ao retorno do bem ao expropriado”<sup>893</sup>.

Com efeito, é de se perceber que a posição sobre a natureza jurídica da retrocessão como sendo de caráter real é a mais adequada, ao se considerar as balizas constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro. Outro que também corrobora este mesmo entendimento é Rafael Rezende de Oliveira, sendo oportuna a transcrição do que assinala o autor sobre o tema:

892 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1109.

893 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 911.

“Entendemos que a retrocessão é direito real. Apesar do caráter pessoal atribuído pela legislação ordinária, a interpretação deve prestigiar as normas constitucionais sobre o tema. A Constituição reconhece o caráter fundamental do direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII, da CRFB) e a desapropriação representa uma exceção a esse direito. Por essa razão, a desapropriação apenas se justifica se obedecidos os pressupostos e limites elencados no art. 5º, XXIV, da CRFB. A desapropriação que não efetiva a utilidade pública, a necessidade pública e o interesse social deve ser considerada inconstitucional, e o bem devolvido ao particular”<sup>894</sup>.

É importante salientar que, nada obstante reconhecermos a retrocessão como sendo um direito real, isto não afasta o exercício do direito de preferência do expropriado, sob pena de perdas e danos, expresso no art. 519 do Código Civil. Inclusive, como uma terceira posição acerca da natureza jurídica da retrocessão, alguns defendem que, em razão de o ex-proprietário poder optar entre requerer indenização ou reaver o bem desapropriado, seria o caso de direito misto, de caráter pessoal e real.

Contudo, *data venia*, este entendimento está equivocado, uma vez que ambos os direitos à disposição do expropriado “são simplesmente dois direitos perfeitamente distintos e que podem ser alternativamente (e exclusivamente) utilizados”<sup>895</sup>. Ou seja, na hipótese em que houver desrespeito ao direito de preferência, “o expropriado, ao nosso ver, tanto poderá se valer do citado preceptivo [art. 519, CC], pleiteando perdas e danos, quanto, ao invés disto, optar pela ação de retrocessão, a fim de reaver o bem”<sup>896</sup>.

Em síntese, o Poder Público desistindo de encaminhar o bem desapropriado para finalidade pública, deve oferecê-lo ao ex-proprietário pelo seu preço atual, que, por sua vez, exercerá seu direito de prelação no prazo legal, disposto no art. 516 do Código Civil. Caso o direito de preferência seja preterido, o expropriado terá, então, a possibilidade de pleitear indenização ou requerer a devolução do bem. Questão interessante é a hipótese em que, após a desapropriação, o ente público não aplica finalidade alguma ao bem expropriado, encontrando-se inerte. Surge então a indagação: a partir de que momento se considerará que o expropriante desistiu de efetivar o fim expropriatório, aparecendo o direito à retrocessão?

Há divergência sobre o assunto na doutrina, dividindo os autores em duas posições. A majoritária, é aquela que afirma a inexistência de prazo legal para destinação do bem desapropriado. Assim, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “só a inação do expropriante não significa, por si só, que tenha desistido da desapropriação [...] é preciso que a situação fática demonstre claramente que o expropriante não mais deseja destinar o bem a um fim público”<sup>897</sup>. Celso Antônio Bandeira de Mello, no mesmo raciocínio, argumenta que se deve verificar comportamentos explícitos, tácitos ou expressos do Poder Público que indicam a desistência deste, como “a venda, cessão ou qualquer ato dispositivo do bem praticado pelo expropriante em favor de terceiro [...] a anulação do plano de obras em que se calcou o Poder Público para realizar a desapropriação, ou outros fatos congêneres”<sup>898</sup>.

A posição contrária, a qual perfilhamos do mesmo entendimento, defende que, não obstante a ausência de prazo legal específico para que o Estado aplique ao bem desapropriado alguma finalidade pública, haveria a possibilidade de utilizar-se, por analogia, o prazo de cinco anos do art. 10 da lei geral de desapropriação, que se refere à caducidade da declaração expropriatória. Assim, não havendo a destinação do bem em cinco anos, constatar-se-ia a desistência do expropriante, surgindo para o expropriado a retrocessão ou indenização decorrente de seu direito de prelação.

Enquanto a posição majoritária baseia-se no silêncio da lei, a posição que entendemos mais adequada tem por fundamento princípios constitucionais e de direito administrativo, como bem exposto por Rafael Rezende de Oliveira:

“Entendemos que o Poder Público deve atender o interesse público dentro de um prazo razoável, tendo em vista os princípios constitucionais da razoabilidade e da moralidade, bem como a interpretação adequada do art. 5º, XXIV, da CRFB. A omissão prolongada do Poder Público demonstra que a desapropriação não era necessária, pois o bem não foi utilizado para qualquer interesse público. É importante notar que a tendência atual, típica do Estado Democrático

894 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 680-681.

895 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 914.

896 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 913.

897 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1112.

898 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 916.

de Direito, é a amplitude da sindicabilidade das omissões administrativas e a exigência de eficiência administrativa, sendo inadmissível a inação estatal em prejuízo dos direitos fundamentais”<sup>899</sup>.

### 17.3. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA

Como já tratado nos capítulos anteriores, para que o Poder Público transfira para si propriedade de terceiro, deve haver um procedimento adequado, seja pelas vias administrativa ou judicial, em que será assegurado ao expropriado, em regra, prévia e justa indenização, conforme prescreve a Lei Maior. Todavia, há situações em que o Estado se apropria de bem particular sem observar o devido processo legal, já que não emite a declaração que manifesta o interesse público na desapropriação e, tampouco, permite a prévia indenização do expropriado, praticando, assim, verdadeiro esbulho possessório. A esse fato a doutrina e a jurisprudência denomina desapropriação indireta.

José dos Santos Carvalho Filho tece comentário pertinente ao dizer que “a despeito de qualificada como indireta, essa forma expropriatória é mais direta do que a que decorre da desapropriação regular. Nela, na verdade, o Estado age realmente *manu militari* e, portanto, muito mais diretamente”<sup>900</sup>. Com efeito, é premente que se deixe claro que, muito embora haja fundamentação legal para a desapropriação indireta, a qual será tratada adiante, tal prática do Estado é completamente dissonante do bom exercício da Administração Pública, sendo fruto, sobretudo, do mal planejamento de políticas públicas. Deste modo, deve haver um esforço tanto dos operadores do direito, gestores públicos e representantes do Poder Legislativo para coibir tal situação.

Isto posto, vale observar que o art. 35 do Decreto-lei 3.365/1941 prescreve que, tendo sido os bens desapropriados incorporados ao patrimônio público, “não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos”. Assim, havendo processo nulo de desapropriação, ou nem sequer havendo processo, como é o caso da desapropriação indireta, o bem expropriado que já adquiriu *status* público não poderá ser reavido pelo ex-proprietário, restando a ele somente o direito de ser indenizado.

Destaca-se que, para que seja consumada a incorporação do bem objeto da desapropriação indireta, é necessário que ocorra: i) o apossamento administrativo de forma abusiva e irregular do Poder Público, isto é, o expropriante deve efetivamente assumir a posse do bem sem o devido processo legal; e ii) a afetação deste bem à alguma finalidade pública, havendo o chamado fato consumado. Convém pôr em relevo o que assevera o professor José dos Santos Carvalho Filho a esse respeito:

“Embora não se revista de toda a legitimidade que seria de se esperar, em se considerando a figura do Poder Público, o certo é que o fato consumado em favor deste acarreta inviabilidade de reversão à situação anterior. Suponha-se, como exemplo, que a União se aproprie de várias áreas e instale diretamente um aeroporto ou um abrigo para treinamento de militares. Concluídas essas realizações, os bens, certa ou erradamente, passaram à categoria de bens públicos, vale dizer, foram incorporados definitivamente ao patrimônio federal. Como reverter tal situação, levando em conta que esses bens se destinam ao exercício de uma atividade de interesse público?”<sup>901</sup>.

Em suma, o disposto no art. 35 da lei geral de desapropriação somente se aplicará no momento em que houver se consumado a incorporação do bem ao patrimônio público, que como exposto acima, depende do apossamento da propriedade pelo Estado e a sua destinação a alguma finalidade pública. Trata-se de aplicação da teoria do fato consumado, especialmente, porque intervir em tal situação ilícita, a fim de revertê-la, culminaria em prejuízos à coletividade. À vista disso, vale observar que Guilherme Farias Florentino, em exegese do dispositivo em comento, constatou que:

“[...] a resolução da ação de desapropriação indireta em indenização por perdas e danos deve ocorrer como uma espécie *sui generis* da teoria do fato consumado, visto que esta tutela meramente ressarcitória somente ocorre quando se

899 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 682.

900 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1092.

901 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1094.

mostra útil, e justo, assegurar a permanência das situações jurídicas já estabilizadas no tempo do que modificá-las, vez que a interferência externa nesses casos, embora bem intencionada e até com o propósito de reafirmar o estado de legalidade, acaba por gerar mais atritos do que pacificação social”<sup>902</sup>.

Neste raciocínio, é importante consignar que, enquanto um bem, alvo do Poder Público, não for afetado à finalidade pública, requisito necessário para que ocorra a transferência da propriedade para o seu patrimônio, o particular, seja possuidor direto ou indireto, poderá valer-se das ações possessórias, “pois a ameaça à posse é situação que antecede à incorporação patrimonial prevista na lei”<sup>903</sup>. Diante disso, verifica-se que a desapropriação indireta somente se concretizará caso o particular não se oponha, seja qual for o motivo, defendendo a sua posse. Guilherme Farias Florentino sustenta que a caracterização da inércia do expropriado deve se dar conforme o caso concreto, já que não há parâmetros legais para tanto, além de que “se leve mais em consideração a atitude tomada pelo particular no instante em que tem ciência do apossamento administrativo do que, propriamente, o tempo despendido para ingressar em juízo”<sup>904</sup>.

Por outro lado, na hipótese em que a propriedade apossada pelo Poder Público adquire o *status* público com a sua incorporação, o particular expropriado tão somente terá o direito de ser indenizado em perdas em danos, da mesma forma como o seria caso a desapropriação seguisse o procedimento adequado. A ação que deverá ser ajuizada é a de desapropriação indireta, também chamada de ação de ressarcimento de danos causados por apossamento administrativo. Apesar da nomenclatura, trata-se de uma simples ação indenizatória em face do Poder Público, mas que, em razão da relação da lide com a perda da propriedade, possui a peculiaridade de ser considerada ação real<sup>905</sup>, “dela emanando todos os efeitos próprios desse tipo especial de ação”<sup>906</sup>.

Vale observar, mais uma vez, os comentários de José dos Santos Carvalho Filho, acerca do *quantum* indenizatório da ação em comento. Segundo o professor, “não incide no processo o princípio da vedação de julgamento *ultra petita*” (art. 492, CPC), “em razão da especificidade da ação, bem como do propósito inarredável de reparar o prejuízo decorrente da perda da propriedade, o que retrata garantia constitucional”<sup>907</sup>. Por fim, no tocante ao prazo prescricional da ação, o STJ firmou entendimento de que deve ser aplicado, por analogia, o prazo da usucapião extraordinária, previsto no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil<sup>908</sup>. O *caput* do dispositivo estabelece o prazo de quinze anos, contudo, tendo em vista que para a concretização da desapropriação indireta é necessário que o Poder Público aplique ao bem alguma finalidade pública, estaremos diante da hipótese do parágrafo único, sendo, portanto, o prazo de dez anos.

## 17.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico.

FLORENTINO, Guilherme Farias. *Análise constitucional da desapropriação indireta*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33619/analise-constitucional-da-desapropriacao-indireta>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2018. Livro eletrônico.

902 FLORENTINO, Guilherme Farias. *Análise constitucional da desapropriação indireta*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33619/analise-constitucional-da-desapropriacao-indireta>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

903 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1095.

904 FLORENTINO, Guilherme Farias. *Análise constitucional da desapropriação indireta*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/33619/analise-constitucional-da-desapropriacao-indireta>>. Acesso em: 25 jun. 2020.

905 Conforme entendimento assentado no STJ e no STF (AgRg no REsp 921.027/SC e ADI 2260 MC).

906 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1096.

907 CARVALHO FILHO, José dos santos. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. Livro eletrônico, p. 1096

908 Entendimento assentado através do rito dos recursos repetitivos, cadastrado como Tema 1.019, cuja tese fixada é a seguinte: “O prazo prescricional aplicável à desapropriação indireta, na hipótese em que o Poder Público tenha realizado obras no local ou atribuído natureza de utilidade pública ou de interesse social ao imóvel, é de 10 anos, conforme parágrafo único do art. 1.238 do CC”.

# CAPÍTULO 18 - OUTRAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE: REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA, SERVIDÃO ADMINISTRATIVA, LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA, OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA, TOMBAMENTO

*Caroline Trabach Paulo*

**SUMÁRIO:** 18.1. Das modalidades de intervenção do Estado na propriedade. 18.2. Da requisição administrativa. 18.3. Da servidão administrativa. 18.3.1. Definição. 18.3.2. Constituição. 18.3.3. Distinções. 18.3.4. Causas extintivas. 18.4. Da limitação administrativa. 18.4.1. Indenização. 18.5. Da ocupação temporária. 18.6. Do tombamento. 18.6.1. Espécies. 18.6.2. Procedimentos. 18.6.3. Efeitos. 18.6.4. Extinção. 18.7. Referências bibliográficas.

## 18.1. DAS MODALIDADES DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE.

A intervenção do Estado na propriedade está relacionada a atividades que, com base na legislação vigente, tenham por objetivo saciar os interesses coletivos, representados pelos entes públicos.

Dado que a intervenção do Estado na propriedade privada dos jurisdicionados deve ser realizada sob estrita cautela, devem ser respeitadas as modalidades legais previstas no ordenamento jurídico, sendo este importante mecanismo de proteção aos cidadãos. Isto porque o direito de propriedade tem a alcinha de direito fundamental em nosso sistema nortamtivo, conforme art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Vale destacar, contudo, que a intervenção do Estado na propriedade pode ocorrer não apenas em relação a particulares, mas também entre os próprios entes federativos (União, Estados, Municípios), já que gozam de personalidade jurídica e, por esta razão, demandam e são demandados de acordo com as previsões legais vigentes e com seus próprios interesses<sup>909</sup>.

Desta forma, serão abordados as seguintes modalidades de intervenção: (i) a requisição administrativa, (ii) a servidão administrativa, (iii) a limitação administrativa, (iv) a ocupação temporária, e (v) o tombamento, enquanto mecanismos legais para esta finalidade, elucidando seus conceitos e aplicações.

909 A título de exemplo deste conflito de interesses, verificam-se os litígios judiciais deflagrados entre Municípios, Estados e União Federal sobre o confisco de equipamentos e serviços essenciais para enfrentamento e prevenção da pandemia do Covid-19 no Brasil. Disponível em 03/07/2020 no endereço eletrônico: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/lei-do-coronavirus-abre-brecha-para-batalhas-judiciais-entre-uniao-estados-e-municipios.shtml>>.



## 18.2. DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA.

A requisição administrativa é uma forma de intervenção do Estado na propriedade para atender um interesse público, conforme prevê o art. 5º, inciso XXV, da Constituição Federal de 1988.

CRFB, art. 5º, XXV – No caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

O referido dispositivo legal autoriza o Estado a requisitar, de forma livre, bens e serviços, ante a presença de perigo público iminente ou em tempos de guerra. Este perigo deve colocar em risco a coletividade e também estar prestes a expandir-se de maneira irreparável, podendo estar associado a causas naturais ou humanas<sup>910</sup>.

A competência para legislar sobre esta modalidade de intervenção é da União, segundo art. 22, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Entretanto, a efetivação da requisição pode vir de qualquer ente da Federação, desde que sejam respeitadas e observadas as regras constitucionais.

O procedimento de requisição é, portanto, ato unilateral administrativo<sup>911</sup>, que impõe ao proprietário do bem móvel ou imóvel, ou o prestador de serviço, a disponibilização de sua propriedade em favor do bem público. Importante destacar que a aquiescência do particular é fator irrelevante para tomada de decisão do Estado, assim como a autorização do Poder Judicial.

Destaca-se que se trata de forma temporária de intervenção, que cessa com o fim da necessidade estatal de defesa do perigo, condicionada a indenização *a posteriori*, caso constatado danos à propriedade<sup>912</sup>.

Dessa forma, esse modelo de intervenção estatal sobre a propriedade particular não retira a propriedade de maneira irrevogável, apesar de atingir o elemento principal, pois o proprietário não terá uso exclusivo<sup>913</sup> do bem ou poderá negá-lo.

Interessante notar que, no caso de bens móveis e fungíveis, a doutrina destaca a semelhança com a desapropriação – modalidade diversa de intervenção –, mas com ela não se confunde. Apesar da requisição também alterar a essência desse tipo de bem, ela só se justifica mediante necessidade pública inadiável e urgente<sup>914</sup>.

Sobre o assunto, Maria Sylvia Di Pietro esclarece que

“a requisição administrativa pode apresentar-se sob diferentes modalidades, incidindo ora sobre bens, móveis ou imóveis, ora sobre serviços, identificando-se, às vezes, com a ocupação temporária e assemelhando-se, em outras, à desapropriação; é forma de limitação à propriedade privada e de intervenção estatal no domínio econômico; justifica-se em tempo de paz e de guerra.”<sup>915</sup>

Por fim, para exemplificar uma possível situação de requisição, pode-se pensar na atual conjuntura do Brasil, em razão da declaração pela Organização Mundial da Saúde da pandemia causada pelo novo coronavírus<sup>916</sup>. Uma das medidas de contenção e prevenção possível de ser realizada pela Administração Pública é justamente a requisição de leitos de UTI (Unidade de Tratamento Intensivo) de hospitais particulares que não estivessem ocupados. Tal requisição possuiria caráter transitório, ou seja, apenas enquanto perdurar a pandemia e o estado de calamidade pública, uma vez que os leitos públicos encontram-se lotados.

910 CARVALHO FILHO, José Carlos dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 747.

911 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013. p. 664.

912 Nesse sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 906.

913 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.. p. 914.

914 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.. p. 915.

915 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.175.

916 Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou a pandemia de Covid-19, causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Disponível em 03/07/2020 no endereço eletrônico: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghml>>.

## 18.3. DA SERVIDÃO ADMINISTRATIVA.

### 18.3.1. DEFINIÇÃO.

A servidão administrativa é a forma de intervenção que institui direito real de natureza pública sobre coisa alheia com ônus permanente, na maioria dos casos. Nesse caso, o particular sujeita sua propriedade a suportar certa restrição, em razão de utilidade pública, que beneficia de maneira direta ou indireta a coletividade.

Portanto, o proprietário não terá mais exclusividade sobre o bem, arcando com obrigações de não fazer e fazer impostas pela Administração<sup>917</sup>. Cabe destacar que a servidão não implica na utilização do bem em sua totalidade, mas apenas naquilo que concerne à execução de obra ou serviço público<sup>918</sup>.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que

“a servidão administrativa é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força da qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo. É, pois, o gravame que onera um dado imóvel subjugando-o ao dever de suportar uma conveniência pública, de tal sorte que a utilidade residente no bem pode ser fruída singularmente pela coletividade ou pela Administração.”<sup>919</sup>

Os exemplos mais comuns de servidão administrativa são instalação de redes de energia elétrica, implantação de gasodutos e oleodutos, e passagem de tubulação para saneamento básico em propriedades particulares. Em geral, essa intervenção é permanente, mas pode ser que haja sua extinção.

A justificativa da servidão é a mesma supremacia do interesse público, que também autoriza as demais modalidades. Nesse caso especial, o instituto é previsto no art. 40 do Decreto-lei nº 3.365/1941.

Como a servidão não implica na perda da propriedade, pois não há transferência do domínio nem da posse, mas apenas restrição de parcela do uso do bem, se o uso da propriedade acarretar real e comprovado prejuízo, o Estado terá que indenizá-lo de maneira proporcional à limitação<sup>920</sup>.

Finalmente, a doutrina apresenta alguns elementos definidores e essenciais que norteiam o conceito da servidão administrativa, são eles: (i) natureza de direito real sobre coisa alheia; (ii) incidência apenas sobre bens imóveis; (iii) natureza pública, o que o diferencia da servidão civil; (iv) a coisa dominante é um serviço público ou bem afetado de utilidade pública e a coisa serviente é um imóvel de propriedade alheia; (v) o titular do direito real é o poder público ou seus representantes; (vi) a finalidade é a prestação de um serviço público ou execução de obras; (vii) necessita de autorização legislativa; (viii) é cabível indenização, se houver dano; e (ix) é perpétuo, salvo exceções temporárias.

### 18.3.2. CONSTITUIÇÃO.

Via de regra, a servidão administrativa é constituída a partir de situações reais e concretas do dia-a-dia, mediante necessidade pública de aprimoramento ou realização de serviço ou obra pública, sempre com vistas ao bem coletivo.

Sua instituição pela Administração Pública pode decorrer de acordo entre o Ente Público e o particular, de decisão judicial ou, ainda, diretamente da lei.

Dentre as modalidades decorrentes do ordenamento jurídico, pode-se citar a servidão sobre terrenos marginais, em torno de aeródromos e heliportos, sobre imóveis vizinhos de obras ou bens pertencentes ao patrimônio histórico e cultural nacional, dentre outros.

917 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 615.

918 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. cit. p. 908.

919 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 907.

920 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013. p. 663.

### 18.3.3. DISTINÇÕES.

Importante esclarecer que esse modelo de intervenção guarda semelhança com as limitações administrativas e a desapropriação, não obstante haja diferenças concretas entre eles.

Com relação a desapropriação, a distinção vital é a ausência de transferência de propriedade no caso da servidão, pois a intervenção se dá através da restrição parcial do uso. Porém, em alguns casos, as duas formas podem estar em concomitância.

Quanto às limitações administrativas, há uma certa dificuldade, dado que os conceitos encontram muita proximidade, principalmente nos casos de servidão constituída por lei. Todavia, a aplicação prática desses institutos guardam diferenças fundamentais.

Conforme explica Fernanda Marinela, “a limitação é abstrata, o interesse é genérico e abstratamente considerado. Enquanto a servidão atinge um bem determinado, a utilidade pública está corporificada na função de uma coisa.”<sup>921</sup>

### 18.3.4. CAUSAS EXTINTIVAS.

Apesar do caráter perpétuo que a servidão, em geral como qualquer direito real, possui, o preceito não é absoluto e deve ser analisado em conjunto com a conservação do interesse público que justificou a constituição da servidão.

As exceções da hipótese de extinção da servidão são previstas na legislação e podem ocorrer quando (i) há perda do bem por sua destruição ou transformação; (ii) se o bem for desafetado ou afetado para fim diverso que não exija mais a servidão; (iii) diante do desinteresse do Estado em manter a intervenção; ou, finalmente, (iv) com a incorporação do bem ao patrimônio público.

## 18.4. DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA.

A limitação administrativa é uma das formas de intervenção restritiva na propriedade que é exercida pela Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, em razão de previsão constitucional<sup>922</sup>. Este modelo específico representa o poder de polícia, sendo instituído por atos legislativos ou administrativos de caráter geral e abstrato<sup>923</sup>.

A limitação imposta pelo Poder Público possui natureza permanente e impõe a particulares indeterminadas obrigações de fazer, não fazer ou permissivas, incidindo sobre qualquer tipo de bens ou atividades particulares, como no caso da definição do número de andares em construções verticais em determinados perímetros urbanos, impedimento de exploração de atividades industriais em bairros residenciais; proibição de construir a determinada distância da rua; ou restrições impostas por leis ambientais sobre a propriedade.

Nesse momento, é importante compreender que a Limitação Administrativa não se confunde com a Limitação Civil. Esta é regida pelo Direito Privado, guardando os interesses de particulares. Aquela é regida pelo Direito Público e abarca a coletividade.

Por fim, justamente por se tratar de interesse coletivo público, não é cabível a interposição de medidas judiciais visando impedir o exercício da intervenção na modalidade de limitação administrativa, salvo casos em que se constata ilegalidades por parte do Poder Público.

### 18.4.1. INDENIZAÇÃO.

Para os casos de Limitação Administrativa, em regra, não há direito à indenização, posto que é condição imposta a todos os sujeitos da sociedade, não constituindo imperativo específico a determinado particular. Isso significa

921 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.. p. 912.

922 COUTINHO, Alessandro Dantas. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

923 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 902.

afirmar que não há tratamento individualizado.

No entanto, em algumas situações, o Poder Público deve reparar o dano ou prejuízo, como quando há significativa redução no valor econômico do bem em razão da imposição legal. Contudo, no caso exemplificativo de uma pessoa adquirir um imóvel em momento que preexistia limitação administrativa, o administrado não pode alegar ignorância da lei visando indenização, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça no AR 2075/PR.

## 18.5. DA OCUPAÇÃO TEMPORÁRIA.

Trata-se de modalidade de intervenção transitória, como o próprio nome sugere, gratuita ou remunerada, em que o Estado utiliza bens imóveis particulares para executar obras ou serviços públicos. Esta também adquire o caráter de exclusividade do direito de propriedade sobre o bem, logo, limita seu uso pelo particular por uma necessidade de natureza pública sem causar, porém, prejuízos ou danos.

A respeito da competência legislativa, os dispositivos legais que versam sobre ocupação temporária não anulam a possibilidade dos estados ou municípios legislarem sobre em determinadas circunstâncias, dado que a competência para efetiva execução da intervenção é da Administração que promove a obra ou serviço público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto adverte que a ocupação temporária é prevista em nossa Carta Magna de maneira genérica e é imposta se o Ente Público necessitar do bem particular para realização de atividades de interesse público, mas que não alterem a essência do bem<sup>924</sup>.

Sobre dispositivos legais que versam sobre esta modalidade, o art. 36 da Lei Geral de Desapropriações (Decreto-Lei nº 3.365/1941) estabelece regramento geral permissivo para ocupação temporária.

LGD, Art. 36 - É permitida a ocupação temporária, que será indenizada, afinal, por ação própria, de terrenos não edificadas, vizinhos às obras e necessários à sua realização.

Do disposto acima, raciocínio lógico é concluir que o tempo de uso da propriedade sob a ocupação temporária é proporcional ao tempo em que se estará executando o serviço ou obra pública.

Outro exemplo comum é a utilização da modalidade para os casos de exploração de parque arqueológico ou jazidas de minério. Nessas hipóteses, é necessária autorização do poder federal para que os estados e municípios interfiram e procedam com escavações e pesquisas.

Por fim, uma outra situação em que se aplica essa intervenção é quando o poder público usa um terreno particular nas margens de uma estrada para proceder o asfaltamento, ou quando a prefeitura de certo município está em obra, e a administração usa o lote vizinho como apoio para a execução da obra.

## 18.6. TOMBAMENTO.

Como se pôde perceber, as modalidades de intervenção do poder público na propriedade têm íntima relação com a finalidade que se quer atingir a partir desta ação estatal.

A atual Constituição Federal do Brasil prevê cinco categorias de patrimônios culturais brasileiros de índole material ou imaterial, destacando o tombamento como uma das várias medidas aptas a preservar bens de tamanha importância ao país. Além disso, destaca-se a previsão do Plano Nacional de Cultura, instituído a partir da Lei nº 12.343/2010, o qual incumbiu ao Estado o dever de

“garantir a preservação do patrimônio cultural brasileiro, resguardando os bens de natureza material e imaterial, os documentos históricos, acervos e coleções, as formações urbanas e rurais, as línguas e cosmologias indígenas, os sítios

arqueológicos pré-históricos e as obras de arte, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência aos valores, identidades, ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”<sup>925</sup>.

Na prática, previsto no art. 216, §1º, da Carta Magna, o tombamento implica em verdadeira restrição ao uso da propriedade, abalando, de certa forma, a sua índole absoluta<sup>926</sup>.

Ressalta-se, entretanto, que não há supressão plena do direito de propriedade, mas tão somente a imposição de restrições de uso do bem, com o objetivo de preservá-lo, garantindo que a sua função social ou cultural seja efetivamente cumprida<sup>927</sup>.

### 18.6.1. ESPÉCIES.

Consoante aborda o Decreto-Lei nº 25/1937, existem duas categorias de tombamento para fruição do Poder Público: tombamento compulsório e tombamento voluntário. Já com relação à eficácia temporal, existem as possibilidades de tombamento provisório ou definitivo.

Relativamente ao tombamento compulsório, é a hipótese em que o particular se recusa a aceitar a inscrição de sua propriedade no Livro do Tombo, ou seja, é imposição do Estado. Nesse caso, iniciará o procedimento formal de tombamento através de notificação simples ao particular ou entidade responsável.

Por outro lado, o tombamento voluntário é por requerimento do proprietário do bem ou por anuência deste, por escrito, quando notificado da inscrição da propriedade no Livro do Tombo.

No tocante ao fato da possibilidade de ser provisório ou definitivo, a diferença entre os dois é simples e facilmente identificada, pois o primeiro caracteriza-se pela não conclusão da inscrição do bem no Livro do Tombo, e o segundo pela inscrição devidamente realizada.

### 18.6.2. PROCEDIMENTO.

Esta modalidade de intervenção é composta por vários atos administrativos. No contexto do tombamento voluntário, o procedimento é célere, pois há livre e espontânea vontade do particular em cooperar com os interesses do Ente Público. Este primeiro se dá, então, com simples requerimento ou manifestação do proprietário, seguida da decisão do órgão técnico fiscalizador.

Todavia, com relação ao tombamento compulsório, trata-se de procedimento complexo. Neste, há notificação ao proprietário e posterior impugnação por ele. A partir daqui, é instaurado um processo para discussão da requisição de tombamento, até que haja decisão definitiva do órgão técnico fiscalizador. Após, se favorável, segue normalmente com a inscrição no Livro do Tombo, como no procedimento voluntário.

### 18.6.3. EFEITOS.

O ato de exercer o tombamento gera inúmeros efeitos para os entes envolvidos, inclusive o proprietário, tais como conservação do bem, dever de comunicação imediata às autoridades em casos de extravio ou roubo, proibição de retirada do bem do país, restrições ao direito de alienação ou transferência de propriedade, e, principalmente, proibição de destruição, demolição ou mutilação do bem.

Estes citados compõem o rol de obrigações do proprietário que permanecerá com a posse do bem apesar do tombamento. No que tange às obrigações do Ente Público, há o dever de diligenciar a conservação do bem, direito de preferência na aquisição (preempção), direito de fiscalização e restrições quanto a alienação.

Outrossim, importante ressaltar que os efeitos ultrapassam as partes envolvidas, pois os terceiros vizinhos também estarão sob a incidência da modalidade de interferência conhecida como servidão, já anteriormente tratada.

Finalmente, prevalece na doutrina brasileira que o tombamento não gera direito à indenização, pois o dever de

925 Transcrição do artigo 3º, inciso VI, da Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010.

926 Neste caso, a característica “absoluta” da propriedade faz referência à oponibilidade *erga omnes* própria de sua natureza.

927 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 910-911

conservação do bem não gera prejuízos ou danos, excluindo o fundamento para a indenização<sup>928</sup>. A exceção a essa regra é nos casos em que há encargos desproporcionais, no qual o proprietário arca com o ônus em sua integralidade. Essa situação se caracteriza como exceção e possível hipótese de indenização em razão do benefício estar vinculado a toda coletividade, mas o prejuízo a apenas um indivíduo.

#### 18.6.4. EXTINÇÃO.

Não obstante exista a possibilidade de desaparecimento do interesse público que justificou essa modalidade de intervenção, não se trata de medida comum para a Administração Pública, em razão da importância do patrimônio protegido e estabilidade do pressuposto que permitiu essa modalidade de intervenção<sup>929</sup>.

Além da perda do interesse público em razão de eventos naturais ou humanos, há a hipótese legal de cancelamento do tombamento, quando o Poder Público responsável não finaliza o procedimento em tempo razoável ou, ainda, quando não cumpre com as condições de conservação do bem.

### 18.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- COUTINHO, Alessandro Dantas. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CARVALHO FILHO, José Carlos dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

928 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p.410

929 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.. p. 926.



---

# PARTE V

## BENS PÚBLICOS





# CAPÍTULO 19 – BENS PÚBLICOS: NOÇÃO, CONCEITO, CLASSIFICAÇÕES, AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO

*Debora Frolich Ferreira*

**SUMÁRIO:** 19.1. Introdução. 19.2. Noção, conceito e classificação dos bens públicos. 19.2.1. Conceito de bem no âmbito jurídico. 19.2.2 Classificação dos bens públicos. 19.2.2.1. Classificação quanto a destinação. 19.2.2.1.1. Bens de uso comum. 19.2.2.1.2. Bens de uso especial. 19.2.2.1.3. Bens de uso dominical. 19.2.2.2. Classificação quanto à titularidade. 19.3. Afetação e desafetação dos bens públicos. 19.4. Referências Bibliográficas.

## 19.1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo tem como principal escopo trazer à baila as características inerentes aos Bens Públicos no âmbito do Direito Administrativo, utilizando como premissas os estudos que perpassam pelo conceito, noção e classificações destes.

Assim, em apertada síntese, e, apenas a título de apresentação, tem-se que os bens públicos podem ser classificados como de uso comum, de uso especial e dominicais, os quais constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, dessas instituições.

Sendo assim, o presente trabalho possui como objetivo traçar e discorrer, de forma sucinta, sobre cada umas das classificações e características dos bens públicos, os quais, possuem, por parte do Estado, regime jurídico protetivo, por serem imprescritíveis, impenhoráveis e irrenunciáveis, tendo em vista a ideia de que todo bem público decorre uma finalidade específica.

## 19.2. NOÇÃO, CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.

### 19.2.1. CONCEITO DE BEM NO ÂMBITO JURÍDICO

Inicialmente cumpre registrar a conceitualização da palavra “bem”, partindo da premissa que a palavra supracitada apresenta diversos sentidos semelhantes, mas, que podem ser diferenciados. Da simples pesquisa da palavra “bem” no dicionário Priberam<sup>930</sup> é possível retirar 14 interpretações e significados diferentes.

930 <https://dicionario.priberam.org/bem> “bem”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/bem> [consultado em 25-06-2020].

1. O que é bom, lícito e recomendável (ex.: fazer o bem). ≠ mal;

2. Conjunto de benefícios ou de coisas que provocam consequências;

3. Situação agradável do corpo e do espírito; situação de conforto ou de satisfação (ex.: foi um bem para nós; estes dias de descanso fiseram -lhe bem). = BEM-ESTAR ≠ MAL-ESTAR, SOFRIMENTO

Em síntese, e a grosso modo, baseando-se na utilidade, bem é aquilo que representa a satisfação de uma necessidade imediata. Partindo de uma premissa ética, bem é aquilo que se mostra conforme uma norma social, ao ideal de moralidade que deve ser buscado em si mesmo. Mas, para esta pesquisa, nos ateremos a ideia de que bem é toda coisa dotada de valor, ou seja, é a importância que se atribui a uma coisa.

O civilista Sílvio Rodrigues aduz que “*Para a economia política, bens são aquelas coisas que, sendo úteis aos homens, provocam a sua cupidez e, por conseguinte, são objetos de apropriação privada.*”<sup>931</sup>

No âmbito do Direito Administrativo, e, mais a fundo, conforme a vertente seguida por Hely Lopes: “*Bens públicos são todas as coisas corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis ou semoventes, créditos, direitos e ações que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais*”<sup>932</sup>

Para além da doutrina, o art. 98 do Código Civil também delimita o conceito de bens públicos como os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, sendo todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Destarte, compreende-se que bens públicos são aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno, à administração direta ou indireta, isto é, bens de propriedade de uma entidade de direito público, e que, dessa forma, são pertencentes à União, ao Estado ou aos Municípios.

Vale ressaltar que, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “o conjunto de bens públicos forma o “domínio público”, que inclui tanto bens imóveis como móveis”<sup>933</sup>

Para Hely Lopes Meirelles, o domínio público:

“...corresponde ao poder de dominação ou de regulamentação que o Poder Público exerce sobre os bens de seu patrimônio, do particular ou aos de fruição geral (res nullius). O domínio eminente é o resultado do poder político, pelo qual o Poder Público submete à sua vontade todas as coisas de seu território (manifestação da soberania interna), abrangendo todos os bens e legitimando as intervenções na propriedade, sujeito, porém, ao regime do direito administrativo (público), e não ao regime do direito civil (privado)”<sup>934</sup>.

Para este trabalho, é necessário nos atermos às três subcategorias legais de bens públicos tratadas e consagradas pelo art. 99<sup>935</sup> do Código Civil de 2002. São elas:

4. O que abona; conjunto de qualidades positivas (ex.: só consigo dizer bem dessa empresa). ≠ MAL

5. Pessoa querida ou amada (ex.: você já vai sair, bem?). = AMOR, QUERIDO  
advérbio

6. Como é devido; como é conveniente ou apropriado (ex.: se trabalharmos bem, acabamos amanhã; a questão foi bem resolvida). = DEVIDAMENTE ≠ INCONVENIENTEMENTE, INDEVIDAMENTE, MAL

7. De modo agradável ou harmonioso (ex.: cheira bem; o anfitrião trata muito bem os visitantes). ≠ MAL

8. De maneira que satisfaz (ex.: a entrevista correu bem; estou bem instalada). ≠ MAL

9. Com saúde (ex.: esteve no hospital, mas agora já está bem). ≠ MAL

10. De modo intenso ou em grau elevado (ex.: choveu bem esta noite; ele é bem falador). = BASTANTE, EXTREMAMENTE, MUITO ≠ POUCO

11. Com precisão ou certeza (ex.: sei bem qual é o problema).

adjetivo de dois gêneros e de dois números

12. [Informal] que é relativo a ou considerado como pertencente a uma classe social elevada.

Interjeição.

13. Usa-se para exprimir apoio ou concordância.

14. Expressão usada quando se quer encerrar um assunto ou introduzir um novo (ex.: bem, vamos embora). = bom.

931 RODRIGUES, Sílvio (2003), *Direito Civil 1 - Parte Geral*. Brasil:Saraiva. P. 115.

932 MEIRELLES, Hely Lopes et al. *Direito administrativo brasileiro*. 37. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p.894.

933 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 934.

934 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, p. 457, apud Márcio Fernando Elias Rosa, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 2003, p. 132.

935 Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Em suma, observa-se que é adotada uma categorização tríptica dos bens públicos pelo Código Civil, a qual será melhor deslindada nos tópicos posteriores.

## 19.2.2. CLASSIFICAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.

Conforme supracitado, de acordo com o próprio Código Civil Brasileiro são bens públicos os de uso comum, uso especial e os dominicais.

Outrossim, a Constituição Federal também enumerou os bens públicos que pertencem à União, como os bens públicos de uso comum que são assim dominados dado o fato de que são de livre acesso e utilização de todos, os bens públicos de uso especial, uma vez que sua destinação direciona-se à administração federal e funcionamento do governo e, os bens públicos dominicais ou dominiais, passíveis de alienação, pois tratam-se de bens públicos cuja natureza jurídica assemelha-se aos bens privados.

Outras classificações dos bens públicos relacionam-se à titularidade, à destinação e à disponibilidade.

A seguir far-se-á uma breve explanação das classificações que podem ter os bens públicos.

### 19.2.2.1. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À DESTINAÇÃO

#### 19.2.2.1.1. BENS DE USO COMUM

Pois bem. Sabe-se que o destinatário dos bens públicos de uso comum é indeterminado e pode ser qualquer cidadão. O próprio art. 99, I do CC cita que os bens de uso comum são as ruas, praças, praias, estradas etc.

Os bens de uso do povo são assim denominados por serem aqueles que se destinam à utilização de todos, isto é, geral, por todos os membros da coletividade.

Ressalta-se, aqui, que os bens de uso comum podem ser afetados, ou seja, possuir destinação específica.

Esses bens, caso fossem nos ater a uma classificação pela disponibilidade, seriam considerados indisponíveis, pois são os que não têm caráter patrimonial, isto é, que, como já exposto, não podem ser alienados, onerados ou desviados das finalidades a que se destinam, dado o fato de que são afetados.

Em suma, os bens de uso comum podem ser utilizados sem restrição, gratuitamente ou onerosamente, não necessitando, dessa forma, de permissão especial.

#### 19.2.2.1.2. BENS DE USO ESPECIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello é sucinto ao aduzir que os bens de uso especial “são os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas, isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública”<sup>936</sup>.

Sendo assim, depreende-se que os bens de uso especial, citados no inciso II, do art. 99 do CC, são aqueles que

---

os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

936 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 935.

utilizados para a execução dos serviços administrativos e ao público em geral, constituindo, em síntese, estruturantes da administração. Esses bens comumente são utilizados pela Administração Pública para compor suas instalações, ou seja, imóveis utilizados para o estabelecimento público, como por exemplo hospitais, escolas públicas e veículos oficiais.

Na mesma esteira do tópico supra exposto, caso fizessemos uma classificação sobre a ótica da disponibilidade, os bens de uso especial seriam considerados bens patrimoniais indisponíveis, pois embora possuam caráter patrimonial, ou seja, possam ser avaliados pecuniariamente, esses bens são indisponíveis, pois, como mencionado, constituem o aparelhamento material do Estado.

### 19.2.2.1.3. BENS DE USO DOMINICAL

Os bens públicos dominicais são aqueles que nem são de uso comum do povo, tampouco de uso especial. Esses bens, em verdade, constituem o patrimônio das pessoas de direito público como se fossem de direito privado, ou pessoal.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, os bens dominiais são:

“...os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais os terrenos ou terras em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal. O parágrafo único do citado artigo pretendeu dizer que serão considerados dominicais os bens das pessoas da Administração indireta que tenham estrutura de direito privado, salvo se a lei dispuser em contrário.”<sup>937</sup>

Sendo assim, compreende-se que os bens dominicais são os que compõem o patrimônio público, sendo tanto os bens móveis quanto os imóveis, como por exemplo estradas de ferro, rios navegáveis, títulos da dívida pública, terras devolutas, terrenos de marinha, sítios arqueológicos, ilhas formadas em mares territoriais, etc.

O bem público dominical não possui destinação pública e é chamado de bem público desafetado, pois, muito embora seu regime seja publicístico, é fortemente mitigado pela incidência do direito privado no que diz respeito a matéria de alienação.

Destarte, pelo que aduz o art. 101<sup>938</sup> do CC, os bens públicos dominicais podem ser alienados, exatamente por não possuírem afetação.

Numa classificação observando a disponibilidade os bens dominicais seriam considerados bens patrimoniais disponíveis, tendo em vista que, são os bens que possuem caráter patrimonial e podem ser alienados, isto é, desafetados, desde que sejam observadas as condições legais.

### 19.2.2.2. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À TITULARIDADE

No que tange à titularidade, os bens tem 04 subcategorias, são elas: federais, estaduais, distritais e municipais.

Os bens públicos federais, por óbvio, são os pertencentes à União.

A Constituição Federal enumerou esses bens em seu art. 20, dado o fato de que se remetem à segurança nacional, a proteção à economia do País, o interesse público nacional e a extensão do bem.

Apenas a título exemplificativo, são bens classificados como federais as terras devolutas necessárias à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, os lagos e rios, as ilhas oceânicas, fluviais, o mar territorial e os terrenos de marinha, bem como os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, os recursos potenciais de energia hidráulica e os recursos minerais, as vias federais de comunicação, a preservação do meio ambiente, as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos, além das terras indígenas e os lagos e rios que banham vários Estados.

937 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. P. 935.

938 Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

De acordo com o art. 26<sup>939</sup> da Constituição Federal, os bens Estaduais e Distritais são os bens pertencentes, respectivamente, aos Estados membros e ao Distrito Federal. Para exemplificar, alguns dos bens estaduais e distritais que podem ser citados são as águas superficiais ou subterrâneas, as ilhas oceânicas e costeiras que estiverem no domínio do Estado, fluentes, as ilhas fluviais e lacustres.

Lado outro, embora não estejam estabelecidos na Constituição Federal, e, sim em legislação orgânica, existem os bens pertencentes ao Município, também denominados de Municipais, que podem ser as ruas, praças, os jardins públicos e os edifícios públicos.

### 19.3. AFETAÇÃO E DESAFETAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS.

Para entendermos melhor o tema referente a afetação e desafetação é necessário partir do seguinte pressuposto: a Constituição Federal de 1988 instituiu o direito de propriedade em seu art. 5º, nos incisos XXII e XXIII.

Ademais, para dirimir quaisquer dúvidas, o art. 1.228 do Código Civil, embora não ofereça um conceito de propriedade, traça quais são os poderes do proprietário, quais sejam: *“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”*.

Depreende-se, dessa forma que, a propriedade é o direito real mais completo, exatamente por conferir ao seu titular poderes de usar, gozar e dispor da coisa, assim como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha<sup>940</sup>, sendo composto por 4 elementos. Assim, quando todos os supracitados elementos estiverem reunidos em uma só pessoa, será ela proprietária de um bem.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, vemos que o primeiro elemento constitutivo da propriedade é “usar”, que consiste *“na faculdade de o dono servir-se da coisa e de utilizá-la da maneira que entender mais conveniente, sem, no entanto, alterar-lhe a substâncias...”*<sup>941</sup>.

Lado outro, o segundo elemento constitutivo da propriedade, o “fruir” /” gozar” está relacionado ao *“poder de perceber os frutos naturais e civis da coisa e de aproveitar economicamente os seus produtos”*<sup>942</sup>.

O direito de dispor da coisa se infere do poder do proprietário de gravar o bem de ônus e de aliena-lo a outrem a qualquer título.

E, por fim o direito de reaver a coisa é caracterizado pelo poder de reivindicação que possui o proprietário, podendo o fazer a qualquer tempo.

Pois bem. Aqui vê-se a importância de se entender sobre os elementos da propriedade. Os bens públicos são de propriedade das pessoas jurídicas de direito público interno, à administração direta ou indireta, isto é, uma entidade de direito público.

Quanto a afetação e desafetação dos bens públicos deve-se partir da premissa de que ambas as palavras advêm do verbo afetar<sup>943</sup>, que, para este trabalho, significa destinar algo ao uso e a propósitos específicos, atribuir e designar.

Ressalta-se que, por estarem à disposição do interesse público, os bens de uso público estão afetados, ou seja, estão incorporados ao patrimônio público para uma destinação específica.

939 Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros;

III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

940 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. V. São Paulo: Saraiva, 2016. P.225.

941 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. V. São Paulo: Saraiva, 2016. P.225.

942 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. v. V. São Paulo: Saraiva, 2016. P.225.

943 <https://dicionario.priberam.org/bem> “afetar”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2020, <https://dicionario.priberam.org/bem> [consultado em 25-06-2020].

A desafetação, por sua vez, é exatamente a retirada do interesse público do bem público, isto é, a cessação da destinação específico a que o bem foi remetida. Sendo assim, infere-se que a desafetação permite a alienação de bens públicos e pode ser formal ou tácita. Formal quando é feita através de um procedimento administrativo específico ou pelo poder Legislativo, como é, por exemplo, comumente feito com automóveis públicos, pelo qual se declara a inexistência de destinação pública ao bem. E a desafetação tácita, por sua vez, que pode ocorrer por um fato natural ou administrativo, como o abandono de um prédio.

Por todo exposto, depreende-se que os bens públicos afetados são aqueles que obedecem ao regime jurídico público, isto é, são inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis e não graváveis com ônus reais. E os bens desafetados (ou dominicais) submetem-se ao regime jurídico privado; assim, comumente podem ser alienados por compra e venda, doação, permuta, isto é, todos institutos de direito privado.

## 19.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. V. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, apud Márcio Fernando Elias Rosa, *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. Ed. Atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil 1 - Parte Geral*. Brasil: Saraiva.

# CAPÍTULO 20 - BENS PÚBLICOS: AQUISIÇÃO E ALIENAÇÃO, IMPRESCRITIBILIDADE, IMPENHORABILIDADE E NÃO ONERAÇÃO

Gabriel Barreto Ramos

**SUMÁRIO:** 20.1. Regime Jurídico. 20.1.1. Inalienabilidade Relativa (ou Alienabilidade Condicionada). 20.1.2. Impenhorabilidade. 20.1.3. Imprescritibilidade. 20.1.4. Não Onerabilidade. 20.1.5. Bens Privados equiparados a Bens Públicos. 20.2. Aquisição. 20.2.1. Formas de Aquisição. 20.3. Alienação. 20.3.1. Formas de Alienação. 20.4. Referências Bibliográficas.

## 20.1. REGIME JURÍDICO

Como consequência lógica de tudo o que já expusemos nessa obra, concluímos que os bens públicos são subordinados a regime jurídico diverso do que é aplicável aos bens privados em geral. De forma sintética, as características principais desse regime jurídico são: *inalienabilidade relativa (ou alienabilidade condicionada)*, *impenhorabilidade*, *imprescritibilidade e não onerabilidade*.

### 20.1.1. INALIENABILIDADE RELATIVA (OU ALIENABILIDADE CONDICIONADA)

A inalienabilidade é a característica do bem do qual seu titular não pode dispor. No que diz respeito aos bens públicos, tal característica não é absoluta, pois, cumpridos os requisitos legais, tais bens poderão ser alienados, por isso se diz que a inalienabilidade é relativa, ou, que a alienabilidade é condicionada. O administrador não tem liberalidade de dispor dos bens públicos, devendo sempre respeitar as condições previamente estabelecidas em lei.

Os bens de uso comum ou especial são inalienáveis enquanto mantiverem essa característica, ou seja, enquanto estejam afetados, conforme consagra o artigo 100<sup>944</sup> do Código Civil, não poderão ser objeto de nenhuma relação jurídica de direito privado.

Dessa forma, para poder ser alienado, o bem precisa estar desafetado, não tendo vinculação com a finalidade pública primária, e, como já vimos, esses são os bens dominicais. Além da desafetação, também é necessário o preenchimento de certos requisitos legais, para que possa ocorrer a alienação dos bens públicos, de acordo com o previsto no artigo 101<sup>945</sup> do Código Civil.

O artigo 17<sup>946</sup> da Lei nº 8.666/1993 prevê as exigências, de necessário cumprimento, para a alienação do bem

944 CC-2002. “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”.

945 CC-2002. “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

946 Lei nº 8.666/1993. “Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será prece-



público, sendo elas:

- (i) *desafetação* (caso se trate de bem de uso comum ou especial);
- (ii) *motivação ou fundamentação do interesse público* (somente ocorre a alienação se houver tal interesse);
- (iii) *avaliação prévia* (necessária para a correta valoração patrimonial do bem);

(iv) *licitação*: na modalidade concorrência para os bens imóveis (artigo 23, §3<sup>o</sup><sup>947</sup> da Lei nº 8.666/1993), ressalvada a exceção do artigo 19<sup>948</sup> da Lei nº 8.666/1993, e na modalidade leilão (artigo 22, §5<sup>o</sup><sup>949</sup> da Lei nº 8.666/1993) para os bens móveis. Salientamos que as hipóteses de dispensa de licitação estão previstas em *rol taxativo* nos incisos I e II do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993;

- (v) *autorização legislativa*, por meio de lei específica (somente para a alienação dos bens imóveis).

Cumpridas tais premissas, a alienação poderá ser formalizada por institutos diversos, que serão por nós esposados em tópico posterior.

Alertamos ainda que a própria Constituição estabeleceu hipóteses de inalienabilidade absoluta de bens públicos:

- (i) terras devolutas ou arrecadadas pelo Estado, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais (artigo 225, §5<sup>o</sup><sup>950</sup> da Constituição Federal);
- (ii) terras tipicamente ocupadas pelos índios (artigo 231, §4<sup>o</sup><sup>951</sup> da Constituição Federal).

Ressaltamos que existem também alguns bens, que, excepcionalmente, sempre serão inalienáveis, ou seja, sua inalienabilidade é absoluta: bens que possuem natureza não patrimonial, ou seja, que não é possível a sua valoração patrimonial e bens indisponíveis por natureza, como por exemplo, o mar.

## 20.1.2. IMPENHORABILIDADE

A penhora, de maneira breve, é o ato de constrição judicial de bens do devedor, para a satisfação do credor. Assim, diante dessa característica, todos os bens da Administração Pública são impenhoráveis, independentemente de sua espécie, ou seja, não estão sujeitos a qualquer espécie de constrição judicial. Tal atributo, além de proteger o bem público da penhora, também o protege do arresto e do sequestro.

Essa garantia protetiva tem fundamento em três aspectos principais: necessidade do cumprimento de requisitos específicos para a alienação dos bens públicos, o qual já abordamos, princípio da continuidade do serviço público e o procedimento especial, com previsão constitucional, para o cumprimento dos débitos oriundos de decisão transitada em julgado (artigo 100 da Constituição Federal).

A garantia do credor da Fazenda Pública não são os bens dela, mas o regime constitucional de precatórios, ou, a depender do valor, a RPV (Requisição de Pequeno Valor), também com previsão constitucional no mesmo dispositivo.

Por essa característica é que o Código de Processo Civil, nos artigos 534, 535 e 910, que dizem respeito a execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, não prevê a indicação de bens passíveis de penhora. O mesmo *Códex*,

dida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência...”.

947 Lei nº 8.666/1993. “Art. 23. [...] § 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19...”.

948 Lei nº 8.666/1993. “Art. 19. Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: I - avaliação dos bens alienáveis; II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação; III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão”.

949 Lei nº 8.666/1993. “Art. 22. [...] § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”.

950 CRFB. “Art. 225. [...] § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”.

951 CRFB. “Art. 231. [...] § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”.

em seus artigos 832<sup>952</sup> e 833, inciso I<sup>953</sup> ratificam tal qualidade aos bens públicos.

Contudo, lembramos ao leitor que, conforme previsão do artigo 100, §6<sup>954</sup> da Constituição Federal pode ocorrer o sequestro da quantia necessária ao pagamento de precatórios, ou seja, sequestro de dinheiro público, desde que ocorra algumas das hipóteses previstas no próprio dispositivo.

### 20.1.3. IMPRESCRITIBILIDADE

Como consequência da imprescritibilidade, todos os bens públicos não podem ser adquiridos por usucapião, não importando a sua categoria. Tal entendimento está previsto legalmente nos artigos 183, §3<sup>955</sup> e 191, parágrafo único<sup>956</sup> da Constituição Federal e artigo 102<sup>957</sup> do Código Civil.

Também restou consolidado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, nas súmulas 340<sup>958</sup> e 619<sup>959</sup>, respectivamente, tal característica.

Esse atributo possui como objetivo principal a preservação dos bens públicos, protegendo-os até mesmo de qualquer ingerência ou negligência da administração pública.

Lembramos aos leitores que a jurisprudência e a doutrina majoritariamente entendem pela imprescritibilidade de todos os bens públicos, pois a Carta Maior não prescreveu nenhuma exceção, contudo, doutrina minoritária entende que os bens públicos dominicais são passíveis de prescrição aquisitiva, pois “*esses bens não atendem à função social da propriedade pública, qual seja, o atendimento das necessidades coletivas (interesses públicos primários), satisfazendo apenas o denominado interesse público secundário (patrimonial) do Estado*”<sup>960</sup> e pela “*relativização do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado por meio do processo de ponderação de interesses, pautado pela proporcionalidade, a solução do conflito resultaria na preponderância concreta dos direitos fundamentais do particular...*”<sup>961</sup>.

### 20.1.4. NÃO-ONERABILIDADE

Quando se onera um bem, ele se torna a garantia caso ocorra o inadimplemento de uma obrigação. A partir da inalienabilidade dos bens públicos, e, conforme o que prescreve o *caput* do artigo 1.420<sup>962</sup> do Código Civil, entendemos que eles não podem ser onerados com nenhuma garantia real. Ressalvamos que essa vedação alcança somente os direitos reais de garantia, não os direitos reais de fruição ou gozo.

### 20.1.5. BENS PRIVADOS EQUIPARADOS A BENS PÚBLICOS

Alertamos ao ilustre leitor que, alguns bens, apesar de serem privados, por motivos de específica ligação com a Administração Pública, são equiparados a bens públicos.

Os bens, que integram o patrimônio de empresas públicas, sociedade de economia mista, ou até mesmo outras

952 CPC-2015. “Art. 832. Não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis”.

953 CPC-2015. “Art. 833. São impenhoráveis: I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;”.

954 CFRB. “Art. 100. [...] § 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva”.

955 CFRB. “Art. 183. [...] § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

956 CFRB. “Art. 191. [...] Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

957 CC-2002. “Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião”.

958 Súmula 340 – STF. “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

959 Súmula 619 – STJ. “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.”

960 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*, p. 978.

961 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*, p. 978.

962 CC-2002. “Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca...”.

pessoas de direito privado que sejam prestadoras de serviço público, *que estejam sujeitos a destinação pública*, são equiparados a bens públicos, possuindo as características de impenhorabilidade e não onerabilidade, como consequência do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Ressaltamos também que o Supremo Tribunal Federal tem entendimento jurisprudencial no sentido de que as empresas públicas e sociedades de economia mista, que sejam *prestadoras de serviços públicos essenciais, próprios do Estado, sem finalidade de lucro e sem concorrência*, mesmo sendo todos os seus bens privados, eles possuem a característica de impenhorabilidade, sendo aplicável a tais instituições o regime jurídico previsto no artigo 100 da Constituição Federal.

## 20.2. AQUISIÇÃO

A aquisição de bens pela Administração Pública pode ocorrer:

(i) tanto por *instrumentos de direito público* como por *instrumentos de direito privado*;

(ii) de *forma originária*, que se dá quando a administração pública adquire o bem independentemente da manifestação de vontade do antigo proprietário, onde o bem é adquirido de forma livre, sem qualquer ônus inerente ao bem, ou de *forma derivada*, que se consolida quando existe a transmissão da propriedade pela vontade do antigo proprietário ao Poder Público, podendo ou não também estarem presentes os ônus, a depender do que constar no instrumento contratual;

(iii) por ato *inter vivos* ou *causa mortis*;

(iv) por imposição *legal* ou *constitucional*.

### 20.2.1. FORMAS DE AQUISIÇÃO

Apresentaremos aqui, de modo não exaustivo, algumas formas mais frequentes de aquisição de bens públicos.

(i) **Contratos**: o Estado pode adquirir bens mediante a utilização de instrumentos contratuais, regulados pelo direito privado, não possuindo em seu conteúdo as *cláusulas exorbitantes*, típicas de contratos administrativos. O adquirente, Poder Público, e o alienante não possuem uma relação vertical, mas sim horizontal, atuando a administração “*muito mais em função de seu ius gestionis do que de seu ius imperii*”<sup>963</sup>.

Alertamos que, no que diz respeito a compra de bens que se fazem necessários para a *finalidade administrativa*, o contrato utilizado é o administrativo, regido por normas de direito público.

De forma mais específica, quanto ao tipo contratual de *compra e venda*, é necessário a licitação, ressalvados os demais casos legais, conforme o artigo 37, inciso XXI<sup>964</sup> da Constituição Federal e a Lei nº 8.666/1993. Mais comumente esse contrato é utilizado para a aquisição de bens móveis, e tem definição legal prevista no artigo 6º, inciso III<sup>965</sup> da Lei nº 8.666/1993.

Também outros tipos contratuais podem ser utilizados como a *doação* (ressalvamos que no caso de doação com encargo, em regra, depende de autorização legislativa e avaliação prévia) e a *dação em pagamento* (depende de aprovação administrativa e avaliação prévia).

Ressaltamos ainda, que, para que a aquisição do bem seja consumada, é necessário, quanto aos bens imóveis, o registro no Cartório de Imóveis (artigo 1.245<sup>966</sup> do Código Civil), e, em relação aos bens móveis, a tradição (artigo

963 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*, p. 1309.

964 CFRB. “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”.

965 Lei nº 8.666/1993. “Art. 6º. [...] III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente”.

966 CC-2002. “Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”.

1.267<sup>967</sup> do Código Civil);

(ii) **Usucapião:** como a lei civil não exclui a possibilidade dos Entes Públicos fazerem uso da prescrição aquisitiva, é plenamente possível a aquisição de um bem público por meio da usucapião;

(iii) **Abandono:** conforme a previsão dos artigos 1.275, inciso III<sup>968</sup> e 1.276<sup>969</sup> do Código Civil;

(iv) **Aquisição Causa Mortis:** o Poder Público poderá adquirir bens advindos de disposição de última vontade de *de cujus*, regra geral, testamentária. Também ocorrerá a aquisição caso não haja herdeiros, conforme o previsto no artigo 1.844<sup>970</sup> do Código Civil. Por fim, se a herança jacente resultar em herança vacante, acontecerá a aquisição, diante do previsto no artigo 1.822<sup>971</sup> do Código Civil;

(v) **Desapropriação:** para o expropriante, a Administração Pública, é uma forma de aquisição. Apresentamos esse instituto de maneira mais detalhada em capítulo específico;

(vi) **Reversão:** a partir da extinção da concessão, os bens reversíveis voltam ao poder concedente, o Poder Público, conforme prevê o artigo 35, §1<sup>o972</sup> da Lei nº 8.987/1995;

(vii) **Loteamentos:** a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/1979), em seu artigo 22<sup>973</sup>, contém essa previsão;

(viii) **Bens da União:** a Constituição Federal, em seu artigo 20<sup>974</sup>, descreveu os bens da União, e, por consequência, instituiu a aquisição dos bens ali descritos que anteriormente não faziam parte de sua propriedade;

(ix) **Perdimento de Bens (Improbidade Administrativa):** uma das sanções no caso de improbidade administrativa, no artigo 12, incisos I e II<sup>975</sup> da Lei 8.429/1992, lei essa que regula o artigo 37, §4<sup>o976</sup> da Constituição Federal;

(x) **Perda ou Confisco (Bens relacionados com Atividade Típica Penal):** previsto como pena de no artigo 91, inciso

967 CC-2002. “Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”.

968 CC-2002. “Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade: [...] III - por abandono”.

969 CC-2002. “Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições. § 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize. § 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais”.

970 CC-2002. “Art. 1.844. Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal”.

971 CC-2002. “Art. 1.822. A declaração de vacância da herança não prejudicará os herdeiros que legalmente se habilitarem; mas, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal”.

972 Lei nº 8.987/1995. “Art. 35. [...] § 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato”.

973 Lei nº 6.766/1979. “Art. 22. Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo”.

974 CFRB. “Art. 20. São bens da União [...]”.

975 Lei nº 8.429/1992. “Art. 12 [...] I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;”

976 CFRB. “Art. 37. [...] § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

II<sup>977</sup> do Código Penal e artigos 5<sup>o</sup>, inciso XLVI, alínea b<sup>978</sup> e 243<sup>979</sup> da Constituição Federal.

## 20.3. ALIENAÇÃO

A alienação dos bens de uso comum e de uso especial, apesar do descrito no artigo 100 do Código Civil, poderá ser realizada por meio de institutos de direito público, pois “dizer que um bem está fora do comércio jurídico significa excluí-lo do comércio jurídico de direito privado, mas não do comércio jurídico de direito público”<sup>980</sup>, e, se assim o fosse, “ficaria a Administração impedida de extrair dos bens do domínio público toda a sua potencialidade de utilização, em consonância com a função social que é inerente à própria natureza da propriedade pública”<sup>981</sup>.

Já os bens dominicais podem ser alienados por institutos de direito público e de direito privado. Ressaltamos que, utilizados os instrumentos de direito privado, o Poder Público, na relação jurídica, está nivelado com o adquirente, sem a presença de *cláusulas exorbitantes* no respectivo contrato.

Compete a União editar lei que estabelece *normas gerais* a respeito de licitação e contratação, de caráter nacional, conforme preceitua o artigo 22, inciso XXVII<sup>982</sup> da Constituição Federal, cabendo assim a cada ente político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) estabelecer suas *normas específicas*.

Assim, devemos entender que, a alienação de bens públicos, se trata do ato excepcional da Administração Pública, pois em regra ela os mantém e conserva, onde, preenchidos os requisitos tratados no tópico 20.1.1, ocorre a transferência dos bens que possui a terceiros.

A Lei 8.666/1993, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, estabelece as normas gerais anteriormente ditas, tratando especificamente, entre os artigos 17 a 19, das regras de alienação.

No que diz respeito a alienação de bens das empresas públicas e sociedade de economia mista, a Lei nº 13.303/2016, nos artigos 49 e 50, traz as regras específicas que a tais pessoas jurídicas devem ser aplicadas.

### 20.3.1. FORMAS DE ALIENAÇÃO

De forma exemplificativa, iremos discorrer a respeito de algumas formas de alienação de bens públicos.

**(i) Contratos:** de forma semelhante ao que já ditamos no que se refere à aquisição de bens públicos, também poderá o Poder Público utilizar de contratos de direito privado para a alienação de seus bens, como a venda, a doação, a permuta, a dação em pagamento, contudo, conforme já alertamos, devendo seguir as regras legais;

**(ii) Retrocessão:** direito de preferência do expropriado, com previsão no artigo 519<sup>983</sup> do Código Civil;

**(iii) Alienação de Terras Públicas e Devolutas:** previsto no artigo 188, *caput* e §§<sup>984</sup> da Constituição Federal, guarda

977 CP-1940. “Art. 91. São efeitos da condenação: [...] II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constituia fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso”.

978 CFRB. “Art. 5<sup>o</sup>. [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: [...] b) perda de bens”.

979 CFRB. “Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5<sup>o</sup>”.

980 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*, p. 931-932.

981 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*, p. 932.

982 CFRB. “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<sup>o</sup>, III”.

983 CC-2002. “Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa”.

984 CFRB. “Art. 188. A destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária. § 1<sup>o</sup> A alienação ou a concessão, a qualquer título, de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares a pessoa física ou jurídica, ainda que por interposta pessoa, dependerá de prévia aprovação do Congresso Nacional. § 2<sup>o</sup> Excetuam-se do disposto no parágrafo anterior as alienações ou as concessões de terras públicas para fins de reforma agrária”.

relação com a política agrária;

(iv) **Concessão de Domínio:** instrumento pelo qual o Ente Público, transfere a terceiro, bem público do qual tem domínio, descrito no artigo 17, §2<sup>o</sup> da Lei nº 8.666/1993;

(v) **Investidura:** instituto regulado nos incisos I e II do §3<sup>o</sup> do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993;

(vi) **Legitimação da Posse (Terras Devolutas da União):** com previsão no artigo 29<sup>o</sup> da Lei nº 6.383/1976, apesar do nome, culmina na transferência do domínio do bem. Concederá o poder público uma licença de ocupação, de prazo mínimo de 4 (quatro) anos, onde, ao findar de tal prazo, satisfeitos os requisitos legais, poderá o ocupante adquirir o bem imóvel;

(vii) **Legitimação de Posse (Reurb):** instituto previsto no artigo 25<sup>o</sup> da Lei nº 13.465/2017, não é exatamente uma forma de aquisição da propriedade, sendo, contudo, um instrumento transformável em aquisição do direito real de propriedade, conforme dita o artigo 11, inciso VI<sup>o</sup> da lei referida.

(vii) **Legitimação Fundiária (Reurb):** segundo o artigo 11, VII<sup>o</sup> da mesma lei, é um instrumento com a finalidade de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade, conferido por ato da Administração Pública, utilizado exclusivamente na esfera da Regularização Fundiária Urbana (Reurb), conforme previsto nos artigos 23<sup>o</sup> e 24 da Lei nº 13.465/2017.

Alertamos que, na alienação, para o *exclusivo fim* de Regularização Fundiária Urbana (Reurb), em virtude do artigo 71<sup>o</sup> da Lei nº 13.465/2017, não são exigidos os requisitos do artigo 17, inciso I da Lei nº 8.666/1993.

## 20.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. *Livro eletrônico*.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 27<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:

- 
- 985 Lei nº 8.666/1993. “Art. 17. [...] § 2º A Administração também poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóveis, dispensada licitação, quando o uso destinar-se: I - a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; II - a pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica e exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 10 do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009”.
- 986 Lei nº 8.666/1993. “Art. 17. [...] § 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei: I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea “a” do inciso II do art. 23 desta lei; II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão”.
- 987 Lei nº 6.383/1976. “Art. 29. O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos: I - não seja proprietário de imóvel rural; II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano. § 1º A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada [...]”.
- 988 Lei nº 13.465/2017. “Art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei”.
- 989 Lei nº 13.645/2017. “Art. 11. [...] VI - legitimação de posse: ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, conversível em aquisição de direito real de propriedade na forma desta Lei, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse”.
- 990 Lei nº 13.645/2017. “Art. 11 [...] VII - legitimação fundiária: mecanismo de reconhecimento da aquisição originária do direito real de propriedade sobre unidade imobiliária objeto da Reurb”.
- 991 Lei nº 13.645/2017. “Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”.
- 992 Lei nº 13.465/2017. “Art. 71. Para fins da Reurb, ficam dispensadas a desafetação e as exigências previstas no inciso I do caput do art. 17 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

Método, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, Cyonil; SÁ, Adriel. *Manual de Direito Administrativo Facilitado*. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *Livro eletrônico*.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*.

ROSSI, Licínia. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *Livro eletrônico*.

# CAPÍTULO 21 – BENS PÚBLICOS: AUTORIZAÇÃO DE USO, PERMISSÃO DE USO, CONCESSÃO DE USO E CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

*Fábio Henrique Cordeiro Luz*

**SUMÁRIO:** 21.1. Formas de uso do bem público pelo administrado. 21.1.1 Uso anormal e uso normal. 21.1.2. Uso comum. 21.1.3. Uso privativo ou especial. 21.2. Autorização de uso. 21.3. Permissão de uso. 21.4. Concessão de uso. 21.5. Concessão de direito real de uso 21.6. Referências bibliográficas

## 21.1. FORMAS DE USO DO BEM PÚBLICO PELO ADMINISTRADO.

Para além do uso dos bens públicos pela pessoa jurídica de direito público, é possível que, de acordo com graus distintos de liberdade, tais bens sejam utilizados pelos administrados, em consonância com a afetação desses bens.

Uma vez demonstrado o interesse público, a Administração deve dosar a regulamentação do uso pelo particular. Sob esta ótica, Maria Sylvania Di Pietro<sup>993</sup> enuncia que é preciso verificar com atenção o fim a que se destina o uso do bem público pelo administrado, de modo que não sejam satisfeitos somente os interesses privados. No entanto, também importa destacar que algumas formas de utilização são naturais, desvinculando-se de qualquer tipo de consentimento do Poder Público.

Assim, inicialmente, partindo-se da doutrina de Di Pietro, iremos diferenciar o modo de utilização dos bens públicos pelo seu grau de afetação, com base em dois critérios. O primeiro é o da conformidade ou não da utilização com o destino principal a que o bem está afetado, para o qual o uso pode ser normal ou anormal. O último é o da exclusividade ou não do uso, conjugado com a necessidade de consentimento expresso da Administração, para o qual o uso pode ser comum ou privativo.

### 21.1.1. USO NORMAL E ANORMAL

O uso normal é exercido em conformidade com a destinação principal do bem, enquanto o uso anormal segue a lógica inversa, cumprindo finalidade distinta ou acessória, por vezes em contradição com aquele propósito.

A título explicativo, tem-se o uso normal com a passagem de veículos pela via pública. Contrariamente, o uso anormal é observado com a utilização da via pública para a realização de um evento esportivo, por exemplo.

### 21.1.2. USO COMUM

Por sua vez, o uso comum atende a todos os membros da coletividade, sem que haja discriminação entre os



seus usuários. Tal forma de uso é, em regra, gratuita, mas pode ser remunerada, a depender do que for estabelecido pela entidade pública, conforme previsão legal, tendo em vista o que prescreve o artigo 103 do Código Civil.

A doutrina também aponta a subdivisão do uso comum em duas facetas: o uso comum ordinário e o uso comum extraordinário.

O uso comum ordinário não exige um instrumento administrativo de outorga, bem como a retribuição pecuniária pelo administrado, atendendo a todos indistintamente.

Já o uso comum extraordinário admite certas restrições, seja por estar limitado a certas categorias de usuários, pela necessidade de outorga administrativa ou em função de o particular estar sujeito à remuneração para o uso, em conformidade com o que impor o poder de polícia do Estado.

### 21.1.3. USO PRIVATIVO OU ESPECIAL

O uso privativo, também denominado pela doutrina como de uso especial, ocorre quando há consentimento por parte da Administração para que o bem público seja utilizado por determinado particular com exclusividade, em detrimento do restante da coletividade.

Nessa forma de uso, há a outorga, mediante título jurídico individual, para pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, a fim de que exerçam, de modo exclusivo, a parcela dominial, desde que observada a finalidade consentida e as condições de uso a elas impostas.

Com o propósito de síntese, Rafael Carvalho Rezende<sup>994</sup> aponta algumas características que devem ser preenchidas no uso especial. São elas: (i) compatibilidade com o interesse público; (ii) consentimento da Administração; (iii) cumprimento das condições fixadas pelo ordenamento e pela Administração; (iv) remuneração, com a ressalva dos casos excepcionais de uso gratuito; e (v) precariedade, cujo grau é variante, a depender da vontade unilateral da Administração.

Exemplificando, o autor refere-se à permissão para que seja instalada uma banca de jornal em via pública e à autorização para que um estabelecimento comercial instale mesas e cadeiras na calçada.

Assim, em atenção à doutrina, o uso privativo dos bens públicos é viabilizado pelos seguintes dispositivos: autorização, permissão, concessão de uso e de direito real de uso.

## 21.2. AUTORIZAÇÃO DE USO

A autorização de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual a Administração consente que certo indivíduo utilize bem público de modo privativo.

Não havendo a necessidade de autorização legal e de prévia licitação, a autorização de uso possui como características: (i) unilateralidade, visto que a vontade é manifestada pela Administração Pública, sem que o administrado aquiesça; (ii) discricionariedade, posto que depende de um juízo valorativo do Poder Público acerca do seu consentimento, atendo-se à conveniência e à oportunidade; (iii) precariedade, pois permitida a sua revogação a qualquer tempo, independentemente de indenização; (iv) inexistência de direito subjetivo, por parte do administrado, à utilização do bem público; (v) pode ser onerosa ou gratuita; e (vi) pode recair sobre bens móveis ou imóveis.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>995</sup> exemplifica essas situações da seguinte forma: autorizações de uso de terrenos baldios, de área para estacionamento, de retirada de água de fontes não abertas ao público e de fechamento de ruas para festas comunitárias.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem se manifestado no sentido de que a autorização para o comércio ambulante é concedida a título precário pela Administração, do que se extrai que pode ser revogada a qualquer

994 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, Livro eletrônico p. 704.

995 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, Livro eletrônico p. 1325.

tempo, inexistindo a caracterização de direito adquirido (Informativo nº 237).

Ainda, insta destacar a subdivisão feita pela melhor doutrina neste ponto, trazendo à baila dois tipos de autorização de uso relevantes: a autorização condicionada ou qualificada e a autorização de uso urbanística.

No que diz respeito à autorização condicionada ou qualificada, é assim definida pois fixa direitos e obrigações tanto para o administrado quanto para o Poder Público, que impõe certas restrições no uso privativo do bem.

Assim, em tal modalidade exige-se prévia licitação, com observância ao princípio da impessoalidade, bem como aos princípios da boa-fé e da confiança legítima, de modo que o eventual descumprimento das condições fixadas pela Administração gera o dever de indenizar o particular. Por exemplo, a revogação prematura da autorização do uso de bem público, antes do prazo final, geraria o dever de indenizar.

Já a autorização de uso urbanística tem previsão no art. 9º da Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, com redação dada pela Lei nº 13.465/2017, e será conferida, gratuitamente, “àquele que, até 22 de dezembro de 2016, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área com características e finalidade urbanas para fins comerciais”.

O autor José dos Santos Carvalho Filho chama atenção para algumas diferenças entre tal modalidade e a autorização comum de uso, as quais se concentram nos seguintes elementos: (i) discricionariedade, pois é preciso que se verifiquem os pressupostos legais; (ii) a inexistência de precariedade, em função de não ser possível, uma vez autorizado e tornado definitivo o uso, que haja revogação do ato de consentimento; (iii) a forma como o interessado se vincula ao imóvel público, visto que o administrado passa a usar o imóvel como seu, o que não corresponde à mera detenção, mas à posse do bem; (iv) o fator temporal, pois a autorização urbanística só pode ser conferida àqueles que preencheram os requisitos legais até o dia 30 de junho de 2001; (v) o caráter territorial, uma vez que o uso restringe-se a imóveis urbanos de até 250 m<sup>2</sup>; e (vi) finalístico, tendo em vista a utilização do bem imóvel para fins comerciais<sup>996</sup>.

### 21.3. PERMISSÃO DE USO

Assemelhando-se à autorização de uso, a permissão de uso é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público legitima a utilização exclusiva de bem público por particular.

No entanto, a doutrina administrativista majoritária ressalta a satisfação equânime dos interesses em jogo, tanto da Administração quanto do particular. Nesse sentido, o Poder Público possui algum grau de interesse na exploração do bem pelo administrado, enquanto este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem público. Em tal ponto, não guardaria semelhança com a autorização de uso, haja vista que nesta há o predomínio do interesse privado no uso do bem.

Tida como um instrumento intermediário entre a elevada precariedade da autorização e a estável concessão, a permissão de uso não se confunde com a permissão de serviço público, como lembra Rafael Carvalho, uma vez que a última é contrato administrativo de delegação do serviço público ao permissionário, nos moldes do art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 40 da Lei nº 8.987/1995.

Assim, a título de exemplo de permissão de uso, tem-se a permissão para instalação de bancas de jornal em imóveis públicos.

Por fim, cabe frisar que a doutrina também estabelece um tipo de permissão condicionada ou qualificada, na hipótese de a Administração impor condições e determinar prazos para o uso privativo do bem público.

Em tal modalidade, portanto, havendo a contratualização do conteúdo da permissão, será exigida licitação prévia, consoante o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, ressalvadas as exceções legais, bem como restará configurado o dever de indenizar o particular, em função dos princípios da boa-fé e da confiança legítima, quando o Poder Público revogar prematuramente a permissão do uso do bem, tendo estabelecido um prazo para tanto.

## 21.4. CONCESSÃO DE USO

A concessão de uso, por sua vez, é o contrato administrativo que tem por objetivo legitimar o uso do bem público a terceiro, com fundamento no interesse público. Em sentido contrário à autorização e à permissão de uso, as quais possuem natureza jurídica de ato administrativo, na concessão há instrumento bilateral de ajuste de vontades, sendo, portanto, estável.

Nesse diapasão, pode ser remunerada ou gratuita, mas deverá ser precedida de licitação e formalizada por tempo certo, conforme leitura do artigo 37, XXI, da Constituição Federal e artigos 2º e 57, §3º, ambos da Lei nº 8.666/1993. Ainda, havendo o descumprimento de alguma cláusula estabelecida no contrato administrativo, o Poder Público deverá indenizar o concessionário, o qual não poderá transferir o contrato de concessão à pessoa diversa sem prévio consentimento da Administração.

Disso se extrai o caráter pessoal da relação jurídica instaurada entre o poder concedente e o administrado, de cunho meramente obrigacional.

Com o fim de exemplo, tem-se a concessão remunerada de um hotel de propriedade do Poder Público.

## 21.5. CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

A concessão de direito real de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público realiza a transferência do direito real de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, de acordo com a finalidade justificante, seja remunerada ou gratuitamente, com fulcro no Decreto-Lei nº 271/1967.

Assim, tratando-se de direito real resolúvel, importante destacar os fins específicos contidos no art. 7º do aludido corpo legal, quais sejam: de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas.

Apesar das semelhanças com a concessão de uso, a doutrina estabelece dois pontos que as diferem. O primeiro diz respeito à natureza da relação jurídica entre as partes. Conquanto na concessão de uso é instaurada uma relação de cunho obrigacional, na presente modalidade é feita a outorga de direito real, consoante o artigo 1.225, XII, do Código Civil, e recai sobre bens dominicais. O segundo refere-se à destinação da concessão de direito real de uso, salvaguardando o interesse social em áreas urbanas, como mencionado anteriormente. Noutro giro, na concessão comum de uso, não é necessário que se comprove tais finalidades.

Este instrumento de concessão, apesar de transmissível por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, está necessariamente condicionado ao que foi pactuado no ajuste de vontades, no que tange à destinação do contrato. Assim, havendo desvio de finalidade por parte do administrado ou de seus sucessores, o direito real de uso será revertido à Administração.

O direito real deverá ser inscrito no Registro de Imóveis competente, em consonância com o instrumento em que o ajuste de vontades foi formalizado, seja via escritura pública ou termo administrativo. Portanto, é preciso que haja lei autorizadora e prévia licitação, salvo na hipótese de dispensa de licitação, quando o beneficiário for outro órgão ou entidade da Administração Pública.

José dos Santos Carvalho Filho exemplifica magistralmente tais situações com os exemplos: a concessão de direito real de uso de terrenos públicos quando o Município objetiva promover o incentivo à edificação em determinada área, bem como quando o Estado deseja implantar região industrial com o fito de desenvolver a economia em seu território<sup>997</sup>.

## 21.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo* – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.



# CAPÍTULO 22 – BENS PÚBLICOS: TERRAS DEVOLUTAS, TERRENOS DE MARINHA E ENFITEUSE

*Filipe Pereira de Castro*

**SUMÁRIO:** 22.1. Terras devolutas. 22.1.1. Evolução histórica da compreensão do instituto. 22.1.2. Conceito de terras devolutas. 22.1.3. Disponibilidade e indisponibilidade. 22.1.4. Processo de discriminação. 22.2. Terreno de marinha e seus acrescidos. 22.3. Enfiteuse. 22.4. Referências bibliográficas.

Dentre o vasto conjunto de bens públicos, encontram-se as terras públicas. Duas espécies desse gênero nos chamam a atenção e serão abordadas nesse capítulo: terras devolutas e terrenos de marinha. Ambas constituem bens dominicais e são previstas no texto constitucional.

Os terrenos de marinha estão intimamente relacionados à enfiteuse, razão pela qual também serão tecidas considerações sobre o instituto adiante.

## 22.1. TERRAS DEVOLUTAS

### 22.1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA COMPREENSÃO DO INSTITUTO

Antes de nos aprofundarmos no estudo das terras devolutas de forma mais contemporânea, é essencial que se faça uma breve incursão na evolução histórica desse instituto no Brasil, a fim de que melhor se compreenda sua origem.

No período colonial, todas as terras brasileiras até então conhecidas eram de titularidade de Portugal. Por meio das capitâneas hereditárias, houve uma tentativa de conceder o uso de pequenas glebas de terras públicas<sup>998</sup> a particulares, a fim de que estes pudessem cultivá-las e obter frutos – o que acabou não prosperando<sup>999</sup>, uma vez que os resultados pretendidos não foram alcançados<sup>1000</sup>. Tinha-se então muitas porções de terra sendo cultivadas de forma improdutiva ou em desuso<sup>1001</sup>.

As terras devolutas serão melhor conceituadas adiante, mas já se pode adiantar, de forma simplificada, que correspondem a esses terrenos pertencentes ao poder público, sem destinação de uso e não utilizadas por particulares.

Com a independência declarada e a formação do Império, não foi dada continuidade a essas cessões e, até o surgimento da primeira lei de terras no Brasil, essas transferências de propriedade do poder público para particulares

998 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Tais terrenos receberam o nome de ‘sesmarias’.

999 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1588.

1000 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253.

1001 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 940. Caso fossem descumpridas as obrigações atribuídas ao particular, havia a reversão das terras à Coroa. Essa “penalidade” recebeu o nome de comissão.

deram-se majoritariamente por meio de ocupações: as pessoas se apossavam dos terrenos, promovendo o cultivo da terra e a fazenda dela sua morada habitual.

Efeito direto das capitâneas hereditárias e das posteriores ocupações foi que, no caso das primeiras, os grandes proprietários de terra foram favorecidos e acabaram não cultivando de forma adequada a terra, originando grandes latifúndios, e, no caso das segundas, foram favorecidos os pequenos colonos, que administravam de forma mais adequada as porções de terra ocupadas.

Em 1850 foi promulgada a Lei nº 601 que, dentre outras normas, proibiu o apossamento de novas *terras devolutas* por outros meios que não fossem o de compra<sup>1002</sup>. Foi a primeira vez que o termo foi empregado de forma sistematizada num texto legal brasileiro após a declaração da independência e seu uso permanece em voga até o presente momento.

O diploma legal também previa que retornariam ao domínio público as terras transferidas aos particulares e não cultivadas.<sup>1003</sup>

Na República, a Constituição Federal de 1891 cuidou das terras devolutas em seu art. 64, prevendo que, em regra, pertenciam aos Estados, cabendo à União, de forma excepcional, apenas o território indispensável à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Nesse contexto, alguns Estados transferiram parcelas de suas terras devolutas aos Municípios. O caso mais emblemático, recorrentemente mencionado pela doutrina, é o do Estado de São Paulo<sup>1004</sup>, que outorgou as terras devolutas que estivessem num raio de 8 km do ponto central da Municipalidade, bem como as que estivessem num raio de 6km do ponto central de seus Distritos e, no caso do Município da Capital, foram transferidas também as terras devolutas que se encontram em um raio de 12 km da Praça da Sé. Tornaram-se, portanto, terras devolutas municipais.<sup>1005</sup>

Atualmente, a Constituição Federal de 1988 prevê, na redação de seu art. 20, inciso II, que pertencem à União Federal, *ipsis litteris*, as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

Outrossim, em seu art. 26, inciso IV, preconiza que compõem o rol de bens dos Estados as terras devolutas não compreendidas entre as da União Federal.

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 inovou, em relação aos diplomas prévios, ao incluir entre as terras devolutas da União Federal as porções de terras necessárias à preservação ambiental. A lei deve definir quais são esses bens específicos e a eles se aplica o art. 225, §5º, da CRFB, norma que será melhor explicada adiante.

### 22.1.2. CONCEITO DE TERRAS DEVOLUTAS

A Lei 601 de 1850 em seu art. 3º, §§ 1º e 2º, define como terras devolutas, em síntese, aquelas que não estiverem aplicadas a algum uso pelo Poder Público e que não estiverem sob domínio particular por qualquer título legítimo. Hely Lopes (1998) leciona que o conceito adotado pela lei imperial ainda prevalece atualmente, sendo amplamente aceito pelos doutrinadores.

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) descreve as terras devolutas como as terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial, inexistindo, portanto, afetação quanto a elas<sup>1006</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019) propõe que o conceito jurídico das terras devolutas é residual, na medida que consubstancia as terras vagas, abandonadas, não utilizadas tanto pela administração pública quanto pelos

1002 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998., p. 288. As terras devolutas em regiões limítrofes com outros países, numa faixa de dez léguas, constituíam verdadeiras exceções, já que podiam ser concedidas gratuitamente.

1003 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253

1004 Vide Decreto-Lei Complementar nº 9, de 31 de dezembro de 1969 do Estado de São Paulo

1005 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 942.

1006 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020., p. 997.

particulares. No sentido etimológico, destaca que a concepção do vocábulo “devoluto” seria a de algo devolvido, vazio, desocupado.

Em termos semelhantes, Odete Medauar (2018) define que, no sentido jurídico, terras devolutas são aquelas que não se acham aplicadas a algum uso público nem se encontram no domínio privado. No sentido literal, seriam aqueles terrenos devolvidos ao domínio público por estarem sem dono.

Não se deve confundir, portanto, as terras devolutas com terras sem dono, já que as primeiras integram o patrimônio público.<sup>1007</sup>

Conforme já mencionado no item 1.1 deste capítulo, as terras devolutas pertencem aos Estados ou, em situações específicas, à União Federal. Ainda, também pertencem àqueles Municípios aos quais foi transferida a titularidade desses bens, no período que precede a promulgação da Constituição Federal de 1988<sup>1008</sup>.

### 22.1.3. DISPONIBILIDADE E INDISPONIBILIDADE

Por não estarem afetadas nem a um uso comum nem a um uso especial, as terras devolutas são consideradas bens dominicais por excelência.

Em decorrência dessa característica, são disponíveis<sup>1009</sup>.

No entanto, o art. 225, §5º, da Constituição Federal de 1988 traz verdadeira exceção à regra ao prever que, *ipsis litteris*, são *indisponíveis* as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

Apesar do texto constitucional trazer uma aparente distinção entre terras devolutas e terras arrecadadas pelos Estados via ações discriminatórias, fato é que essas últimas, enquanto não forem afetadas, continuam detendo o status de terras devolutas.<sup>1010</sup>

Com efeito, Maria Zanella Di Pietro (2019) leciona que o conceito residual de terras devolutas inclui as já incorporadas ao patrimônio público (via ação discriminatória) que não tenham sido afetadas a qualquer uso público.

Saliente-se que as ações discriminatórias serão abordadas em momento oportuno.

Em síntese, no caso dessas terras devolutas em específico, quais sejam, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, lhes é aplicada, em caráter excepcional, a indisponibilidade, ou seja, regime jurídico idêntico dos bens públicos de uso comum e de uso especial.

Apesar de ser matéria própria do capítulo desta obra incumbido de reportar as características dos bens públicos, registre-se que não se desconhece entendimentos doutrinários que não reconhecem a disponibilidade de nenhuma espécie de bem público.

É importante reportar aqui tais posicionamentos, já que estes sugerem um estudo das terras devolutas sob outro direcionamento.

Nesse sentido, confira trecho da obra de Odete Medauar (2018), doutrinadora que sustenta esse entendimento:

[...] A dúvida aparece sobretudo quando se associam bens dominicais a bens disponíveis: como já se observou no início do capítulo, essa associação apresenta-se descabida, pois vigora, para todos os bens públicos, a regra da indisponibilidade. Por outro lado, mais facilidade de alienação não significa disponibilidade; além do mais, nem todos os bens dominicais estão desligados de fins públicos, do que oferecem exemplo as terras devolutas indispensáveis à defesa de fronteiras. No tocante às terras devolutas necessárias à proteção de ecossistemas, são dominicais, atendem ao fim de preservação ambiental, não se destinando ao uso direto da população, nem ao uso ligado a serviços da Administração<sup>1011</sup>.

1007 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1590.

1008 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 997.

1009 SPITZCOVSKY, Celso; LENZA, Pedro (Coord.). *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 933.

1010 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.1592.

1011 °MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253.



Em decorrência da vedação expressa no atual texto constitucional de usucapião de bens públicos, sem distinção de espécies<sup>1012</sup>, as terras devolutas não são suscetíveis de serem usucapidas.

#### 22.1.4. PROCESSO DE DISCRIMINAÇÃO

A ação discriminatória é o instrumento previsto pelo ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente na Lei nº 6.383 de 1976, para, havendo dúvida, distinguir terras públicas de terras privadas, mediante a apuração de legitimidade da posse de particulares.

Seu procedimento se desdobra num processo administrativo e num processo judicial.

No âmbito judicial, a sentença prolatada cuida de definir quais os títulos legítimos apresentados pelos interessados e, por exclusão, são definidas as terras devolutas.

No que for cabível, aplica-se as disposições da Lei nº 6.383/1976 ao processo de discriminação das terras devolutas estaduais<sup>1013</sup>.

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) é o ente legitimado a ajuizar a ação discriminatória, no âmbito federal.

É comum que, em se tratando de processo de discriminação e de usucapião, surja a discussão acerca do ônus da prova referente à comprovação do domínio e da presunção relativa do caráter público ou privado do bem não registrado no Registro Geral de Imóveis.<sup>1014</sup>

Rafael de Oliveira (2018) entende que, inexistindo Registro Público, há a presunção de que o bem integra o patrimônio público, consubstanciando terra devoluta.

Compartilhando do mesmo entendimento, Maria Zanella Di Pietro (2019) leciona que, originalmente, todas as terras no Brasil eram do Poder Público e, ao longo da história, os particulares adquiriram partes dessas terras via concessão, doação, venda, legitimação da posse ou usucapião (no período em que havia essa possibilidade).

Sendo assim, inexistindo registro de que o particular adquiriu a propriedade por meio de um desses títulos legítimos, prevaleceria a presunção *juris tantum* de que a terra é devoluta, já que esse seria o status *a quo* das terras brasileiras.

Por essa perspectiva, numa ação de usucapião, por exemplo, caberia ao interessado provar que o imóvel não registrado no Registro Geral de Imóveis não consubstancia terra devoluta, sendo, portanto, suscetível à usucapião.

Esse entendimento doutrinário, no entanto, não tem sido aventado pelos tribunais superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, ao publicar a Edição 133 do Jurisprudência em Teses, com julgados da Corte sobre Direito das Coisas extraídos até 06/09/2019, em seu item 7 veiculou o seguinte entendimento:

7) A inexistência de registro imobiliário de imóvel objeto de ação de usucapião não induz presunção de que o bem seja público (terras devolutas), cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva.<sup>1015</sup>

Esse mesmo entendimento já havia sido veiculado pela Corte anteriormente, no Informativo de Jurisprudência nº 0485, que destacou julgados prolatados de 10 a 21 de outubro de 2011. Observe:

1012 CRFB. “Art. 183. [...] § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.” e “Art. 191. [...] Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

1013 Lei nº 6.383. “Art. 27 - O processo discriminatório previsto nesta Lei aplicar-se-á, no que couber, às terras devolutas estaduais [...]”

1014 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020, p. 998.

1015 Tese construída a partir de decisões reiteradas da Corte nesse sentido, a saber: AgInt no AREsp 936508/PI, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018; AgRg no REsp 611577/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; AgRg no REsp 1265229/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 01/03/2012, DJe 09/03/2012; AgRg no Ag 514921/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes De Barros, Terceira Turma, julgado em 17/11/2005, DJ 05/12/2005 p. 317; REsp 1550352/SC, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 01/08/2019, publicado em 02/08/2019 REsp 1528951/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, publicado em 06/06/2019.

#### QUARTA TURMA

USUCAPIÃO. IMÓVEL URBANO. REGISTRO. AUSÊNCIA.

A Turma reiterou que a inexistência de registro imobiliário do bem objeto de ação de usucapião não induz presunção de que o imóvel seja público (terras devolutas), cabendo ao Estado provar a titularidade do terreno como óbice ao reconhecimento da prescrição aquisitiva. Precedentes citados do STF: RE 86.234-MG, DJ 5/12/1976; do STJ: REsp 113.255-MT, DJ 8/5/2000, e REsp 674.558-RS, DJe 26/10/2009. REsp 964.223-RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/10/2011.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por sua vez, editou a Súmula nº 15 consubstanciando o mesmo entendimento. Veja:

Nº. 15 “A inexistência de registro imobiliário não faz presumir seja o imóvel público.” Referência: Uniformização de Jurisprudência nº 25 na Apelação Cível nº. 20.528. Julgamento em 05/09/83. Relator: Desembargador Jorge Loretti. Registro de Acórdão em 27/02/84.

Por fim, convém mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Agravo em Recurso Especial nº 888.195/PI<sup>1016</sup>, em 18/02/2020, definiu que, em ação discriminatória em que há anotação no Registro Geral de Imóveis em favor dos particulares, cabe ao Estado provar a inidoneidade desses títulos.

## 22.2. TERRENOS DE MARINHA E SEUS ACRESCIDOS

O Decreto-lei nº 9.760 entrou em vigor em 1946 e cuidou de dispor sobre os bens imóveis da União Federal. O diploma foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Em seu art. 2º conceitua os terrenos de marinha como, *ipsis litteris*, aqueles situadas em uma profundidade de trinta e três metros, medidas horizontalmente, na direção do continente, da posição da linha do preamar-médio de 1831: a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés; b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

O art. 3º da mesma lei conceitua, ainda, os terrenos acrescidos de marinha, quais sejam, aqueles que se tiverem formado, natural ou artificialmente, na direção do mar ou dos rios e lagoas, em continuidade aos terrenos de marinha.

Tanto os terrenos de marinha quanto seus acrescidos integram o conjunto de bens da União Federal, a teor do que dispõe o art. 20, inciso VII da CRFB.

Os terrenos de marinha não devem ser confundidos com as praias, que são bens de uso comum e que também pertencem à União Federal, conforme art. 20, inciso IV da CRFB.<sup>1017</sup>

Por serem bens dominicais, podem ser usados pelo Poder Público para fins de obtenção de renda.

Os terrenos de marinha também podem ser utilizados pelos particulares, sob o regime de enfiteuse, espécie de uso privativo de bens imóveis da União.

Nesse caso, a União detém o domínio direto e transfere ao particular o domínio útil, quem tem de pagar uma importância anual, popularmente chamada de foro ou pensão, no valor de 0,6% do valor do respectivo domínio pleno, que é atualizado anualmente, vide art. 101 do Decreto-lei nº 9.760/46.<sup>1018</sup>

Conforme leciona Hely Lopes (1998)<sup>1019</sup>, essa reserva dominial da União Federal dá-se exclusivamente em função da defesa nacional, sem a intenção de restringir a competência dos demais entes federados no ordenamento territorial e urbanístico dos terrenos de marinha.

1016 AREsp 888.195/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020

1017 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 943.

1018 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1585.

1019 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 292

## 22.3. ENFITEUSE

O instituto da enfiteuse, quando abordado sob a ótica do Direito Administrativo, se distingue da enfiteuse do direito privado.

O Código Civil de 2002 deixou de prever o instituto e, em seu art. 2.038, vedou a constituição de novas enfiteuses, estabelecendo que as já existentes ficam subordinadas ao Código Civil de 1916, que dispunha sobre a matéria, até sua extinção.

O diploma cível parece ter aderido à tendência inaugurada pela Constituição Federal de 1988, que, no art. 49 da Disposições Transitórias, faculta aos enfiteutas (também chamados foreiros), no caso de sua extinção, remir o aforamento, a fim de adquirir o domínio direto sob a propriedade.

Essa tendência, no entanto, não se confirma em relação à enfiteuse no Direito Administrativo.

O próprio §3º do art. 49 do ADCT sinaliza que, no caso dos terrenos de marinha e seus acrescidos, a enfiteuse, também chamada de aforamento, continua a ser aplicada.

A bem da verdade, na esteira do que prevê o Decreto-lei nº 9.760/1946, com alterações promovidas pela Lei nº 13.465/2017 (ambos diplomas cuidam de normatizar o regime jurídico da enfiteuse no Direito Administrativo), a enfiteuse permanece aplicável a todos os imóveis da União.

Aos Estados e Municípios que tenham constituído enfiteuse sobre terrenos de seu domínio, aplicam-se as normas do Código Civil de 1916.

Nas relações de direito público, a enfiteuse consubstancia direito real de natureza pública, já que não é regulada pelas normas do Código Civil, mas sim pelo Decreto-lei nº 9.760/1946.

Na hipótese de transferência onerosa *inter vivos* de domínio útil sob regime de enfiteuse, cujo domínio direto seja da União Federal, o vendedor deve pagar valor de 5% do valor atualizado do domínio pleno do terreno, excluído o valor das benfeitorias.<sup>1020</sup> Essa importância a ser paga recebe o nome de laudêmio.

O art. 103 do Decreto-lei 9.760/1946 elenca as hipóteses de extinção da enfiteuse, quais sejam: inadimplemento de cláusula contratual, acordo entre as partes, remição, caducidade, abandono do imóvel<sup>1021</sup> e interesse público.

A caducidade decorre da inadimplência por três anos consecutivos ou quatro intercalados e pode ser sanada mediante revigoração, ou seja, pagamento dos foros em atraso.<sup>1022</sup>

Já a remição<sup>1023</sup>, por sua vez, é uma faculdade a ser exercida, a critério do Presidente da República e por proposta do Ministério da Fazenda, nas zonas onde não mais subsistam as razões determinantes da aplicação da enfiteuse.

## 22.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

1020 Art. 3º. A transferência onerosa, entre vivos, do domínio útil e da inscrição de ocupação de terreno da União ou de cessão de direito a eles relativos dependerá do prévio recolhimento do laudêmio pelo vendedor, em quantia correspondente a 5% (cinco por cento) do valor atualizado do domínio pleno do terreno, excluídas as benfeitorias. (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017).

1021 Decreto-lei 9.760/1946. “Art. 103. O aforamento extingue-se-á: [...] IV – pelo abandono do imóvel, caracterizado pela ocupação, por mais de 5 (cinco) anos, sem contestação, de assentamentos informais de baixa renda, retornando o domínio útil à União; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007)”

1022 Decreto-lei 9.760/1946. “Art. 119. Reconhecido o direito do requerente e pagos os foros em atraso, o chefe do órgão local da Secretaria do Patrimônio da União concederá a revigoração do aforamento. (Redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007)”

1023 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1563. A menção do dispositivo à “remissão” deu-se por atecnia do legislador, pois “remição” seria o mais adequado.

---

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SPITZCOVSKY, Celso; LENZA, Pedro (Coord.). *Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.



---

# PARTE VI

## ATOS ADMINISTRATIVOS



## CAPÍTULO 23 – ATOS ADMINISTRATIVOS: NOÇÃO, DISTINÇÃO ENTRE FATOS E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E DISTINÇÃO ENTRE ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS

Daniel Teles Ribeiro

**SUMÁRIO:** 23.1. Noção. 23.2. Fatos e Atos da Administração. 23.3. Atos da Administração e Atos Administrativos. 23.4. Referências Bibliográficas.

### 23.1. NOÇÃO

Embora não haja um consenso doutrinário a respeito do que vem a ser um ato administrativo, é possível, através da análise dos elementos característicos a ele relacionados, estabelecer a sua conceituação. Assim sendo, para que possamos formular uma ideia sólida quanto à tal espécie de atos, devemos, em um primeiro momento, estabelecer algumas premissas básicas.

É cediço que ato jurídico corresponde àquela espécie de atos que, de alguma forma, repercutem no mundo jurídico. Dentro dessa concepção, é oportuno afirmarmos que os *atos jurídicos constituem gênero do qual os atos administrativos são espécie, estando estes relacionados aos atos que produzem efeitos jurídicos dentro da seara administrativa*.

Como ressaltado, definir ato administrativo não é tarefa fácil, contudo, a análise de seus traços essenciais tende a fazer com que tal missão seja mais palatável. Nesse sentido, vejamos os pontos principais dessa forma de exteriorização da vontade da Administração Pública, a saber: sujeitos que manifestam a vontade administrativa e o regime jurídico de direito público.

Nos atos administrativos, como bem preleciona José dos Santos Carvalho Filho, “é necessário que o sujeito da manifestação volitiva esteja, de alguma forma, vinculado à Administração Pública”<sup>1024</sup>, pelo que podemos destacar os agentes administrativos e os delegatários. Tais agentes, para que possam exarar um ato administrativo, deverão estar no exercício da função administrativa ou pelo menos a pretexto de exercê-la – no caso dos delegatários, função delegada, ressalte-se.

Ademais, para que possamos falar em ato administrativo, é fundamental a presença de um regime jurídico diferenciado a ele relacionado, qual seja, o regime jurídico administrativo. Esse, por sua vez, vem a ser um conjunto de prerrogativas e restrições inerentes à Administração Pública que a coloca em uma posição especial nas relações jurídicas das quais venha a ser parte, sobretudo em função do objetivo almejado pelo Estado: o interesse público.

1024 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico, p. 163.



Nesse ínterim, após analisarmos os pilares que sustentam a ideia do que vêm a ser os atos administrativos, podemos conceituá-los como a *exteriorização unilateral de vontade da Administração Pública que, emanada por seus agentes ou delegatários, obedecendo ao regime jurídico administrativo, no exercício da função administrativa ou a pretexto de exercê-la, tem como finalidade a consecução do interesse público.*

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, entende o ato administrativo como “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”<sup>1025</sup>. Na conceituação exposta pela autora em comentário, resta ressaltada a possibilidade de controle do ato administrativo pelo Judiciário, o qual dar-se-á nos casos em que o ato exarado não esteja em consonância com os ditames impostos pelo ordenamento jurídico, dentro da ideia de controle de legalidade.

Por meio do conceito de ato administrativo, somos capazes de visualizar, de forma ampla, como os elementos característicos supramencionados se entrelaçam quando da manifestação de vontade da Administração Pública, de modo a garantir que o interesse público seja plenamente atendido, nos moldes delimitados pelo ordenamento jurídico.

Por último, mas não menos relevante, é necessário que discorramos a respeito do silêncio administrativo e sua produção de efeitos jurídicos na seara administrativa. Com efeito, devemos ressaltar o silêncio administrativo como sendo a omissão da Administração Pública que vem a produzir efeitos jurídicos.

No direito privado, o art. 111 do Código Civil de 2002 estabelece, de forma clara, que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Por outro lado, no direito público, o tratamento da omissão da Administração é diferente, vez que podemos afirmar que o silêncio em tal ramo jurídico não configura ato administrativo, mas sim um fato jurídico administrativo gerador de efeitos, não havendo, formalmente, uma declaração de vontade.

Para que possamos entender melhor tal raciocínio, passemos à análise dos fatos relacionados à Administração Pública.

## 23.2. FATOS E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

A fim de conseguirmos, com propriedade, apontar o que vêm a ser os fatos e os atos da Administração, devemos ressaltar que o Direito Civil diferencia ato de fato, pontuando que, enquanto aquele está relacionado ao homem, este encontra-se ligado aos acontecimentos naturais. Com efeito, quando ocorre a subsunção do fato ao que fora previsto em uma norma jurídica, falamos, então, em fato jurídico.

Com base em tais considerações, somos capazes de afirmar que os fatos da Administração configuram uma *espécie de acontecimentos materiais que não produzem quaisquer efeitos jurídicos no que diz respeito ao Direito Administrativo*. Conforme será visto em momento oportuno, o critério de distinção destes fatos em relação aos fatos administrativos é a produção de efeitos na seara administrativa.

Os atos da Administração, por sua vez, correspondem aos *atos praticados pela Administração Pública enquanto no exercício da função administrativa*. É de bom alvitre salientarmos que, dentro da ideia da tripartição de poderes – Poder Executivo, Legislativo e Judiciário –, identificamos que cada esfera de poder exerce suas funções típicas e atípicas. Nesse ínterim, o Poder Executivo exerce a função administrativa de forma típica, enquanto os Poderes Legislativo e Judiciário, por sua vez, realizam tal atribuição de modo atípico.

Embora exarados pela Administração, os atos da espécie em análise não são marcados pelos elementos básicos dos atos administrativos em sentido estrito. Portanto, podemos observar a expressão “*atos da Administração*” como conceito amplo, encontrando-se dentro de tal concepção todos os atos advindos de manifestação de vontade do Poder Público, mesmo aqueles nos quais não seja possível identificar os traços característicos que marcam os atos administrativos – como a presença marcante do regime jurídico administrativo, por exemplo, ausente nos atos privados da Administração. Para que um ato seja conceituado como ato da Administração basta, assim, que tenha sido exarado pelo Poder Público no exercício de sua função administrativa.

### 23.3. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ATOS ADMINISTRATIVOS

Para o autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “no âmbito da Administração Pública, é preciso verificar a natureza da atividade exercida para caracterização do ato administrativo”<sup>1026</sup>. De acordo com o mencionado doutrinador, os atos privados editados pelo Poder Público não estariam relacionados ao exercício da função administrativa, ao contrário dos atos administrativos. Por outro lado, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como mencionado anteriormente, os atos privados praticados pela Administração constituem espécie do gênero “atos da Administração”, sendo estes todo e qualquer ato emanado pela Administração Pública ao exercer sua função administrativa<sup>1027</sup>. Os conceitos supramencionados, como podemos observar, são entendidos com certa diferença pelos autores em questão.

Anteriormente, caracterizamos os atos administrativos como sendo a *exteriorização unilateral de vontade da Administração Pública que, emanada por seus agentes, obedecendo ao regime jurídico administrativo, no exercício da função administrativa ou a pretexto de exercê-la, tem como finalidade a consecução do interesse público*. Tivemos, ainda, a oportunidade de afirmar que os atos da Administração seriam os *atos praticados pela Administração Pública enquanto no exercício da função administrativa*.

Com base nos conceitos supracitados, comparando os atos administrativos com os atos da Administração, vemos que aqueles figuram como conceito mais restrito em relação a estes, marcados por elementos característicos especiais que fundamentam a sua distinção. Torna-se imperioso salientarmos a presença do regime jurídico de direito público nos atos administrativos, o que nos possibilita afirmar que a delimitação do conceito de tal espécie de atos está relacionada aos países que adotam o chamado regime jurídico administrativo – podendo, assim, diferenciá-los dos meros atos privados praticados pelo Poder Público.

Uma análise rasa dos dois conceitos aqui apontados pode levar ao pensamento de que tal distinção importe tão somente à esfera doutrinária, não sendo carregada de efeitos de ordem prática, o que constitui erro crasso. Os elementos característicos dos atos administrativos merecem especial atenção, vez que estão relacionados a todo um aparato de prerrogativas e limitações ínsitas ao Poder Público nas relações em que figura como parte, fazendo com que ele seja colocado em uma posição diferenciada, tendo em vista a primazia do interesse público – nesse sentido, podemos notar a marca característica que o regime jurídico administrativo imprime aos atos em questão.

Com base no exposto, observamos que os conceitos de atos administrativos e atos da Administração não se confundem, sendo ambos de caracterização importante dentro do Direito Administrativo. A Administração Pública, enquanto voltada à consecução de seu objetivo maior, qual seja, a satisfação do interesse público, pratica diversos atos, cabendo à doutrina estabelecer os respectivos conceitos a eles relacionados.

### 23.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*.

1026 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 479.

1027 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 271.



## CAPÍTULO 24 – ATOS ADMINISTRATIVOS: ESTRUTURA

*Gabriel de Oliveira Coelho Santana*

**Sumário:** 24.1. Conceito e divergências terminológicas. 24.2. Competência. 24.2.1. Delegação e avocação de competência. 24.2.2. Vícios de competência. 24.3. Forma. 24.3.1. Vícios de forma. 24.4. Finalidade. 24.4.1. Vícios de finalidade. 24.5. Motivo. 24.5.1. Motivo e motivação. 24.5.2. Teoria dos motivos determinantes. 24.6. Objeto. 24.7. Referências Bibliográficas.

### 24.1. CONCEITO E DIVERGÊNCIAS TERMINOLÓGICAS

A estrutura do ato administrativo caracteriza-se por ser composta por uma série de elementos, sendo estes os seguintes: a) competência (ou agente competente); b) forma; c) finalidade; d) motivo; e) objeto.

Segundo Ricardo Alexandre e João de Deus, a ausência ou irregularidade de elementos que compõem o ato administrativo podem caracterizar um vício sanável do ato ou, a depender da gravidade, na invalidação ou na declaração de inexistência deste<sup>1028</sup>, sendo que segundo os autores, através disso haveria certa divergência terminológica. Desse modo, os referidos juristas trazem a seguinte afirmação: “Daí por que alguns autores, em vez de chamá-los de elementos do ato administrativo, preferem utilizar as expressões ‘requisitos de validade do ato administrativo’ ou ‘pressupostos de existência e de validade do administrativo’”<sup>1029</sup>.

Sobre a divergência terminológica especificamente entre elementos e requisitos, José dos Santos Carvalho Filho<sup>1030</sup> coloca que aqueles se referem aos componentes que integram a estrutura do ato administrativo, enquanto estes dizem respeito à validade. Com base nisso, o autor afirma que “entre os cinco clássicos pressupostos de validade do ato administrativo, alguns se qualificam como elementos (v. g., a forma), ao passo que outros têm a natureza efetiva de requisitos de validade (v. g., a competência)”<sup>1031</sup>. Assim, alguns dos componentes do elenco em questão seriam elementos propriamente ditos, enquanto outros seriam requisitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, entende que o termo elementos é inadequado pelo fato de que alguns dos conceitos que são aglutinados nesta categoria não são intrínsecos ao ato administrativo, sendo que elemento seria algo que consiste em uma parte do todo, ou seja, é intrínseca, e não extrínseca à estrutura do ato e, por conta disso, ao tratar dos elementos tradicionalmente elencados pela doutrina, o autor afirma que “alguns

1028ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 613.

1029ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 613-614.

1030FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 167.

1031FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 167.

deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como “partes” do ato, pois lhe são exteriores”<sup>1032</sup>.

Com base na referida constatação, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1033</sup> divide o estudo da estrutura do ato administrativo nas seguintes categorias: a) elementos; b) pressupostos do ato administrativo. Estes, por sua vez, dividem-se em pressupostos de existência e de validade. Os elementos seriam as partes componentes do ato, ou seja, integram o ato em si, enquanto os pressupostos de existência criam o ato administrativo, isto é, sem estes “faltarão o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos”<sup>1034</sup>. Por fim, os pressupostos de validade, caso presentes, caracterizam o ato como válido e, caso ausentes, “não haverá ato administrativo válido”<sup>1035</sup>. Contudo, esta classificação é adotada por poucos autores.

Marçal Justen Filho, por sua vez, utiliza-se do termo aspectos para estudar a estrutura do ato administrativo, sendo que o autor faz uso destes para analisar as nulidades do ato, trazendo a seguinte lição: “Uma forma de sistematizar as nulidades reside em tomar em vista o aspecto do ato administrativo a que se vinculam, identificando se o vício é de competência, de forma, de conteúdo, de motivo ou de finalidade”<sup>1036</sup>. Observamos que o elenco de aspectos do ato administrativo apontado por Marçal coincide com os elementos usualmente trazidos pela doutrina.

Ocorre que a maioria dos autores, mesmo apontando as divergências terminológicas, tratam dos elementos, requisitos, pressupostos e aspectos do ato administrativo como sinônimos. Além disso, há consenso pela maior parte da doutrina de que o ato administrativo é composto pelos cinco elementos anteriormente listados. Desse modo, a seguir serão analisados os cinco elementos do ato administrativo que são observados pela maioria da doutrina.

## 24.2. COMPETÊNCIA

A competência caracteriza-se por ser, segundo Di Pietro, “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”<sup>1037</sup>. Salientamos que, conforme afirma Odete Medauar a competência decorre “explícita ou implicitamente da norma e é por ela delimitada”<sup>1038</sup>. Destacamos que há autores que, ao invés de utilizar o termo competência, preferem classificar o elemento em questão como sujeito ou agente competente, sendo que, segundo Ricardo Alexandre e João de Deus, o motivo desta escolha por esta corrente é que os que a defendem afirmam que “não é suficiente que o sujeito seja competente, sendo necessário também que ele seja capaz e que não haja óbices a sua atuação no caso concreto”<sup>1039</sup>. Assim, o requisito não estaria cumprido se o agente, mesmo sendo competente, “está afastado de suas funções por motivo de férias, licença, suspensão ou está impedido de atuar em razão de parentesco próximo”<sup>1040</sup>.

Salientamos que a competência possui uma série de aspectos que limitam o seu exercício, sendo que Odete Medauar<sup>1041</sup> elenca três limitações, quais sejam: a) a matéria, pois o ordenamento jurídico autoriza o agente competente a realizar alguns atos específicos, e não todo e qualquer ato administrativo; b) o local, pois o agente público não possui competência para realizar atos irrestritamente em todos os âmbitos da federação; c) o tempo, haja vista que o agente competente pode exercer os atos que o ordenamento jurídico lhe autoriza a realizar a partir da investidura legal no cargo até o momento que não mais estiver neste, havendo uma série de motivos para tanto, tais

1032MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 400.

1033MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 400-401.

1034 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 401.

1035MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 401.

1036FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 435-436.

1037PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 283.

1038MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 135.

1039ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 615-616.

1040ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 616.

1041MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 135.

como “exoneração, término do mandato, falecimento, aposentadoria, revogação da delegação etc”<sup>1042</sup>.

Observando a fonte que emanou norma jurídica que concede competência a um determinado sujeito, depreendemos que esta pode ser dividida em competência primária e secundária. No que diz respeito à primeira, tem-se que esta é, conforme Ricardo Alexandre e João de Deus, “estabelecida pela lei ou pela Constituição”<sup>1043</sup>, enquanto a segunda é determinada por um órgão de menor hierarquia, sendo “produto de um ato emanado de um órgão ou agente que possui competência primária”<sup>1044</sup>.

### 24.2.1. DELEGAÇÃO E AVOCAÇÃO DE COMPETÊNCIA

A delegação de competência e a avocação são modalidades de modificação deste elemento do ato administrativo, sendo ambas possíveis desde que não tenham sido atribuídas com exclusividade.

A delegação, segundo José dos Santos Carvalho Filho, configura-se como o fenômeno por meio do qual “pode a norma autorizar que um agente transfira a outro, normalmente de plano hierárquico inferior, funções que originariamente lhe são atribuídas”<sup>1045</sup>.

Tradicionalmente, a doutrina entende que a delegação é realizada a um sujeito hierarquicamente inferior em relação àquele que delega. Contudo, os autores mais recentes vêm entendendo atualmente que esta pode ser feita fora das relações hierárquicas, podendo, conforme exemplo trazido por Ricardo Alexandre e João de Deus, uma secretaria de saúde estadual delegar para órgão da secretaria de administração a competência para realizar uma determinada licitação, caso entenda que o órgão delegado seria mais eficiente nesta, considerando “problemas graves em procedimentos licitatórios anteriormente realizados, o grande vulto do novo contrato que deseja celebrar e a excelência do órgão delegatário nas realizações de licitações bem-sucedidas.”<sup>1046</sup>.

O art. 12, Lei 9.784/1999, dispõe sobre a possibilidade de se delegar parte da competência a outro órgão ou titular, mesmo quando não estiverem na linha hierárquica do delegante, bastando, para tanto, não haver vedação legal e que seja esta transferência conveniente.

Salientamos que a delegação, de acordo com lição de Ricardo Alexandre e João de Deus, não retira a competência do delegante, sendo este competente para realizar as funções delegadas com o sujeito delegado de forma cumulativa, embora afirmem também que o delegado “age em nome próprio e responde pelas decisões que tomar”<sup>1047</sup>.

Os arts. 13 e 14, Lei 9.784/1999, dispõem sobre uma série de regras sobre a delegação. No que tange ao primeiro dispositivo, tem-se a vedação da delegação nas seguintes hipóteses: a) para a edição de atos de caráter normativo; b) para a decisão de recursos administrativos; c) matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. Já o art. 14 prescreve que a delegação e a revogação desta devem ser publicadas no meio oficial.

No que tange à avocação, tem-se que esta ocorre através da transferência de competência de órgão hierarquicamente inferior para órgão superior, sendo que, em regra, segundo Medauar, “a autoridade situada em nível hierárquico superior chama a si a matéria que normalmente caberia ao escalão inferior tratar.”<sup>1048</sup>.

Destacamos que, conforme Ricardo Alexandre e João de Deus, a avocação e a revogação de delegação são dois fenômenos diferentes, vez que naquela a competência foi concedida pelo ordenamento jurídico ao órgão ou agente subordinado, sendo transferida temporariamente ao órgão ou autoridade avocante, enquanto nesta “a competência já era originariamente da autoridade ou órgão delegante, que entende por conveniente e oportuno revogar o ato de

1042MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 135.

1043 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 615.

1044ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 615.

1045FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 169.

1046ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 617.

1047ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 617-618.

1048MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 51.

delegação e voltar a exercer suas atribuições legais por mão própria.”<sup>1049</sup>.

O art. 15, Lei 9.784/1999, dispõe que a avocação deve ser excepcional, sendo necessário que ocorra de forma devidamente justificada, sendo ainda sempre temporária.

Conforme entendimento doutrinário, é vedado ao órgão superior avocar competência de seu subordinado quando esta for exclusiva deste, como vemos nos ensinamentos de Ricardo Alexandre e João de Deus, os quais trazem o seguinte exemplo: “não pode o Secretário de Segurança Pública, mesmo estando alguns degraus hierárquicos acima de todos os Delegados da Polícia Civil, avocar para si a competência para presidir determinado inquérito policial, pois tal competência é exclusiva dos titulares desses cargos”<sup>1050</sup>.

## 24.2.2. VÍCIOS DE COMPETÊNCIA

Segundo Marçal Justen Filho<sup>1051</sup>, a primeira modalidade de vício quanto à competência configura-se quando esta inexistente para a edição do ato administrativo ou ainda nos casos em que haja absoluta discrepância entre a competência do sujeito e o ato realizado, sendo que, em ambos os casos, “Não haverá ato administrativo”<sup>1052</sup>, ou seja, este será inexistente.

Um exemplo trazido pelo autor supramencionado a respeito da ausência de competência do sujeito que realiza o ato é o caso daquele que completa 70 anos (idade na qual opera-se a aposentadoria compulsória) e, mesmo assim, continua praticando atos administrativos<sup>1053</sup>. Esse tipo de ato, em tese, deveria ser tido como inexistente, embora Marçal aponte que “o princípio da segurança jurídica, a presunção de validade dos atos jurídicos e a responsabilização civil objetivada do Estado podem conduzir a solução distinta. Trata-se de questão similar à do ato administrativo putativo”<sup>1054</sup>. Este entendimento dá-se a fim de se tutelar o administrado que esteja de boa-fé e tenha agido com cautela quando este tenha sido levado, erroneamente, a acreditar que o agente era competente “em decorrência de eventos que apresentam todos os requisitos extrínsecos de um ato administrativo”<sup>1055</sup>.

Já um exemplo de absoluta discrepância entre a competência atribuída ao sujeito e o ato administrativo editado é, conforme Marçal<sup>1056</sup>, o caso de um determinado Prefeito que concede cidadania brasileira a um determinado sujeito, tratando-se de ato inexistente, vez que o Presidente da República é quem possui competência para este ato e, quando praticado pelo Prefeito, “não há qualquer aparência de juridicidade na conduta adotada”<sup>1057</sup>.

Outra hipótese na qual há vício quanto à competência ocorre quando, embora o sujeito seja agente público, realiza ato que não é pertinente às funções que lhe são atribuídas pelo ordenamento jurídico, sendo que, segundo Marçal, este tipo de defeito “poderá acarretar que um ato administrativo exista, mas sem ser válido”<sup>1058</sup>.

Devemos observar que, por vezes, é extremamente difícil diferenciar se se está diante de um caso de inexistência ou invalidade, principalmente no que tange ao fato de qualificar ou não o ato administrativo como caso de absoluta discrepância com a competência atribuída ao sujeito pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma que “Há casos em que a distinção entre inexistência e invalidade é evidente e inquestionável. Mas pode haver situações muito duvidosas”<sup>1059</sup>.

Tem-se ainda vício de competência em casos de excesso de poder, o qual se configura, segundo Ricardo

1049 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 620.

1050 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 621.

1051 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 436-437.

1052 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 436.

1053 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1054 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1055 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1056 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1057 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1058 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 437.

1059 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 438.

Alexandre e João de Deus, “quando o agente que pratica o ato excede os limites de sua competência, indo além das providências que poderia adotar no caso concreto”<sup>1060</sup>.

### 24.3. FORMA

Um conceito mais restritivo de forma define esta como a maneira pela qual a Administração Pública exterioriza o ato administrativo. Contudo, há ainda uma concepção ampla de forma, através da qual se engloba a definição anterior e ainda adiciona o procedimento para a formação do ato e a publicização deste.

Por conta do interesse público, a forma do ato administrativo possui especial importância, vez que, segundo Odete Medauar, há necessidade de este “ser conhecido pelos cidadãos, por outros órgãos da Administração e pelos órgãos de controle”<sup>1061</sup>. Assim, resta claro que a forma é elemento de extrema importância para que o ato administrativo seja de amplo conhecimento.

O art. 22, Lei 9.784/1999, determina a regra a ser seguida na realização dos atos administrativos em relação à forma, prescrevendo que, salvo disposição legal em sentido contrário, não há necessidade de adoção de forma determinada, havendo, tão somente, a exigência de ser o ato realizado por escrito, devendo constar no documento a data e o local em que foi realizado, bem como a assinatura da autoridade responsável. Assim, segundo Di Pietro, “o artigo 22 consagra praticamente, como regra, o informalismo do ato administrativo”<sup>1062</sup>. O §2º do dispositivo determina não ser obrigatório o reconhecimento de firma em regra, salvo quando houver dúvida sobre a autenticidade desta. Por fim, o §3º dispõe que a autenticação de documentos pode ser feita pelo próprio órgão administrativo.

Deve-se destacar que há autores que entendem de maneira diversa da que interpreta Di Pietro sobre o formalismo, sendo que alguns entendem haver no Direito Administrativo um formalismo moderado, isto é, não se exigem formas rígidas e amplas solenidades, embora haja certas exigências. Nesse sentido, tem-se o seguinte ensinamento de Ricardo Alexandre e João de Deus: “no Direito Público, a regra é o formalismo moderado. Não há necessidade de que o ato se revista de formas rígidas e solenes, mas que ao menos ele seja escrito”<sup>1063</sup>.

Há ainda autores que entendem que o princípio que guia as formas do ato administrativo é o da solenidade, o qual se justifica pelo fato de a lei trazer certas exigências aos atos administrativos em regra, tais como a forma escrita, bem como a necessidade destes serem publicados. Nesse sentido, tem-se Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o qual afirma que: “no Direito Administrativo vigora o princípio da solenidade das formas, exigindo-se do agente público a edição de atos escritos e o atendimento das formalidades legais”<sup>1064</sup>.

Entendemos que, embora haja certas formalidades a serem seguidas na edição de um determinado ato administrativo, o fato de o administrador ter ampla liberdade ao realizá-los, devendo seguir exigências mínimas no que tange ao formalismo, justifica a adoção da tese de que se trataria, na verdade, de um formalismo moderado. Inclusive, até mesmo autores que entendem que o princípio adotado é o da solenidade (ou formalismo) interpretam este com certa mitigação, como José dos Santos Carvalho Filho, o qual entende que as formalidades devem ser interpretadas com razoabilidade pelo intérprete, sendo que, por vezes, haverá vícios de forma que consistirão em meras irregularidades sanáveis<sup>1065</sup>. Nesse sentido, o autor traz a seguinte lição: “é preciso reconhecer que a análise da adequação da forma à lei exige carga de comedimento e razoabilidade por parte do intérprete. Em consequência, haverá hipóteses em que o vício de forma constitui, em última instância, mera irregularidade sanável”<sup>1066</sup>.

Insta salientar que, conforme demonstra Di Pietro<sup>1067</sup>, o ordenamento jurídico admite, como exceção à regra

1060ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 621.

1061MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 136.

1062PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 288.

1063ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 627.

1064OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p. 490.

1065FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 173.

1066FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 173.

1067PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 288.



da forma escrita, que o ato administrativo dê-se através de outras maneiras de exteriorização, afirmando a autora que “admitem-se ordens verbais, gestos, apitos, sinais luminosos; lembrem-se as hipóteses do superior dando ordens ao seu subordinado ou do policial dirigindo o trânsito. Há, ainda, casos excepcionais de cartazes e placas expressarem a vontade da Administração”.

### 24.3.1. VÍCIOS DE FORMA

No que diz respeito aos vícios de forma, tem-se que, em regra, é possível a convalidação dos atos administrativos viciados quanto aos aspectos formais, salvo nas hipóteses em que a formalidade que foi inobservada for considerada como essencial à validade do ato, conforme ensinam Ricardo Alexandre e João de Deus<sup>1068</sup>. Di Pietro, contudo, afirma ser extremamente difícil constatar se uma forma é essencial ou não essencial, pelo fato de “não existirem critérios seguros para distinguir umas e outras; às vezes, decorre da própria lei essa distinção”<sup>1069</sup>. Indica ainda a autora ser possível verificar se uma forma é essencial ou não apenas no caso concreto, sendo que tal atributo será caracterizado necessariamente nas hipóteses em que a formalidade for estabelecida como instrumento para a proteção de direitos individuais<sup>1070</sup>.

A motivação, isto é, a exposição dos motivos que levaram a Administração Pública àquele determinado ato administrativo, quando prevista pela lei como obrigatória, compõe a forma, sendo que a sua ausência, quando obrigatória, conforme afirmam Ricardo Alexandre e João de Deus, “implica vício de forma, e não vício de motivo”<sup>1071</sup>.

## 24.4. FINALIDADE

A finalidade consiste no resultado que a Administração Pública pretende atingir ao realizar o ato administrativo.

Este elemento do ato administrativo pode ser dividido em finalidade geral e específica. No que tange àquela, tem-se que seu conteúdo se caracteriza pelo atendimento ao interesse público de forma genericamente considerada. Já no que diz respeito à finalidade específica, tem-se que esta consiste no resultado que a norma jurídica define. Ricardo Alexandre e João de Deus trazem como exemplo de finalidade o caso da multa de trânsito, a qual possui por escopo específico “punir um infrator”, sendo que, com isso, haveria um desestímulo à prática desse tipo de ilícito e, por conseguinte, pode-se conceber a possibilidade de haver uma melhoria no trânsito em geral, atingindo-se com isso “a finalidade geral que é o bem comum (interesse público)”<sup>1072</sup>.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho<sup>1073</sup>, a finalidade está diretamente ligada à competência, uma vez que “a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade a ser perseguida pelo agente”, havendo, destarte, um vínculo indissociável entre ambos os elementos do ato administrativo.

Tendo em vista a inquestionável ligação entre a finalidade e o interesse público, tem-se que é vedado ao agente público agir objetivando beneficiar ou prejudicar pessoas específicas, pois, adotando tal comportamento, resta configurada uma busca por um fim particular, o que, por óbvio, vicia o ato administrativo.

### 24.4.1. VÍCIOS DE FINALIDADE

Quando o agente público realiza ato administrativo violando a finalidade, seja no seu aspecto geral (interesse público geral) ou específico (previsto em norma jurídica de forma explícita ou implícita), ocorre o chamado desvio de finalidade ou de poder. O art. 2º, parágrafo único, alínea e, Lei 4717/1965, traz o conceito de desvio de finalidade, relacionando, como já se apontou anteriormente, a finalidade com a previsão das regras de competência. Havendo desvio, tem-se, conforme Ricardo Alexandre e João de Deus, a configuração de vício insanável, o qual “não podendo

1068ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 628.

1069PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 289.

1070PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 289.

1071ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 628.

1072ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 624.

1073FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 180.

por isso ser convalidado”<sup>1074</sup>, sendo que, conforme Rafael Carvalho Rezende Oliveira, essa espécie de vício “acarreta a nulidade do ato administrativo”<sup>1075</sup>.

Ricardo Alexandre e João de Deus trazem as duas formas em que pode restar configurado o desvio de finalidade, quais sejam: a) a prática do ato não observa a finalidade prevista em lei; b) o ato, formalmente, é praticado observando sua finalidade, embora, na prática, busque-se atender interesse particular do agente público<sup>1076</sup>.

Di Pietro traz exemplo prático de desvio de finalidade, que pode se dar no caso da remoção *ex officio*<sup>1077</sup>, a qual pode ser utilizada, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, para atender a necessidade de serviço público, e, dessa forma, “não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição”. Outro exemplo dá-se, segundo José dos Santos Carvalho Filho, quando o Estado desapropria determinado bem imóvel com a finalidade de prejudicar inimigo do Chefe do Executivo<sup>1078</sup>.

Marçal Justen Filho afirma que uma das formas de se manifestar o desvio de finalidade é o desvio de procedimento, isto é, a Administração Pública utiliza-se de um procedimento para alcançar determinado fim quando, pelas determinações do ordenamento jurídico, deveria ter feito uso de outras vias procedimentais, as quais possuem mais garantias ao administrado<sup>1079</sup>. Um exemplo trazido pelo autor sobre esta forma de desvio de poder dá-se quando há uma determinada concessão e a Administração Pública pretende retomá-la por questões de conveniência, mas, ao invés de se utilizar do procedimento da encapação, o qual garante ao concessionário uma indenização prévia ao desapossamento de bens, opta por utilizar o procedimento da caducidade, pelo fato de que “a indenização prévia seria muito onerosa para os cofres públicos”<sup>1080</sup>. Observa-se que esta opção por parte da Administração Pública é indevida, vez que é prejudicial ao concessionário, além de não se tratar de hipótese de caducidade, pois “será impossível decretar a caducidade se não houver inadimplemento do concessionário”<sup>1081</sup>.

Sobre o *animus* do agente ao realizar o ato administrativo, parte da doutrina entende que este é irrelevante para se verificar se houve ou não desvio de finalidade, como, por exemplo, Ricardo Alexandre e João de Deus trazem o seguinte entendimento: “Se não houver concordância objetiva da finalidade do ato praticado com a finalidade prevista na lei, o ato conterá vício de finalidade”<sup>1082</sup>. Para exemplificar a questão, os autores trazem o caso da remoção com finalidade de punição (que é diversa da finalidade prevista em lei), sendo que, ainda que a autoridade entendesse estar adotando a medida correta, os objetivos previstos em lei não restariam verificados, vez que “a lei não prevê tal providência entre as espécies de sanção administrativa”<sup>1083</sup>, razão pela qual haveria vício.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o vício não decorre da intenção do sujeito, mas, em realidade, do “desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência”<sup>1084</sup>. Desse modo, percebemos que para o autor o desvio de finalidade depende de um elemento objetivo, sendo irrelevante o *animus* do agente.

Contudo, há autores como, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho, que entendem que o desvio somente ocorre quando o agente possuir intenção de violar a finalidade do ato administrativo, afirmando o seguinte: “O desvio pressupõe o *animus*, vale dizer, a intenção deliberada de ofender o objetivo de interesse público que lhe deve nortear o comportamento”<sup>1085</sup>.

1074ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 624.

1075OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico p. 489.

1076ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 625.

1077PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 290.

1078FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 180.

1079FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 448.

1080FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 448-449.

1081FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 449.

1082ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 625.

1083ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 625.

1084MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 416.

1085FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 181.

Entendemos que a primeira corrente é a correta, vez que, independentemente da intenção do agente público, pode restar configurada a violação à finalidade prevista em lei para um ato administrativo e, por conseguinte, um desvio de finalidade, o que acarreta a nulidade deste e a impossibilidade de sua convalidação.

## 24.5. MOTIVO

O motivo pode ser definido como a causa de fato ou de direito que dá fundamento ao ato administrativo, ou seja, é a justificativa para que este seja realizado. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não se pode confundir motivo e móvel, pois este consiste na “representação subjetiva, psicológica, interna do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção)”<sup>1086</sup>, enquanto aquele é uma “realidade objetiva e externa ao agente”<sup>1087</sup>. Assim, móvel é um elemento psíquico, enquanto motivo é algo que se manifesta na realidade.

A doutrina costuma a dividir os motivos em duas categorias: a) de fato; b) de direito. No que diz respeito à primeira, tem-se que esta consiste nos acontecimentos fáticos que consubstanciam a atuação da Administração Pública, ou seja, são, segundo Di Pietro, um “conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato”<sup>1088</sup>. Já no que tange à segunda, pode-se afirmar que esta se expressa no “dispositivo legal em que se baseia o ato”<sup>1089</sup>.

Para exemplificar a distinção entre estes dois tipos de motivo, Ricardo Alexandre e João de Deus trazem o caso da lei de trânsito que prevê a aplicação de multa quando for realizada ultrapassagem em local proibido, sendo esta o motivo de direito para a edição de ato administrativo; quando determinado sujeito realiza ultrapassagem em local proibido, há motivo de fato que justifica a aplicação da multa<sup>1090</sup>. Após este exemplo, os autores concluem que “a prática do ato administrativo depende da presença conjunta dos motivos de fato e de direito, pois para tanto são necessárias a abstrata previsão normativa e a ocorrência, no mundo real, de fato concreto que se subsuma a tal previsão”<sup>1091</sup>.

Contudo, há autores como, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho<sup>1092</sup>, que definem as modalidades de motivo supramencionadas de forma diversa, pois, para este autor, há motivo de fato quando o contexto fático que faz com que a Administração Pública pratique determinado ato administrativo não está previsto em norma jurídica, enquanto o motivo de direito ocorre quando o ordenamento prevê que determinado fato possui por consequência a necessária prática de um ato por parte da Administração.

Assim, José dos Santos Carvalho Filho traz a seguinte afirmação sobre motivo de direito: “Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração”<sup>1093</sup>. Em contrapartida, no que se refere ao motivo de fato, afirma que “o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos”<sup>1094</sup>.

As definições trazidas pelo autor supramencionado entrelaçam-se com outros dois conceitos ligados ao motivo do ato administrativo, que são a vinculação e a discricionariedade. No que diz respeito à primeira, observa-se que, quando a lei estabelecer que, estando presentes determinados requisitos, deve a Administração Pública editar certo ato administrativo, configura-se a vinculação, havendo, inclusive, conforme Di Pietro, direito por parte do

---

1086MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 407.

1087MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 407.

1088PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 290.

1089PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 290.

1090ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 630-631.

1091ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 631.

1092FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 174.

1093FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 174.

1094FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 174.

administrado de exigir que pratique o ato, isto é, “tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”<sup>1095</sup>. Já a discricionariedade, ocorre quando a lei deixa margem para a Administração Pública, presentes certas circunstâncias, decidir se vai editar ou não ato administrativo. Nesse sentido, Ricardo Alexandre e João de Deus ensinam que: “há espaço de decisão para a autoridade administrativa (possibilidade de análise de conveniência e oportunidade), a presença do motivo apenas autoriza a prática do ato”<sup>1096</sup>.

Di Pietro coloca três hipóteses em que se verifica a discricionariedade, quais sejam: a) “quando a lei expressamente a confere à Administração”<sup>1097</sup>, isto é, a própria lei dispõe ser do agente público a decisão de editar ou não o ato jurídico; b) quando há omissão da lei sobre o ato administrativo, “hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico”<sup>1098</sup>; c) quando a lei confere ao agente público determinada competência, sem que disponha as condutas decorrentes deste, como no exemplo do poder de polícia “em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde”<sup>1099</sup>.

Assim, para a corrente de autores como José dos Santos Carvalho Filho, o qual associa as definições de motivo de direito e de fato com vinculação e discricionariedade, quando a lei estabelecer que determinadas circunstâncias fáticas ensejarão a edição um ato administrativo, haverá motivo de direito e vinculação; já quando a lei não estipula tais condições de fato que determinam a prática de um ato administrativo, deixando a cargo da Administração Pública decidir se vai realizá-lo ou não, de acordo com os critérios da oportunidade e da conveniência, restam caracterizados o motivo de fato e a discricionariedade.

Deve-se destacar que, mesmo havendo a possibilidade de a Administração Pública vir a agir com discricionariedade, não lhe é atribuída total liberdade, vez que, segundo Di Pietro, há limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, “sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade”<sup>1100</sup>.

Ao contrário do que se verificou nas definições anteriores de motivo de fato e de direito, que devem ambos estarem presentes para o preenchimento do requisito do motivo, observa-se que, pela segunda posição doutrinária exposta, motivo de fato e de direito não estariam presentes de forma simultânea, vez que não há como a atuação da Administração Pública ser, ao mesmo tempo, discricionária e vinculada.

### 24.5.1. MOTIVO E MOTIVAÇÃO

O motivo consiste no porquê, ou seja, no fundamento da edição de um determinado ato administrativo. Já a motivação é a exposição dos motivos que levaram a realização de um determinado ato. Enquanto todo ato administrativo deve, necessariamente, ter um motivo para ser realizado, não é sempre obrigatória a presença de motivação, sendo que, caso exigida, estando esta ausente, haverá um vício de forma no ato administrativo, conforme já afirmamos quando discorreremos sobre os vícios de forma.

Contudo, existem vozes na doutrina que defendem que determinadas espécies de atos administrativos devem sempre ter motivação. Há uma primeira corrente que defende a necessidade de motivação em todo ato administrativo que seja vinculado, com a finalidade de se comprovar que foram respeitadas as prescrições legais relativas ao motivo do ato. Ao tratar desta corrente, Ricardo Alexandre e João de Deus afirmam que, para esta, nos atos vinculados, “a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos exigidos pela lei”<sup>1101</sup>. Há ainda uma corrente que defende que em todo ato administrativo discricionário deve haver motivação, pois, uma vez que há certa margem de liberdade para o administrador, a exposição dos motivos serve como uma forma de controlar

1095PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 291-292.

1096ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 630.

1097PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 293.

1098PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 293.

1099PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 293.

1100PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 292.

1101ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 632.

o ato administrativo. Ricardo Alexandre e João de Deus afirmam que, para esta corrente, sem a motivação dos atos discricionários, “não haveria como controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a emitir o ato”<sup>1102</sup>.

Há ainda uma corrente que defende que a motivação é um elemento que deve constar em todo ato administrativo, tendo esta linha como um de seus principais expoentes Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que: “a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são “donos” da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade”<sup>1103</sup>

Um dos fundamentos dessa corrente é o art. 93, X, CRFB, vez que este determina que as “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”. Contudo, a melhor interpretação deste dispositivo seria no sentido de que deve haver motivação quando for proferida decisão em processo administrativo no qual haja uma lide, conforme entende José dos Santos Carvalho Filho, que afirma que o dispositivo em comento pode ser interpretado no sentido de que “se trata de sinônimo de “atos administrativos”, como se pode interpretar no sentido de que se cuida de atos administrativos decisórios, proferidos em processos administrativos em que haja conflito de interesses. Esta última, aliás, parece ser a melhor interpretação”<sup>1104</sup>. Assim, não se pode exigir esta em todos os atos administrativos.

O art. 50, Lei 9.784/1999, dispõe que os atos administrativos devem ser motivados, havendo, contudo, previsão expressa de algumas hipóteses nas quais deverá haver ainda a motivação destes. Por meio do dispositivo em questão, percebe-se que a interpretação deste tende a ser no sentido de que a motivação é necessária apenas nas hipóteses em que for expressamente exigida em lei. Ao interpretar a lei em questão, José dos Santos Carvalho Filho afirma que “se os atos nela mencionados estiverem sem fundamentação, serão inválidos, mas o serão por indevida contrariedade à determinação legal; de outro lado, os que lá não constam não poderão ser tidos por inválidos pelo só fato da ausência da fundamentação expressa”<sup>1105</sup>.

Em sentido contrário, ao analisar o dispositivo, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a mera existência de um rol não é suficiente para se entender pela não obrigatoriedade de se motivar os atos administrativos, trazendo o autor a seguinte lição: “Cumpra não esquecer que são também muito temíveis os favoritismos em prol de apaniguados ou correligionários políticos. A restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 parece-nos inconstitucional”<sup>1106</sup>.

Diante das referidas divergências, entendemos que a necessidade de motivação apenas existe quando expressamente prevista em lei, pois não há previsão constitucional no sentido de sua obrigatoriedade, tampouco legislativa. Além disso, em termos de eficiência, impor a motivação a todos os atos administrativos mostra-se contraproducente, vez que tornaria mais morosa e, portanto, menos célere e eficiente, a atuação da Administração Pública.

## 24.5.2. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Segundo a teoria dos motivos determinantes, para que um determinado ato administrativo seja considerado válido, faz-se necessário que os seus motivos correspondam aos fatos que lhe deram ensejo.

Esta teoria possui especial aplicação no caso de atos discricionários, conforme afirma José dos Santos Carvalho Filho, haja vista a maior liberdade que a Administração Pública possui para a edição de atos administrativos desta modalidade<sup>1107</sup>.

Conforme ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira, mesmo que a lei não exija que determinado ato administrativo possua motivação, caso o agente público venha a realizá-la, esta passará a ser dependente da correspondência

1102 ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 632.

1103 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 410.

1104 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 176.

1105 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 176.

1106 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 412.

1107 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p. 178.

à realidade dos fatos, sob pena de restar configurada a invalidade do ato<sup>1108</sup>. O autor traz o seguinte exemplo para elucidar a questão: “a exoneração de agente ocupante de cargo em comissão, que inicialmente seria livre (ad nutum), vem acompanhada de motivação. Nesse caso, o ato de exoneração somente será considerado válido se as razões nele colocadas tiverem efetivamente ocorrido na prática”<sup>1109</sup>.

## 24.6. OBJETO

O objeto do ato administrativo consiste no efeito jurídico decorrente da edição deste, ou seja, tem-se que, por meio do ato, há uma modificação do mundo jurídico. Usualmente, a doutrina considera objeto e conteúdo dos atos administrativos como sinônimos.

Salientamos que, de acordo com Di Pietro<sup>1110</sup>, o mesmo regramento relativo ao objeto no direito privado aplica-se ao ato administrativo, isto é, os requisitos daquele aplicam-se neste, devendo este ser “lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos)”<sup>1111</sup>.

Havendo a violação de alguma das quatro exigências acima, tem-se vício de objeto, como se dá no exemplo trazido por Ricardo Alexandre e João de Deus, quando ocorre “a punição de um servidor com suspensão por prazo superior ao máximo estabelecido em lei”<sup>1112</sup>, hipótese na qual há a configuração de um objeto ilícito. Em regra, segundo Marçal Justen Filho, os vícios de objeto não geram a sua inexistência, sendo mais comum tratar-se de casos de invalidade. Contudo, poderá ser verificado vício no plano da existência “quando o conteúdo do ato configurar crime, extravasar os limites da função administrativa ou configurar ofensa aos direitos fundamentais”<sup>1113</sup>.

A doutrina classifica o objeto em natural e accidental. Em relação ao primeiro, verifica-se que este consiste no efeito jurídico relativo à própria natureza do ato administrativo, afirmando Di Pietro não ser necessário que se faça “expressa menção”<sup>1114</sup> a ele. Já no que diz respeito ao objeto accidental, tem-se que este se relaciona com cláusulas acessórias do ato administrativo, as quais geram “alguma alteração no objeto natural”, sendo abarcados nesta categoria o termo, o encargo (ou modo) e a condição<sup>1115</sup>.

O conceito de termo pode ser definido como a data na qual se inicia ou finaliza a eficácia de um determinado ato administrativo.

Encargo (ou modo) consiste em um ônus que é imposto ao destinatário do ato administrativo. Um exemplo deste objeto accidental é trazido por Ricardo Alexandre e João de Deus, que trazem a situação de haver “exigência, ao autorizado a usar um box num mercado público, de que realize a pintura anual de sua unidade”<sup>1116</sup>.

A condição consiste em um evento futuro e incerto, podendo ser suspensiva, quando o seu implemento é necessário para que o ato comece a produzir efeitos, ou resolutiva, quando o advento da condição cessa a eficácia do ato administrativo. Assim, Ricardo Alexandre e João de Deus trazem caso que, se for estabelecida “condição de que um taxista conclua, com aproveitamento, um curso de inglês para que comece a trabalhar no Aeroporto”<sup>1117</sup>, no qual há uma condição suspensiva. Verifica-se condição resolutiva no caso de haver “condição de o taxista operar

1108OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p. 495.

1109OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p. 495.

1110PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 287.

1111PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 287.

1112ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 638.

1113FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 442.

1114PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 287.

1115PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico. p. 287.

1116ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 638.

1117ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 638.

com o lacre do taxímetro alterado se a lei municipal que regulamenta o serviço estipular como consequência de tal hipótese a cassação da autorização”<sup>1118</sup>.

Destacamos ainda que a classificação de discricionariedade e vinculação também se aplica ao objeto, assim como se verificou em relação aos motivos.

Quando a lei não define de forma exaustiva o conteúdo do ato administrativo, tem-se um objeto indeterminado e, por conseguinte, há discricionariedade na atuação da Administração Pública. Como exemplo de objeto indeterminado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que este ocorre “na autorização para uso privativo de bem público, a legislação confere discricionariedade ao administrador para delimitar o conteúdo do ato, decidindo sobre a extensão da área a ser ocupada, o prazo, as contrapartidas etc.”<sup>1119</sup>.

Já nas hipóteses em que a lei delimita exaustivamente o conteúdo do ato administrativo, tem-se que o objeto deste é determinado e, conseqüentemente, há vinculação da autoridade administrativa, que não pode buscar a produção de efeitos jurídicos diversos dos previstos em lei. Rafael Carvalho Rezende Oliveira traz exemplo desta espécie de objeto, o qual se dá se na “licença para dirigir veículo automotor em todo o território nacional, sendo vedado ao administrador limitar o conteúdo do ato”<sup>1120</sup>.

## 24.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico.

---

1118ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico. p. 638.

1119OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p. 496.

1120OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p. 496-497.

## CAPÍTULO 25 – ATOS ADMINISTRATIVOS: ATRIBUTOS

*Helora Nívea Correa de Jesus*

**SUMÁRIO:** 25.1. Presunção de Legitimidade. 25.2. Autoexecutoriedade. 25.3. Tipicidade. 25.4. Imperatividade. 25.5. Referências bibliográficas.

A Administração Pública, por praticar atividades voltadas ao interesse da coletividade, dispõe de prerrogativas das quais os particulares não desfrutam usualmente<sup>1121</sup>. Dentre tais prerrogativas, encontram-se os atributos ou, como prefere parcela da doutrina, as características dos atos administrativos, as quais constituem qualidades inexistentes nos atos de Direito Privado.

Conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho<sup>1122</sup>, basta que o ato seja emanado de agente dotado de parcela do Poder Público para que se revista dessas características e se distinga dos atos privados.

De acordo com a melhor doutrina, são atributos do ato administrativo a presunção de legitimidade, a autoexecutoriedade, a tipicidade e a imperatividade, os quais podem ser facilmente memorizados pela regra mnemônica “PATI”.

### 25.1. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.

Também chamada de presunção de legalidade ou regularidade, impõe que os atos administrativos são presumidamente verdadeiros e estão de acordo com o Direito, até que se prove o contrário<sup>1123</sup>. Assim, trata-se de presunção relativa, *juris tantum*.

Este atributo autoriza a execução imediata do ato, ainda que esteja eivado de vício ou defeito aparente, sendo possível a sustação de seus efeitos ou de sua execução pelo administrado mediante o acionamento do Poder Judiciário com ações cautelares, liminares em mandado de segurança etc.

Por outro lado, como corolário do atributo em tela, os recursos administrativos não gozarão de efeito suspensivo, salvo se a lei expressamente dispuser em contrário<sup>1124</sup>.

Ademais, também decorrem desta característica outros dois efeitos: a) o ônus da prova sobre o vício do ato é de quem o alega; b) impossibilidade de o Judiciário apreciar *ex officio* a validade do ato administrativo<sup>1125</sup>.

Importante registrar que parcela da doutrina desdobra a presunção de legitimidade em duas espécies:

1121 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 425-426.

1122 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 227.

1123 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 427.

1124 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 569.

1125 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, p. 461.



1) Presunção de Legitimidade: refere-se à ideia de que o ato foi corretamente aplicado, estando em conformidade com a lei;

2) Presunção de Veracidade: refere-se à ideia de que os fatos alegados pela administração efetivamente ocorreram no mundo dos fatos, vez que quem os declara é dotado de fé pública.

Alguns autores ainda apontam os fundamentos que justificariam essa presunção de legalidade, tais como o controle interno e externo do ato administrativo, as formalidades legalmente impostas a serem observadas quando da expedição do ato, a sujeição do ato ao princípio da legalidade, a necessidade de assegurar a celeridade nas atividades da Administração Pública e o fato de serem os atos administrativos uma forma de expressão da soberania do Estado<sup>1126</sup>.

Imperioso apontar que o art. 116, inciso VI, da Lei 8.112/90, mitiga o presente atributo ao permitir que servidor público deixe de seguir ordens superiores quando manifestamente ilegais.

## 25.2. AUTOEXECUTORIEDADE.

Este atributo permite que a Administração Pública execute seus atos sem a necessidade de prévia autorização judicial e “tem como fundamento a necessidade de salvaguardar com rapidez e eficiência o interesse Público”<sup>1127</sup>.

Como aponta a ilustre Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autoexecutoriedade não está presente em todos os atos administrativos, mas apenas em duas situações:

- a) em caso de expressa previsão legal;
- b) quando se tratar de medida urgente, neste caso, empregada a fim de evitar lesão maior ao interesse público.

Alguns autores preferem desdobrar este atributo em duas espécies, a exigibilidade e a executoriedade.

A primeira corresponde ao que os franceses chamam de *privilège du préalable*, que impele a obediência do ato imposto ao administrado mediante a utilização de meios indiretos de coerção, sempre sem autorização prévia do Judiciário.

Já a segunda espécie, equivalente do *privilège d'action d'office* francês, permite a administração impor aos particulares meios diretos de coerção, satisfazendo de forma imediata sua pretensão sem a necessidade de ordem ou autorização judicial<sup>1128</sup>, inclusive, mediante o uso da força.

No que tange à exigibilidade, temos como exemplo a imposição de multas ou outras penalidades administrativas aplicáveis em caso de descumprimento do ato. Já quanto à executoriedade, podemos citar o guinchamento de carro estacionado em local proibido, apreensão de mercadoria contrabandeada, destruição de alimentos ou de produtos impróprios para consumo, interdição de restaurante pela inobservância das normas sanitárias etc.

Cumprir destacar que nem todos os atos exigíveis são executáveis. Para esclarecer, temos o exemplo da cobrança de multa administrativa cuja imposição prescinde de manifestação prévia do judiciário, porém, caso o particular se negue a pagá-la, a execução da quantia correspondente só poderá ser realizada judicialmente<sup>1129</sup>.

Na Visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, a exigibilidade e a executoriedade são atributos autônomos<sup>1130</sup>.

Impende ressaltar que a prescindibilidade de autorização judicial prévia, que caracteriza a autoexecutoriedade, não significa impossibilidade de controle externo do ato pelo Poder Judiciário. Este sempre poderá ser acionado pelo administrado, inclusive preventivamente, de forma a se obter a declaração de nulidade de ato administrativo eivado de vício.

1126 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 288.

1127 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 229.

1128 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, p. 465.

1129 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 573.

1130 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 427.

### 25.3. TIPICIDADE.

Diretamente ligado ao princípio da legalidade, a tipicidade é, nas lições de Di Pietro, “atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados efeitos”<sup>1131</sup>.

A ilustre autora esclarece ainda que este atributo só se manifesta sobre os atos unilaterais da administração. Isso porque nos contratos a vontade da administração depende de anuência do particular, não podendo ser imposta de forma imperativa.

Trata-se de uma proteção aos administrados, posto que a tipicidade impede que a administração pratique atos arbitrários e inominados, pois mesmo os atos unilaterais, coercitivos e que comportam uma margem de discricionariedade possuem seus limites previamente delineados em lei.

### 25.4. IMPERATIVIDADE.

Trata-se de atributo que permite a administração a imposição de obrigações aos particulares, prescindindo da anuência destes.

Decorre do chamado poder extroverso do Estado, o qual “permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”<sup>1132</sup>.

É uma das características que distingue o ato administrativo do ato privado, vez que este último não pode criar qualquer obrigação a terceiros sem sua prévia concordância<sup>1133</sup>.

A imperatividade só está presente em atos que implicam em obrigações para o administrado. Dessa forma, não se expressa nos atos enunciativos ou que conferem direitos aos administrados.

### 25.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

1131 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, p. 465.

1132 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 427.

1133 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, p. 463.



## CAPÍTULO 26 – ATOS ADMINISTRATIVOS: ESPÉCIES

*Indiara Manzoli Fonseca*

**SUMÁRIO:** 26.1. Atos normativos. 26.1.1. Decretos. 26.1.2. Regulamentos. 26.1.3. Instruções normativas. 26.1.4. Regimentos. 26.1.5. Resoluções. 26.1.6. Deliberações. 26.2. Atos ordinatórios. 26.2.1. Instruções, circulares, avisos, portarias, ordens de serviço e provimentos. 26.2.2. Ofícios. 26.2.3. Despachos. 26.3. Atos negociais. 26.3.1. Licença, autorização e permissão. 26.3.2. Admissão. 26.3.3. Aprovação, homologação e visto. 26.3.4. Dispensa e renúncia. 26.3.5. Protocolo administrativo. 26.4. Atos enunciativos. 26.4.1. Certidões. 26.4.2. Atestados. 26.4.3. Pareceres. 26.4.4. Apostilas. 26.5. Atos punitivos. 26.5.1. Multa. 26.5.2. Interdição de atividade. 26.5.3. Apreensão ou destruição de coisas. 26.6. Referências bibliográficas.

“O desempenho de atividades pelo Estado gera produção de atos e fatos jurídicos”.<sup>1134</sup> Nessa linha, os atos administrativos são atos jurídicos praticados no decorrer do exercício da função administrativa, representando, assim, a vontade estatal.

Conforme expõe o doutrinador Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos são uma “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 obrigações aos administrados”.<sup>1135</sup>

Não obstante a aparente autonomia de tais atos, salienta-se que os atos administrativos, pelo sistema da jurisdição una, adotado no Brasil e contemplado pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>1136</sup>, estão sujeitos à regulação e controle pelo Poder Judiciário, ressalvando, assim, o reexame de matéria decidida administrativamente, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Cumprе ressaltar, ainda, que as espécies de atos administrativos podem ser classificadas conforme a doutrina dos professores Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho, que os divide em função de seu conteúdo (admissão; concessão; permissão; autorização; aprovação; licença; homologação; parecer) ou como forma de manifestação de outros atos (decretos; portarias; alvarás; instruções; avisos; circulares; ordens de serviços; resoluções; pareceres; ofícios). Contudo, a doutrina majoritária posiciona-se na segmentação dos atos administrativos em cinco espécies, que serão explorados subseqüentemente, a saber: atos normativos; ordinatórios; negociais; enunciativos; punitivos.

### 26.1. ATOS NORMATIVOS.

Os atos normativos são regras gerais e abstratas que contém um comando geral do Poder Executivo, com o escopo de esclarecer e instruir o conteúdo de uma lei. São leis essencialmente materiais, porém nunca formais, no

1134 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85.

1135 MEIRELLES, Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 173.

1136 CRFB. “Art. 5º: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

sentido de que devem observar os limites estabelecidos na lei formal. Não é permitido, portanto, que haja inovação no ordenamento jurídico por meio de atos normativos, sendo esta incumbência de lei, nos moldes do art. 5, II, CRFB.<sup>1137</sup>

À vista disso, os atos normativos têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial, todavia, analisando-os sob a perspectiva de norma, individualizam situações e impõe ônus específicos a administrados, são considerados de efeito concreto e, caso violem direito líquido e certo, podem ser obstados por via judicial comum ou mandado de segurança.<sup>1138</sup>

São tradicionalmente separados em: decretos; regulamentos; instruções normativas; regimentos; resoluções; deliberações.

### 26.1.1.1. DECRETOS

O decreto é o ato de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, seja municipal, distrital, estadual ou federal, destinado a prover situações gerais ou individuais, limitando-se à prescrição do art. 84 da Constituição Federal. Logo, conforme elucidado pela doutrinadora Miriam Vasconcelos Fiaux Horvath, são utilizados pelo Chefe do Executivo para regulamentar lei ou organizar a Administração Pública.<sup>1139</sup>

Admite-se duas modalidades: a) decreto independente ou autônomo e b) decreto regulamentar ou de execução.

O decreto independente, conforme elucidada Hely Lopes:

[...] dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei. A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas.<sup>1140</sup>

Importante acautelar-se, entretanto, que os decretos autônomos apenas suprem as lacunas não preenchidas pela lei no momento de sua expedição e nos limites da competência do Chefe do Executivo. Com o advento da lei, o decreto resta superado.

Por outro lado, o decreto regulamentar busca aclarar a lei e facilitar-lhe a execução, instruindo de forma inconfundível sua aplicação. É o tipo de decreto que aprova, em texto à parte, o regulamento a que se refere.

### 26.1.2. REGULAMENTOS

Os regulamentos são, diante do exposto, atos administrativos colocados em vigor através de decreto, especificando os mandamentos da lei ou provendo situações não disciplinadas por ela. Assim sendo, o regulamento que não estiver de acordo com a lei, deve ser revogado.

Não obstante, sabe-se que existem leis autoexecutáveis e aquelas que precisam de regulamentação, sendo que todas podem ser regulamentadas, com a diferença de que nas primeiras o regulamento é facultativo, enquanto que nas outras é condição de sua aplicação.<sup>1141</sup> Logo, embora o regulamento não possa modificar a lei, por subordinar-se a ela, deve torna-la cognoscível.

### 26.1.3. INSTRUÇÕES NORMATIVAS

Segundo Hely Lopes, as instruções normativas ou regulamentares são “atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado para a execução das leis, decretos e regulamentos (CF, art. 87, parágrafo único, II), mas são

1137 CRFB. “Art. 5º: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

1138 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 204.

1139 HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Direito administrativo*. São Paulo: Manole, 2011, p. 52.

1140 APUD, Carlos Medeiros Silva, “O poder regulamentar e sua extensão”, RDA 2011; A. Gonçalves de Oliveira, “Poder regulamentar”, RDA 421470; Carlos S. de Barros Jr., “Fontes do Direito Administrativo”, RDA 28/1; Diógenes Gasparini, Poder Regulamentar, São Paulo, 1978, pp. 146 e ss.; Luciano Ferreira Leite, O Regulamento no Direito Brasileiro, Ed. RT, 1986. Serve de exemplo o Dec. 7.053, de 23.12.2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento.

1141 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 205.

também utilizadas por outros órgãos superiores para o mesmo fim.”<sup>1142</sup>

São, portanto, atos normativos que orientam os agentes públicos na execução das normas vigentes sem, contudo, inovar.<sup>1143</sup>

#### 26.1.4. REGIMENTOS

Os regimentos são atos unilaterais que tem por encargo a disciplina do funcionamento de órgãos colegiados, sendo editados e publicados pelo presidente ou dirigente do órgão cuja estrutura organizacional regulam.

Rezende Oliveira faz a importante ressalva de que os regimentos se assemelham, mas não se confundem com os decretos regulamentares. Segundo o jurista são três as diferenças entre os institutos, quais sejam: a) o agente competente, sendo o decreto regulamentar de competência privativa do chefe de Executivo, enquanto o regimento é editado por autoridade do órgão colegiado; o fundamento, já que o regimento fundamenta-se no poder disciplinar e o decreto regulamentar no poder de polícia; os efeitos, externos para o decreto e internos para o regimento.<sup>1144</sup>

#### 26.1.5. RESOLUÇÕES

São atos administrativos produzidos pelos Ministros e Secretários de Estado. Já no âmbito das agências reguladoras, é comum que os órgãos colegiados superiores editem resoluções como instrumento para o exercício de suas competências.<sup>1145</sup>

As resoluções são típicos atos administrativos, isto é, pressupõe a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas e têm por função complementar disposições contidas em decretos regulamentares e regimentos.

É importante destacar, ainda, que a resolução como ato administrativo normativo, difere da resolução prevista no texto constitucional. Carvalho Filho elucida tal ressalva dizendo que as resoluções contidas na CFBR são “atos autônomos e de natureza primária, não se configurando como atos administrativos propriamente ditos.”<sup>1146</sup>

#### 26.1.6. DELIBERAÇÕES

São decisões advindas de órgãos colegiados. Quando em caráter normativo genérico, formaliza-se por meio de resolução baixada pelo presidente do órgão. Quando dotada de alcance individualizado, expressa decisão do órgão sobre caso concreto específico.<sup>1147</sup>

### 26.2. ATOS ORDINATÓRIOS.

São manifestações internas expedidas pela autoridade administrativa de hierarquia superior para seus subordinados. Os atos ordinatórios não vinculam os particulares e são destinados à disciplina e funcionamento interno dos órgãos e de seus agentes públicos<sup>1148</sup>, que estão obrigados a cumprir as orientações, sob pena de ilícito funcional. Ademais, não podem contraditar qualquer determinação de ato normativo e são decorrentes do poder hierárquico.

#### 26.2.1. INSTRUÇÕES, CIRCULARES, AVISOS, PORTARIAS, ORDENS DE SERVIÇO E PROVIMENTOS

Estes atos estão ligados à organização interna dos órgãos públicos e, apesar de serem atos administrativos

1142 Ibid., p. 204.

1143 BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192.

1144 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 512.

1145 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 419.

1146 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 117.

1147 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 137.

1148 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro eletrônico, p. 346.

ordinatórios, as tentativas empreendidas, pela doutrina, de diferenciá-los, são, por vezes, falhas, haja vista que na prática administrativa atual importa, apenas, verificar os pressupostos de validade do ato.<sup>1149</sup> Nesta linha, procura-se aqui, distinguir tais atos de maneira sucinta.

Instrução é a norma geral escrita de orientação interna das repartições a respeito do modo e forma de execução de determinado serviço, expedida pelo superior hierárquico aos subordinados.

Pelas Circulares, as ordens uniformes, de caráter concreto e geral, são transmitidas aos funcionários encarregados de determinada atividade. São ordens que detêm menor generalidade que as instruções, por serem encaminhadas a um grupo selecionado de servidores ou unidade administrativa.

Os Avisos são atos administrativos editados por Ministros de Estados acerca de assuntos que se referem aos próprios Ministérios.<sup>1150</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os Avisos eram comumente utilizados ao tempo do Império, contudo, hodiernamente, restringem-se frequentemente aos ministérios militares, ordenando serviços.<sup>1151</sup>

Portaria é utilizada por autoridades de nível inferior ao Chefe do Executivo para expedir determinações gerais ou especiais, designar servidores para funções ou cargos secundários, instalar comissão de inquérito, transmitir orientações ao pessoal interno, etc., sendo um ato formal de conteúdo amplo e fluido.<sup>1152</sup> Segundo Hely Lopes, as Portarias também iniciam sindicâncias e processos administrativos, assemelhando-se, nestes casos, à função da denúncia no processo penal.<sup>1153</sup>

Ordens de serviço, por óbvio, são comandos emanados por superior hierárquico determinando a realização de uma atividade e disciplinando a forma de condução desta, normalmente destinadas aos responsáveis por obras ou serviços públicos. Consoante a doutrina de Odete Medauar, não se deve confundir a ordem de serviço com a ordem de execução de serviço, pois esta trata-se de instrumento de formalização contratual, amparado pelo art. 62 da Lei nº 8.666/93, por meio da qual realiza-se ajustes não decorrentes de concorrência e tomada de preços.<sup>1154</sup>

## 26.2.2. OFÍCIOS

O Ofício é a forma de comunicação oficial e escrita entre órgãos públicos, entidades e autoridades administrativas, utilizados intensamente no cotidiano administrativo. Podem conter de imposições a meras informações, recomendações ou solicitações, etc.<sup>1155</sup>

## 26.2.3. DESPACHOS

O termo “despacho”, como se sabe, advém do Direito Processual, sendo forma de manifestação jurisdicional sem caráter decisório, previsto no art. 203, §3º do Código de Processo Civil.<sup>1156</sup> Todavia, na via administrativa, o termo é utilizado de forma mais ampla, podendo referir-se a decisões finais ou interlocutórias em matérias que sejam submetidas à apreciação da autoridade administrativa.

De acordo com Hely Lopes, existem, ainda, os despachos normativos, que são os que, embora proferidos em caráter individual, a autoridade administrativa determina que sejam aplicados aos casos idênticos, passando a vigorar como norma interna da Administração.<sup>1157</sup>

1149 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 118.

1150 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 513.

1151 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 453.

1152 HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Direito administrativo*. São Paulo: Manole, 2011, p. 53.

1153 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 209.

1154 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 138.

1155 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 118.

1156 *Ibid.*, p. 120.

1157 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 210.

## 26.3. ATOS NEGOCIAIS.

Segundo a definição de Elias Rosa:

Negociais são os atos que exprimem manifestação de vontade bilateral e concordante: Administração e particular sugerindo a realização de um negócio jurídico. São editados a partir da manifestação de vontade do particular e a edição não depende, portanto, da imperatividade.<sup>1158</sup>

Percebe-se, assim, que nos atos administrativos negociais a vontade da Administração Pública coincide com a vontade do particular, visando a realização de negócios jurídicos públicos ou, ainda, a outorga de certas faculdades ao interessado no ato,<sup>1159</sup> bem como são utilizados para viabilizar o exercício de determinada atividade e a utilização de bens públicos. Geralmente são formalizados por alvará.<sup>1160</sup>

É pertinente ressaltar que não se pode confundir os atos administrativos com os contratos administrativos, pois, conforme explica Baltar Neto e Torres, “nestes há manifestação bilateral de vontade das partes, enquanto naqueles a Administração manifesta unilateralmente sua concordância ou o seu consentimento à pretensão do administrado.”<sup>1161</sup>

### 26.3.1. LICENÇA, AUTORIZAÇÃO E PERMISSÃO

Segundo Carvalho Filho, a licença, a autorização e a permissão podem ser enquadradas, por suas peculiaridades, em “atos de consentimento estatal”. De acordo com o autor, são três os aspectos que aproximam tais atos: a) é necessária a anuência do Poder Público para que o particular desempenhe a atividade; b) não podem ser conferidos *ex officio*, pois dependem de requerimento do interessado; c) são imprescindíveis para legitimar a atividade a ser executada pelo requerente.<sup>1162</sup>

A licença é o ato administrativo vinculado, declaratório e de consentimento estatal que reconhece o direito de particulares e legitima o exercício de determinada atividade mediante preenchimento de critérios objetivos. São exemplos de atividades que necessitam de licença: a construção, o exercício de profissão regulamentada em lei, a condução de veículos, etc.

A autorização é o ato discricionário, precário, revogável e constitutivo, necessário para tornar possível ao interessado a utilização de determinados bens particulares ou públicos ou o exercício de determinada atividade. Pode ser recusada e a qualquer tempo invalidada. São exemplos: a autorização para porte de arma, para fechamento de rua, etc.

Segundo Rezende Oliveira, a permissão se assemelha em muito à autorização e a doutrina procura diferenciá-las a partir do interesse a ser atendido, assim:

Na permissão, o interesse público e o interesse privado do permissionário são satisfeitos com igual intensidade (ex.: permissão para instalação de banheiros químicos nas vias públicas). Na autorização, por sua vez, o interesse do autoritário é atendido de forma preponderante e o interesse público apenas remotamente (ex.: autorização para fechamento de rua para realização de festa junina).<sup>1163</sup>

Ressalta-se que o mencionado autor entende que tal distinção acaba por não provocar efeito prático ou jurídico relevante, haja vista que independentemente da nomenclatura usada, o ato é discricionário e precário.<sup>1164</sup>

Hely Lopes diferencia a permissão da autorização da mesma forma e, ainda, acrescenta que não se pode

1158 ROSA, Marcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

1159 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 211.

1160 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 514.

1161 BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 193.

1162 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 120.

1163 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 516.

1164 *Ibid.*, p. 516.



confundir os dois institutos com o instituto da concessão:

[...] a concessão é contrato administrativo bilateral; a autorização é ato administrativo unilateral. Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.<sup>1165</sup>

### 26.3.2. ADMISSÃO

A admissão é o ato por meio do qual a Administração confere o direito ao particular de usufruir de determinado serviço público, é o que ocorre nas hipóteses de admissão em universidades públicas, por exemplo.

É sempre vinculado e outorga uma situação jurídica para que o sujeito usufrua de certa vantagem conferida pelo Poder Público, ou seja, agracia certo status a quem apresente as condições previstas em lei.<sup>1166</sup>

### 26.3.3. APROVAÇÃO, HOMOLOGAÇÃO E VISTO

No presente tópico, agrupamos os três institutos (aprovação, homologação e visto), conforme a classificação oferecida por Carvalho Filho, pois nenhum destes atos existe isoladamente, do contrário, exigem sempre a existência prévia de outro ato administrativo, ademais, o ilustre jurista os nomeia de “atos de confirmação”, pois é imprescindível a legítima manifestação volitiva confirmatória para que o ato anterior tenha validade e eficácia.<sup>1167</sup>

A aprovação consiste na declaração discricionária, prévia ou posterior, de conformidade do Poder Público com certas situações, fatos ou atos, a fim de assegurar sua eficácia.

A homologação é ato administrativo de controle, por meio do qual é verificada a legalidade e conveniência de ato anterior, sendo assim, o ato dependente é inoperante e ineficaz enquanto não receber a homologação.<sup>1168</sup> De acordo com Bandeira de Mello, a homologação diferencia-se da aprovação *a posteriori*, pois “a aprovação envolve apreciação discricionária ao passo que a homologação é plenamente vinculada.”<sup>1169</sup>

Visto é o ato administrativo que confere legitimidade formal a outro ato, ou seja, para que se aponha o visto, não há a necessidade de verificar o mérito (conteúdo) do ato, e sim os aspectos objetivos deste. Conforme esclarece o doutrinador Carvalho Filho:

O visto é ato que se limita à verificação da legitimidade formal de outro ato. Mas pode também ser apenas ato de ciência em relação a outro. Seja como for, o visto é condição de eficácia do ato que o exige. Exemplo: um ato de A dirigido a C tem que ser encaminhado com o visto de B.<sup>1170</sup>

### 26.3.4. DISPENSA E RENÚNCIA

O agrupamento destes dois institutos em um único tópico é, apenas, didático, pois não se confundem. Todavia, ambos são atos administrativos que liberam o administrado de certa obrigação.

Em regra, a dispensa é ato administrativo discricionário, por meio do qual a Administração isenta o particular do cumprimento de obrigação até então exigida por lei, *v.g.*, a prestação de serviço militar.<sup>1171</sup>

Já na renúncia, o Poder Público extingue, unilateralmente, um crédito ou direito próprio, liberando o administrado definitivamente, perante a Administração, ou seja, a renúncia tem caráter abdicativo, não admitindo condição

1165 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 214.

1166 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro eletrônico, p. 247.

1167 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 123.

1168 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215.

1169 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 448.

1170 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 123.

1171 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 216.

e sendo irreversível quando consumada.<sup>1172</sup>

### 26.3.5. PROTOCOLO ADMINISTRATIVO

Conforme perfeita elucidação do ilustre jurista Hely Lopes, o protocolo administrativo é:

[...] o ato negocial pelo qual o Poder Público acerta com o particular a realização de determinado empreendimento ou atividade ou a abstenção de certa conduta, no interesse recíproco da Administração e do administrado signatário do instrumento protocolar.<sup>1173</sup>

Sendo assim, o protocolo administrativo é a manifestação, em conjunto com o particular, que versa sobre a abstenção de determinada conduta ou a realização de atividade em favor do interesse de ambos os envolvidos, simultaneamente.<sup>1174</sup>

## 26.4. ATOS ENUNCIATIVOS.

“Enunciativos são os atos que apenas atestam, certificam ou declaram uma situação de interesse do particular ou da própria Administração [...]”.<sup>1175</sup>

Tais atos, como se imagina, não contém uma norma de atuação, não ordenam a atividade administrativa interna, nem estabelecem relação negocial entre o Poder Público e o particular, como os atos que foram examinados previamente. Contudo, segundo Hely Lopes, os atos administrativos enunciativos exprimem uma situação existente, sem qualquer manifestação volitiva da Administração,<sup>1176</sup> por este motivo, são atos apenas no sentido formal.

### 26.4.1. CERTIDÕES

As certidões, nas brilhantes transcrições Baltar Neto e Torres são:

[...] cópias dotadas de fé pública de registro de alguma informação de que disponha a Administração em seus arquivos, expedidas em razão de solicitação do requerente. Podem ser de inteiro teor, quando reproduzem todo o conteúdo ou resumidas, quando apenas as informações mais relevantes são reproduzidas. Ex.: certidão de regularidade perante a fazenda pública federal, perante o INSS ou com as obrigações referentes ao FGTS.<sup>1177</sup>

Nesta linha, são atos administrativos que declaram a existência de atos ou fatos administrativos, retratando-os com fidelidade, sem inovar, criar ou extinguir qualquer assunto.<sup>1178</sup>

### 26.4.2. ATESTADOS

É o ato enunciativo de assentamento que comprovam atos ou fatos transitórios não constantes em livro, papéis ou documentos públicos, por meio dos quais a Administração corrobora uma situação que lhe foi informada por órgão competente.

Hely Lopes distingue o atestado da certidão afirmando que não se confundem pelo fato de que a certidão reproduz atos ou fatos constantes de seus arquivos de forma permanente, ao passo que o atestado comprova uma situação transeunte, passível de modificação e existente, mas não validamente pormenorizada, em poder da

1172 Ibid., p. 215.

1173 Ibid., p. 215.

1174 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro eletrônico, p. 350.

1175 ROSA, Marcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

1176 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 217.

1177 BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 194.

1178 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 518.

Administração.<sup>1179</sup>

### 26.4.3. PARECERES

Parecer é uma manifestação com teor de opinião emitida por órgão consultivo com a finalidade de iluminar e aconselhar o órgão da administração ativa. Pode ser dividido em parecer técnico e administrativo. No primeiro, são fornecidas informações e esclarecimentos de especialistas em determinada matéria, pois esta exige certo grau de conhecimento científico ou de especialização do sujeito que redige o parecer. No segundo, há um aconselhamento, emitido, por óbvio, por pessoa qualificada, mas que envolve critérios de preponderante de política administrativa.<sup>1180</sup>

A doutrina os classifica, geralmente, em três espécies: a) parecer facultativo – não exigido por lei e não vinculativo para a autoridade responsável pela decisão administrativa; b) parecer obrigatório – exigido nas hipóteses previstas em lei e não necessariamente vinculativo para a autoridade que proferirá decisão, podendo ser contrariado de forma fundamentada; c) parecer vinculante – indispensável e obrigatoriamente vinculante para a autoridade que elaborará decisão.<sup>1181</sup>

### 26.4.4. APOSTILAS

As apostilas são atos administrativos enunciativos que “declaram uma situação anterior criada por lei. Ao apostilar um título a Administração não cria um direito, pois apenas reconhece a existência de um direito criado por norma legal. Equivale a uma averbação.”<sup>1182</sup>

## 26.5. ATOS PUNITIVOS.

Os atos administrativos punitivos têm por objeto a aplicação de sanções com o intuito de reprimir violações aos dispositivos legais, ordinatórios ou regulamentares dos bens ou serviços públicos.

Classificam-se em extroversos, quando, por força do poder de polícia, são aplicados aos administrados, e introversos, quando, por meio do poder disciplinar, são aplicados aos agentes públicos. Importante destacar que quando o ato punitivo for destinado ao particular, não pode, em hipótese alguma, alcançar a pessoa do administrado em suas liberdades essenciais.<sup>1183</sup>

Vale ressaltar, a propósito, que o ato sancionatório de prisão administrativa já foi previsto na legislação brasileira. Contudo, conforme ensina Carvalho Filho, a Constituição de 1988, em seus arts. 5º, LXI e LXVII<sup>1184</sup>, não recepcionou tal mandamento. Diante disso, não mais podem ser criadas normas que prevejam sanções dessa natureza.<sup>1185</sup>

Deste modo, incumbe à Administração, internamente, zelar pela disciplina dos servires e reparar os serviços defeituosos; externamente, compete-lhe cuidar pela observância das normas administrativas.<sup>1186</sup> De todo caso, exige-se o respeito à ampla defesa e ao contraditório na edição de tais atos, conforme prescreve o art. 5º, LV, da CRFB,<sup>1187</sup> bem como que as sanções administrativas tenham previsão legal expressa.

1179 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 219.

1180 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 448/449.

1181 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 517/518.

1182 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 220.

1183 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro eletrônico, p. 249.

1184 CRFB. “Art. 5º: LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

1185 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 124.

1186 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 221.

1187 CRFB. “Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dessa forma, resta nítida a percepção de que o ato administrativo punitivo voltado às vias externas, é vinculado à forma legal que o estabelecer e, portanto, possui pouca versatilidade. Todavia, o ato punitivo interno é dotado de certa medida de discricionariedade, por ser de caráter eminentemente disciplinar.

### 26.5.1. MULTA

Tradicionalmente, sabe-se que a multa é uma sanção pecuniária a título de compensação por dano cometido ou presumido ou, ainda, infração cometida. Conforme explicitado anteriormente, por não serem capazes de alcançar as liberdades essenciais do sujeito, o ato administrativo punitivo chamado de “multa”, não se confunde com a multa criminal, já que não pode ser convertido em restrição da liberdade, salvo disposição expressa em lei federal.

### 26.5.2. INTERDIÇÃO DE ATIVIDADE

Segundo Fernando Baltar e Ronny Lopes, a interdição de atividade é a “determinação administrativa de proibição de atividade que contraria suas determinações, tais como estabelecimento que venda produtos consumíveis, com o prazo de validade vencido.”<sup>1188</sup>

Assim, é o ato administrativo punitivo pelo qual a Administração proíbe a prática de atos sujeitos ao seu controle ou que incidam sobre seus bens. Naturalmente, não se confunde com interdição judicial de pessoas ou direitos, haja vista que o ato administrativo se funda no poder de polícia administrativa ou no poder disciplinar sobre seus servidores. Não obstante, como ato punitivo que é, deve ser precedida de processo regular que oportunize a defesa do punido.<sup>1189</sup>

### 26.5.3. APREENSÃO OU DESTRUIÇÃO DE COISAS

É o ato sumário praticado pela Administração para remover perigo público iminente ou para destruir ou inutilizar substâncias, alimentos, objetos ou instrumentos imprestáveis ou nocivos à coletividade ou de uso proibido.<sup>1190</sup> É o que ocorre quando a Administração Pública recolhe e destrói medicamentos com prazo de validade expirado ou promove a demolição de construção irregular em área de risco.<sup>1191</sup>

No geral, tem caráter urgente e, por isso, não exige processo administrativo prévio, postergando, portanto, o contraditório e a ampla defesa. Exige, contudo, auto de apreensão, descritivo e circunstanciado, sobre o estado das coisas destruídas.<sup>1192</sup>

## 26.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. *Direito administrativo*. São Paulo: Manole, 2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

1188 BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10<sup>a</sup> ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 195.

1189 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 223.

1190 Ibid., 223.

1191 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 521.

1192 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro eletrônico, p. 249.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

ROSA, Marcio Fernando Elias. *Direito Administrativo*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

# CAPÍTULO 27 – ATOS ADMINISTRATIVOS: PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES

*Dayane Nardoto Gomes Queiróz*

**SUMÁRIO:** 27.1. Atos gerais e individuais. 27.2. Atos de império, de gestão e de expediente. 27.3. Atos vinculados e discricionários. 27.4. Atos simples, complexos e compostos. 27.5. Atos nulos, anuláveis e inexistentes. 27.6. Referências Bibliográficas.

Os atos administrativos são classificados de diversas formas e essas classificações podem variar de acordo com o enfoque dado ou da maneira como serão agrupados os respectivos atos. Trataremos aqui das principais classificações dos atos administrativos.

## 27.1. ATOS GERAIS E INDIVIDUAIS

Quanto aos seus destinatários os atos administrativos podem ser classificados como atos gerais ou atos individuais conforme se destine à sujeitos determinados ou indeterminados.

Assim, se o ato tiver como destinatário pessoa ou pessoas indeterminadas será classificado como *ato geral*, ou ainda, como prefere Hely Lopes Meirelles “*normativo ou regulamentar*”.<sup>1193</sup> Tais atos são dotados de abstração, generalidade e impessoalidade, sendo direcionados a toda e qualquer pessoa ou fato que se enquadre em seus preceitos. São, portanto, atos normativos expedidos pela Administração Pública.<sup>1194</sup>

Não obstante tais características, o ato geral, em regra, não pode inovar o direito, já que se encontra limitado por lei. Nesse sentido, ele apenas dá fiel execução às leis a que está subordinado<sup>1195</sup>, detalhando e/ou regulamentando um ato normativo superior.

Como exemplos de atos gerais podemos citar os regulamentos, resoluções ou até mesmo um edital de concurso público, todos dirigidos à pessoas indeterminadas ou inespecíficas.

Os *atos individuais ou concretos*<sup>1196</sup>, por sua vez, possuem destinatários certos e específicos. O que os torna individual é o fato de serem dirigidos à pessoa ou pessoas determinadas. Seus efeitos são concretos e direcionados a tais sujeitos.

Celso Antônio Bandeira de Mello subdivide os atos individuais em *singular* ou *plúrimo*.<sup>1197</sup> Dessa forma, estaremos

1193 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.187.

1194 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 538.

1195 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 539.

1196 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 236

1197 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 428.

diante de um *ato individual singular* quando o destinatário específico for um único indivíduo, a exemplo do ato de nomeação ou exoneração de um determinado servidor e, por outro lado, será um *ato individual plúrimo* se forem vários os sujeitos específicos, como por exemplo a designação de 03 (três) servidores determinados para formar uma comissão de licitação.

Os atos individuais estão subordinados aos atos gerais ou normativos, já que também a Administração deve cumprir os regramentos por si mesma estabelecidos.<sup>1198</sup>

## 27.2. ATOS DE IMPÉRIO, DE GESTÃO E DE EXPEDIENTE

Vistos sob a ótica da posição jurídica da Administração<sup>1199</sup> ou, como prefere José dos Santos Carvalho Filho sob o “critério das prerrogativas”<sup>1200</sup> os atos administrativos são classificados como atos de império, de gestão ou de expediente.

Os *atos de império* refletem o “poder de império”<sup>1201</sup> do Estado e são todos aqueles que podem ser impostos coercitivamente aos administrados, independentemente de sua concordância ou aceitação, ou seja, são unilaterais. Tais atos podem impor restrições, criar obrigações ou aplicar penalidades sem a necessidade de autorização judicial.<sup>1202</sup>

Pelas características descritas, nota-se que estão em consonância com o Princípio da Supremacia do Interesse Público, manifestando as prerrogativas do Poder Público, são atos de autoridade e de preponderância do interesse público sobre o interesse privado.<sup>1203</sup>

Como exemplos de atos de império podemos citar a desapropriação, o embargo de uma obra ou a imposição de uma multa.

Celso Antônio Bandeira de Mello prefere classificá-los como “atos regidos pelo Direito Público” em contraposição aos “atos de Direito Privado praticados pela Administração.”<sup>1204</sup>

Já os *atos de gestão*, ou se preferir, os *atos de Direito Privado praticados pela Administração são aqueles que «a Administração pratica sem o uso de poderes comandantes»*<sup>1205</sup>, sem coercibilidade ou unilateralidade.<sup>1206</sup> Na expedição desses atos a Administração não utiliza de sua supremacia, mas atua pautada pelas regras de Direito Privado, em pé de igualdade com o particular<sup>1207</sup>, como acontece nos contratos de locação de imóvel, por exemplo.

Os *atos de expediente*, por sua vez, são os atos internos ou de rotina interna da Administração. Atos que visam dar andamento aos processos, serviços e atividades administrativas dos órgãos. Não possuem carga decisória e são praticados, no mais das vezes, por servidores subalternos.<sup>1208</sup> Tais atos pressupõe condutas pré-estabelecidas e não implicam em manifestação de vontade do Estado.<sup>1209</sup> O recebimento de petições, o trâmite interno de processos, a numeração de páginas e o cadastramento são alguns dos exemplos de atos de expediente.

1198 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 539.

1199 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 423.

1200 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.237.

1201 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.237.

1202 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p.301.

1203 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 285.

1204 Sobre a crítica do autor à antiga distinção entre os atos de império e de gestão, consultar: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 429.

1205 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 429.

1206 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.237.

1207 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.340.

1208 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.191.

1209 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 286.

## 27.3. ATOS VINCULADOS OU DISCRICIONÁRIOS

Levando-se em consideração o grau de liberdade que a Administração possui para a prática de um ato, temos a classificação dos atos administrativos em vinculados ou discricionários. Essa classificação chega a ser considerada por alguns administrativistas como a mais relevante de todas.<sup>1210</sup>

Teremos um *ato vinculado (ou regrado)*<sup>1211</sup> quando a lei dispuser completamente sobre a prática desse ato, ou seja, não deixar margem alguma de escolha para a atuação da Administração. Nesses casos, a lei impõe um único comportamento possível ou uma única decisão, que deverá – obrigatoriamente – ser seguida pelo agente público.<sup>1212</sup>

No ato vinculado os requisitos e condições já se encontram definidos por lei e, se forem preenchidos, só caberá a Administração realizar o ato previsto. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho “isso indica que nesse tipo de ato não há qualquer subjetivismo ou valoração, mas apenas a averiguação de conformidade entre o ato e a lei.”<sup>1213</sup>

Podemos citar como exemplos de ato vinculado a licença para construir, a aposentadoria à pedido ou a licença paternidade, todas situações em que competirá a Administração apenas à análise do cumprimento dos requisitos previstos na norma, que, caso sejam atendidos, a obrigará (vinculará) à prática dos referidos atos administrativos, ou seja, à concessão dos direitos requeridos.

Portanto, nos atos vinculados não caberá juízo de conveniência ou oportunidade pela Administração Pública, ou seja, não há análise de mérito administrativo ou ainda, em outras palavras, não há discricionariedade administrativa.

Já nos *atos discricionários* existe uma margem de escolha na atuação da Administração, que fará o juízo de conveniência e oportunidade sobre a prática do ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece, em relação aos atos discricionários, que a Administração os pratica “dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo”<sup>1214</sup>, como por exemplo, na solicitação – pelo servidor público – de licença para tratar de assuntos particulares<sup>1215</sup>, nesse caso, a lei deixou a critério da Administração a decisão pela concessão ou não da licença requerida, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos. Verifica-se, portanto, que existe certa margem de escolha para a atuação da Administração, logo, ela atua com discricionariedade.

Não obstante essa liberdade de atuação, é importante ressaltar que não se trata de uma liberdade absoluta<sup>1216</sup>, já que também os atos discricionários encontram limites legais, ou seja, existe uma certa liberdade de escolha administrativa, mas que fica adstrita aos “termos e limites da lei”.<sup>1217</sup> Se assim não fosse estaríamos diante de um ato arbitrário e não discricionário.

Sobre esse ponto específico, uma importante reflexão sugerida por Hely Lopes Meirelles é a de que o “ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário.”<sup>1218</sup> De fato, tratam-se de termos distintos, posto que, enquanto no ato discricionário age-se com certa margem de liberdade, mas, sempre nos limites da lei, no ato arbitrário a atuação se dá de forma contrária à lei ou extrapolando os seus limites, e portanto, de forma ilegítima.<sup>1219</sup>

1210 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.335.

1211 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.191.

1212 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 418.

1213 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.237.

1214 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. p. 432

1215 Lei 8.112/90. “Art. 91. A critério da Administração, poderão ser concedidas ao servidor ocupante de cargo efetivo, desde que não esteja em estágio probatório, licenças para o trato de assuntos particulares pelo prazo de até três anos consecutivos, sem remuneração.”

1216 “Salienta, todavia, moderna doutrina que os atos discricionários não estampam uma liberdade absoluta de agir para o administrador. A avaliação que se permite ao administrador fazer tem que estar em conformidade com o fim legal, ou seja, aquele alvo que a lei, expressa ou implicitamente, busca alcançar. Não havendo tal conformidade, o ato não é licitamente produzido, pois que estará vulnerando o princípio da legalidade, hoje erigido à categoria de princípio administrativo (art. 37, CF).” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.238.)

1217 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 535.

1218 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.193.

1219 Justificando a importância dos atos discricionários, Hely Lopes Meirelles assim dispõe: “A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justifi-



Dessa forma, sempre que se estiver diante do conceito de discricionariedade, é forçoso ter em mente que não se trata de permissão para uma atuação caprichosa ou arbitrária, que não leva em consideração os ditames legais, do contrário, mesmo os atos tidos como discricionários tem a sua atuação pautada na observância da lei e de seus limites.

Por fim, alguns autores destacam que, dos cinco elementos do ato administrativo, devem ser considerados vinculados a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, enquanto o *motivo* e o *objeto* podem ser considerados discricionários (nos quais é possível um certo juízo de conveniência e oportunidade).<sup>1220, 1221 e 1222</sup>

## 27.4. ATOS SIMPLES, COMPLEXOS E COMPOSTOS

No tocante à manifestação de vontade da Administração, os atos administrativos são classificados como simples, complexos ou compostos.

Teremos um *ato administrativo simples* quando dele decorrer uma única manifestação de vontade, não importando se essa única manifestação de vontade se dará por um órgão singular ou colegiado, aqui, o que importa é que a manifestação da vontade seja una.

Deste modo, o que se leva em consideração não é a quantidade de pessoas que fizeram parte do ato, mas que a vontade ali manifestada tenha sido unitária. Por conseguinte, tanto pode ser exemplo de ato administrativo simples um despacho de um chefe de setor como uma decisão de um órgão colegiado (decisão de um Conselho por exemplo).<sup>1223</sup>

Já os *atos complexos* são formados pela manifestação de vontade de mais de um agente ou órgão de forma autônoma<sup>1224</sup>, ou seja, a manifestação da vontade final da Administração requer que diferentes órgãos ou agentes expressem – autonomamente – a sua vontade para que o ato seja aperfeiçoado.

Um pertinente exemplo de ato complexo sugerido por José dos Santos Carvalho Filho<sup>1225</sup> é a investidura dos Ministros do STF, que tem início com a escolha feita pelo Presidente da República, passando pela aprovação ou não dessa escolha pela maioria absoluta do Senado Federal e, concluindo-se, com a nomeação do Ministro pelo Presidente da República.<sup>1226</sup> Nesse caso, como nos demais casos de atos complexos, enquanto todos os órgãos e/ou agentes não manifestarem a sua vontade autônoma, o ato não estará concluído.

Como elucida Hely Lopes Meirelles, trata-se de um único ato, mas que depende do “concurso de vontades de órgãos diferentes” ou, em outras palavras “no ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato”.<sup>1227</sup> Dessa forma, não obstante se trate de um único ato, diversas e autônomas são as vontades que o compõem.

Assim, conseqüentemente, enquanto não houver a última manifestação de vontade necessária para a formação

cativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.” (Cf. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.193.)

1220 “O ato administrativo discricionário, considerado analiticamente em seus cinco elementos, é o que apresenta três deles, necessariamente vinculados (a competência, a finalidade e a forma), e um ou dois deles, discricionários (o motivo e o objeto).” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 237).

1221 “Os atos discricionários são caracterizados pela existência de um juízo de conveniência e oportunidade no motivo ou no objeto, conhecido como mérito.” (MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.335.)

1222 “Enquanto o agente público está rigidamente adstrito à lei quanto a todos os elementos de um ato vinculado (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), ao praticar um ato discricionário possui ele certa liberdade (dentro dos limites da lei) quanto à valoração dos motivos e à escolha do objeto (conteúdo), segundo os seus privativos critérios de oportunidade e conveniência administrativas.” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 548).

1223 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.196.

1224 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.238.

1225 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.238.

1226 CRFB. “Art. 101, parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.”

1227 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.196.

do ato complexo, esse ato não estará apto para a produção de seus efeitos. Nesse sentido, Alexandre Mazza expõe que “manifestação do último órgão ou agente é elemento de existência do ato complexo. Somente após ela, o ato torna-se perfeito, ingressando no mundo jurídico”.<sup>1228</sup>

O *ato composto*, por sua vez, é aquele que depende de autorização para ter exequibilidade, ou seja, não pode ser executado sem a “aprovação”, “homologação” ou o “visto” necessário à sua formação e, por esse motivo, é denominado composto.

Deste modo, temos uma manifestação de vontade (ato principal) que fica na dependência de uma aprovação (ato acessório). Um é o ato principal e o outro é ato meramente instrumental. Este possui a única incumbência de autorizar àquele, dar-lhe eficácia, mas, sem alterar o seu conteúdo. Esses atos acessórios são comumente denominados autorização, aprovação, visto, ratificação, homologação.<sup>1229</sup>

Para Hely Lopes de Meirelles trata-se da “vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade.”<sup>1230</sup> Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que “não se compõem de vontades autônomas, embora múltiplas. Há, na verdade, uma só vontade autônoma, ou seja, de conteúdo próprio. As demais são meramente instrumentais, porque se limitam à verificação de legitimidade do ato de conteúdo próprio.”<sup>1231</sup> Não são, portanto, vontades independentes e autônomas, como ocorre no ato complexo, mas sim, vontades complementares, compostas, que dão origem a um único ato administrativo ratificado, aprovado ou confirmado.

Como exemplo de ato composto podemos citar a emissão de um auto de infração que dependa da autorização, homologação ou visto da chefia imediata.<sup>1232</sup>

## 27.5. ATOS NULOS, ANULÁVEIS E INEXISTENTES

Quanto à sua eficácia, os atos administrativos podem ser classificados como atos nulos, anuláveis ou inexistentes.

O *ato nulo* é aquele que nasceu com um vício insanável, não passível de convalidação (correção) pela Administração. Este ato está em desarmonia com o regramento legal, haja vista a ausência de algum de seus elementos constitutivos ou mesmo em decorrência de algum defeito substancial desses elementos ou requisitos de validade, como por exemplo, o desvio de finalidade ou o objeto sem a devida previsão legal.<sup>1233</sup>

Assim, teremos um ato nulo quando ele estiver em desconformidade com a lei. Também será nulo o ato que infringir princípios de Direito. É, pois, um ato ilegal ou ilegítimo e, por isso não produz efeitos válidos.<sup>1234</sup>

A própria Administração (de ofício ou se provocada) ou o Judiciário (se provocado) podem reconhecer a nulidade do ato administrativo, todavia, é importante ressaltar que, enquanto não houver a declaração da nulidade, não poderá o particular negar-se à sua execução, posto que os atos administrativos possuem o atributo da presunção de legitimidade. Assim, somente após a declaração da nulidade o ato poderá ser considerado nulo, devendo, antes disso, ser presumido legítimo e, conseqüentemente, cumprido pelos administrados.<sup>1235</sup>

A declaração de nulidade possui eficácia retroativa, ou seja, opera *ex tunc* e atinge os efeitos pretéritos produzidos entre as partes desde a origem do ato e também dali para frente.<sup>1236</sup> Os efeitos produzidos em relação aos terceiros de boa-fé (que desconheciam o vício), no entanto, não serão atingidos e deverão ser mantidos.

1228 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.338.

1229 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 543.

1230 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.197.

1231 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.238.

1232 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.337.

1233 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.198.

1234 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 548.

1235 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.198.

1236 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.198.

É exatamente nesse ponto que Mateus Carvalho diferencia o ato nulo do ato inexistente, esclarecendo – em relação aos atos nulos – que “nestes casos, diferente do que ocorre com os atos inexistentes, não obstante a anulação do ato praticado, poderão ser garantidos alguns efeitos pretéritos produzidos em relação a terceiros de boa-fé, para se evitar a ocorrência de prejuízos injustos ou enriquecimento ilícito ao poder público.”<sup>1237</sup>

O ato anulável, por sua vez, também apresenta vícios, mas esses vícios são sanáveis, ou seja, passíveis de correção (convalidação) pela própria Administração, desde que não acarretem lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros.

Nesse sentido, o artigo 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 própria Administração.”

Portanto, são requisitos legais para convalidação do ato administrativo: (i) não acarretar lesão ao interesse público, (ii) não causar prejuízos a terceiros, (iii) que os defeitos sejam sanáveis<sup>1238</sup> e (iv) que o ato de convalidação seja praticado pela própria administração (e nunca pelo judiciário<sup>1239</sup>).

Os atos inexistentes, por fim, são aqueles que possuem um vício gravíssimo na sua formação. Tal vício os impede de produzir qualquer efeito jurídico<sup>1240</sup>, por isso, mais do que nulos, tais atos são considerados inexistentes e não produzem efeitos, nem mesmo em relação aos terceiros de boa-fé.<sup>1241</sup>

Celso Antônio Bandeira de Melo assevera, quanto aos atos inexistentes, que “ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de conversão”, e os qualifica como “comportamentos que correspondem a condutas criminosas (...)”<sup>1242</sup>. Desta feita, por se tratar de defeito gravíssimo, poderá ser alegado a qualquer tempo, não correndo prescrição em relação a tais atos, além disso, os atos inexistentes não podem ser convertidos em atos válidos, nem mesmo convalidados pela Administração.

Um exemplo clássico de ato inexistente é o praticado por um usurpador de função pública (alguém que se passa por agente público, mas não é). Tal prática está tipificada como crime pelo artigo 328 do Código Penal Brasileiro.<sup>1243</sup> Os atos praticados por esse suposto agente não se aperfeiçoam como ato administrativo, possuem apenas aparência de manifestação regular da vontade da Administração Pública, mas não o é.<sup>1244</sup>

## 27.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

1237 CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 307.

1238 Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo apresentam como defeitos sanáveis “o vício de competência quanto à pessoa, exceto se se tratar de competência exclusiva, e o vício de forma, a menos que se trate de forma exigida pela lei como condição essencial à validade do ato.” (ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 551).

1239 Por se tratar de mérito administrativo, e portanto, juízo de conveniência e oportunidade somente a própria Administração poderá realizá-lo. É ato discricionário.

1240 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.342.

1241 CARVALHO, Mateus. *Manual de Direito Administrativo*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 307

1242 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Melheiros Editores. 2015. p. 480-481

1243 CP/40. “Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se do fato o agente auferir vantagem: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.”

1244 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016. p.199.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.



## CAPÍTULO 28 - ATOS ADMINISTRATIVOS: NULIDADES, CONVALIDAÇÃO, CONVERSÃO E TEORIA DOS EFEITOS DOS ATOS NULOS

*Caroline Reisen de Albuquerque*

**SUMÁRIO:** 28.1 Nulidade dos atos administrativos: atos nulos e anuláveis. 28.2. Convalidação administrativa: supressão de invalidade de ato anulável. 28.3. Conversão: aproveitamento de elementos de ato inválido. 28.4. Teoria dos efeitos dos atos nulos. 28.5. Referências bibliográficas.

### 28.1. NULIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: ATOS NULOS E ANULÁVEIS.

Primordialmente, antes de adentrar sobre o tema das nulidades, é preciso definir o que é ato administrativo. De início, como apontam Fernando Ferreira Baltar e Ronny Charles Lopes de Torres, “[...] ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, que tradicionalmente pode ser definido como sendo todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”<sup>1245</sup>.

Marçal Justen Filho define o ato administrativo nos seguintes termos: “[...] uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa”<sup>1246</sup>. Mais detalhadamente, como ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “o ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público”<sup>1247</sup>. Ocorre que, como afirma Alexandre Mazza, vícios ou defeitos específicos podem impedir a eficácia do ato administrativo, tornando-o nulo ou anulável<sup>1248</sup>.

Por consequência, não se alcança a finalidade pública com o ato. Apesar disso, o tema não foi sistematizado no âmbito normativo do Direito Administrativo. Assim, de acordo com Leandro Luis dos Santos Dall’Olio, “[...] a jurisprudência e a doutrina pátria tem aplicado a teoria das nulidades da legislação civil para o Direito Administrativo em função de lacunas em tal ordenamento”<sup>1249</sup>.

O Código Civil de 2002 prevê que o negócio jurídico viciado pode ser nulo (nulidade absoluta) ou anulável

<sup>1245</sup> BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10ª ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020. Livro eletrônico, p. 167.

<sup>1246</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 383.

<sup>1247</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 344.

<sup>1248</sup> MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p. 320.

<sup>1249</sup> DALL’OLIO, Leandro Luis dos Santos. Teoria das nulidades nos atos administrativos. *Revista Síntese Direito Administrativo*, ano XII, n. 144, p. 26-32, dez. 2017.

(nulidade relativa), conforme os artigos 166<sup>1250</sup> e 171<sup>1251</sup>. Na seara do Direito Privado, Licínia Rossi<sup>1252</sup> explica que se admite a convalidação de negócio jurídico anulável enquanto o mesmo não é possível quando o vício for de natureza absoluta; além disso aponta que o juiz pode decretar de ofício a nulidade absoluta, ao passo que a nulidade relativa deve ser suscitada pela parte interessada ou pelo Ministério Público. Ainda ressalta que a gradação da gravidade do vício é determinada pelo legislador sob critérios de juízo de valor e consideração.

Diante disso, nulos são os atos marcados por vícios considerados mais gravosos e que, portanto, sujeitam-se a uma maior repreensão. Em contrapartida, os atos anuláveis são aqueles marcados por vícios menos gravosos e sanáveis, o que justifica serem passíveis de convalidação. Esse é o modo como se configura a teoria das nulidades do Direito Civil.

Não há consenso na doutrina brasileira em relação à adaptação da teoria das nulidades do Direito Civil ao Direito Administrativo. No que concerne a essa adaptação, é imprescindível levar em consideração uma das diferenças basilares entre os Direitos Público e Privado, que consiste na prevalência do interesse público nos atos administrativos frente à prevalência dos interesses privados, em regra, nos negócios jurídicos privados.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, percebe-se que a cisão doutrinária se dá em dois polos: autores que defendem a teoria monista e autores defendem a teoria dualista<sup>1253</sup>. Cândida Alzira Bentes de Magalhães Senhoras e Elói Martins Senhoras salientam o prisma monista foi consolidado por autores clássicos, enquanto o prisma dualista é uma construção doutrinária mais recente que pretende relativizar o princípio da legalidade em relação à segurança jurídica<sup>1254</sup>.

Para os que se perfilham à teoria monista, não existe ato administrativo anulável, de maneira que o ato administrativo somente pode ser válido ou nulo. Assim, o ato eivado de ilegalidade é nulo. Ao encontro dessa teoria, assim se posicionam Hely Lopes Meirelles e José Emmanuel Burle Filho:

“[...] continuamos a não aceitar o chamado ato administrativo anulável no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa”<sup>1255</sup>.

Por sua vez, os doutrinadores que prestigiam a teoria dualista entendem que há uma dicotomia em relação à nulidade no cerne administrativo que a biparte em nulidade absoluta (ato administrativo nulo) e relativa (ato administrativo anulável). Adepto dessa teoria, José dos Santos Carvalho Filho frisa que “[...] a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável”<sup>1256</sup>.

Na linha dessa teoria, Rafael Carvalho Rezende Oliveira salienta que a espécie de vício que permeia o ato administrativo é o que diferencia quanto a ser nulo ou anulável: “[...] os vícios insanáveis, que acarretam a nulidade e não admitem a convalidação, e os vícios sanáveis, que não contaminam a essência do ato e podem ser convalidados pela Administração Pública”<sup>1257</sup>. Na mesma esteira é a definição de atos administrativos nulos e anuláveis trazida

1250 CC-02. “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

1251 CC-02. “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

1252 ROSSI, Licínia. *Manual de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p. 311.

1253 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 265.

1254 SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães; SENHORAS, Elói Martins. Teoria das nulidades nos atos administrativos. *Revista Síntese Direito Administrativo*, ano XII, n. 144, p. 9-14, dez. 2017. São Paulo: Síntese, 2017. p. 11.

1255 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. atual. até a Emenda Constitucional 90. São Paulo: Malheiros, 2016. Livro eletrônico, p. 198.

1256 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 265.

1257 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 386.

nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“São nulos: a) os atos que a lei assim os declare; b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido seria reproduzida a invalidade anterior. [...] “São anuláveis: a) os que a lei assim os declare; b) os que podem ser re praticados sem vício”<sup>1258</sup>.

Sob essa ótica, o ato administrativo nulo se encontra em completa incompatibilidade em relação ao ordenamento jurídico e, portanto, deve ser extirpado. De outro giro, em que pese o ato administrativo anulável ser defeituoso, ele é portador de vício sanável, o que permitirá sua manutenção no sistema jurídico através de correção por meio do instituto da convalidação.

Comparando o tema das nulidades nos Direitos Civil e Administrativo, evidencia-se que, apesar de existir em ambos vícios sanáveis e insanáveis, há uma peculiaridade em relação aos atos administrativos nulos e anuláveis. Enquanto no Direito Civil é possível o reconhecimento de ofício pelo juiz da nulidade absoluta e é necessário que os interessados suscitem a nulidade relativa para seja reconhecida, inexistente tal diferença no Direito Administrativo.

Isso se dá em razão de que “[...] todas as normas são, em princípio, de ordem pública e todos os atos administrativos são editados para atendimento do interesse público”<sup>1259</sup>, como explica Odete Medauer. Em sintonia, Maria Sylvania Zanella Di Pietro destaca se tratar de decorrência da prevalência do interesse público na preservação da legalidade administrativa, tendo em vista que, “[...] dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta ou relativa”<sup>1260</sup>.

Indo além do embate entre as duas teorias, vale ressaltar que alguns autores também somam duas outras formas de classificar os atos administrativos quanto à sua eficácia. Desse modo, são apresentadas quatro espécies de atos administrativos inválidos: atos nulos, anuláveis, inexistentes e irregulares. Como já detalhados os atos nulos e anuláveis, nesse momento passa-se a expor sobre os atos administrativos inexistentes e irregulares.

Os atos administrativos inexistentes prescrevem condutas absolutamente vedadas pelo Direito, uma vez que são ofensivos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1261</sup>. Pode-se citar, como exemplo de tal afronta, uma instrução de autoridade policial autorizadora da exploração de mão de obra escrava ou da prática de tortura. Como os atos inexistentes estão no âmbito da impossibilidade jurídica, embora tenham aparência formal de atos administrativos, não o são.

Na verdade, são atos caracterizados por uma intolerável injustiça e que configuram condutas criminosas, de acordo Sílvia Luís Ferreira da Rocha<sup>1262</sup>. Tãmanha é a gravidade dos atos inexistentes que:

“(a) são imprescritíveis e não podem ser estabilizados; (b) jamais podem ser convalidados ou convertidos; (c) é cabível direito de resistência, inclusive *manu militari*, contra eles; (d) uma vez declarado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressalvados efeitos que já hajam produzido”<sup>1263</sup>.

Conceitua Alexandre Mazza os atos administrativos irregulares como “portadores de defeitos formais levíssimos que não produzem qualquer consequência na validade do ato”<sup>1264</sup>. Em complementação, destaca-se que a irregularidade do ato não enseja sua nulidade, haja vista que não gera vício material relevante, contudo o agente público que o praticou deve ser responsabilizado, conforme ensina Matheus Carvalho<sup>1265</sup>. Por conseguinte, o ato irregular continuará a produzir efeitos, tendo em vista que contém defeito de natureza leve, normalmente relacio-

1258 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 490.

1259 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p.151.

1260 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro eletrônico, p. 532.

1261 MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 490.

1262 ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 343-344.

1263 ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. cit., p. 344.

1264 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 382.

1265 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 299.



nado à sua forma, que não prejudica nem a Administração Pública e tampouco a terceiros.

## 28.2. CONVALIDAÇÃO ADMINISTRATIVA: SUPRESSÃO DE INVALIDIDADE DE ATO ANULÁVEL.

A concepção de convalidação por Celso Antônio Bandeira de Mello consiste em “o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”<sup>1266</sup>. Complementa afirmando que “este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato particular afetado pelo provimento viciado”. Já Maria Sylvania Zanella Di Pietro, acrescentando a nomeação de saneamento, define a convalidação como “[...] ato administrativo pelo qual é suprido um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”<sup>1267</sup>.

Nesse desiderato, pode-se afirmar que a convalidação é uma forma de manutenção do ato defeituoso no sistema jurídico por meio da supressão de sua invalidade com efeitos retroativos. A convalidação ocorre através da edição de outro ato pela própria Administração Pública ou pelo particular em limitadas hipóteses.

Com efeito, Ricardo Marcondes Martins entende que “a convalidação é o meio de correção mais eficaz: o ato inválido é integralmente aproveitado, permanece no mundo jurídico com o mesmo conteúdo que possuía”<sup>1268</sup>. Ou seja, o ato submetido à convalidação tem sua a invalidade suprida, de maneira que passa a ser considerado válido desde seu princípio. Mais ainda, a convalidação torna possível a manutenção do ato em razão de ter sido compatibilizado ao ordenamento jurídico.

É pressuposto da convalidação que o vício do ato seja sanável, caso contrário não há como realizar sua correção. É, assim, incabível a convalidação de atos com vícios que geram nulidade absoluta, os quais são relativos ao objeto, motivo e finalidade<sup>1269</sup>. Portanto, apenas é possível a convalidação de ato administrativo anulável. Inevitavelmente, como aponta José dos Santos Carvalho Filho, “só é admissível o instituto da convalidação para a doutrina dualista, que aceita possam os atos administrativos ser nulos ou anuláveis”<sup>1270</sup>. Continua o doutrinador a elucidar que é perceptível a adoção do prisma dualista pelo legislador diante o disposto na Lei nº 9.784, de 29/01/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, com a expressa previsão no artigo 55<sup>1271</sup> de norma autorizadora de convalidação na esfera federal:

“[...] embora incidente apenas sobre a Administração Federal, é incontestável, uma vez que denuncia a opção do legislador pátrio em admitir expressamente a convalidação e o conseqüente aproveitamento de atos contaminados de vícios sanáveis, fato que comprova ter ele também perfilhado a tese dualista no que toca à teoria das nulidades nos atos administrativos”<sup>1272</sup>.

De acordo com Matheus Carvalho, “[...] se o interesse público exigir e for sanável o vício, o ato administrativo pode ser convalidado, em razão da oportunidade e conveniência, desde que a convalidação não cause prejuízos a terceiros”<sup>1273</sup>. A convalidação somente pode ser a solução quando se verificar que é fundamentada na segurança jurídica, na estabilização das relações jurídicas, na confiança legítima e na boa-fé do administrado, conforme Simone Zanotello de Oliveira<sup>1274</sup>. Assim, desde logo, o exame quanto a possibilidade de convalidação do ato administrativo

1266 MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE. *Curso de direito administrativo*. cit., p. 486.

1267 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 536.

1268 MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições constitucionais à convalidação legislativa de atos administrativos. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-33, jan./jun. 2018. p. 11.

1269 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 371.

1270 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 265.

1271 Lei nº 9.784/99. “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

1272 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. cit., livro eletrônico, p. 277.

1273 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*, cit., p. 301.

1274 OLIVEIRA, Simone Zanotello de. A ponderação na convalidação do ato administrativo. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 127-145, jan./jun. 2018. p. 144.

inválido deve partir da apreciação do ato em relação a determinados requisitos: (a) se é portador de vício sanável, (b) se não acarreta lesão e é oportuno e conveniente ao interesse público; e (c) se não causa injusta lesão a terceiros.

Não se limitando a esses requisitos, o administrador deve se valer da ferramenta da ponderação para averiguar as circunstâncias fáticas e jurídicas que permeiam o ato administrativo inválido para determinar qual meio ideal para sanar o ato, seja através de sua retirada ou correção e manutenção no sistema jurídico. Dentre elas, Ricardo Marcondes Martins evidencia: “a análise do tempo decorrido, dos efeitos gerados, da boa-fé ou má-fé do administrado e do agente público, dos valores afetados pela manutenção do ato e dos valores afetados pela retirada do ato”<sup>1275</sup>.

Outrossim, não se pode olvidar que o parágrafo único do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)<sup>1276</sup> exige que se atenda ao princípio da proporcionalidade na motivação da adoção da medida de saneamento do ato administrativo, sendo insuficiente a mera indicação da presença de vício. A partir da análise dos critérios de adequação e necessidade, defende Marçal Justen Filho que: “se o desfazimento do ato viciado for ato a comprometer os fins buscados pela Administração ou se existir uma solução menos nociva para os interesses envolvidos, será obrigatória a preservação do ato ou a adoção de providências destinadas a promover o seu saneamento”<sup>1277</sup>.

Ademais, é preciso ter em mente que o administrado pode impugnar ato inválido. Seguindo o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins, não há um imediata obrigatoriedade de invalidação do ato por supostamente gerar prejuízos a terceiros, contudo isso gera forte impacto porque “o agente público, quando da apreciação do ato inválido, deverá considerar um peso adicional em favor da invalidação, gerado pela impugnação administrativa ou judicial”<sup>1278</sup>. Ou seja, em razão desse peso adicional, o administrador tenderá a favorecer a pretensão de invalidação do ato administrativo.

Retomando o outrora mencionado artigo 55 da Lei nº 9.784/1999, o verbo *poder* empregado no referido artigo poderia levar a uma ideia de que a Administração Pública teria a faculdade de optar ou não pela convalidação em função de sua discricionariedade. A partir daí surge a discussão, a natureza da convalidação é discricionária ou vinculada? Há uma corrente doutrinária que percebe a convalidação como, em regra, de natureza discricionária, pelo fato de que a Administração ter que ponderar e escolher a solução mais adequada ao caso concreto para corrigir a invalidade do ato administrativo, como entende Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>1279</sup>.

Entretanto, o posicionamento doutrinário majoritário, como afirma Alexandre Mazza, é no sentido que a natureza da convalidação é vinculada, “[...] para a lei, a convalidação é um poder; para doutrina um dever”<sup>1280</sup>, em conformidade com a economia processual e a segurança jurídica. Excepcionalmente, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, a convalidação será discricionária quando “tratar-se de vício de competência em ato de conteúdo discricionário”<sup>1281</sup> porque “sendo discricionário o conteúdo do ato, quem não o praticou não poderia ficar compelido a praticá-lo com fins de convalidação”<sup>1282</sup>. Em regra, portanto, caso o ato inválido seja passível de convalidação, a Administração Pública não poderá deixar a fazer. Da mesma maneira, também estará obrigada a extirpar do mundo jurídico ato de vício insanável.

Há três espécies de convalidação: ratificação, confirmação e saneamento. Diferenciando cada modalidade de convalidação, Lícínia Rossi aponta que a ratificação “procede da mesma autoridade que emitiu o ato inválido”<sup>1283</sup>,

1275 MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições constitucionais à convalidação legislativa de atos administrativos, cit., p. 13.

1276 LINDB. “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

1277 JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. p. 34.

1278 MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições constitucionais à convalidação legislativa de atos administrativos, cit., p. 15.

1279 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 389.

1280 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 370.

1281 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 485.

1282 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 486.

1283 ROSSI, Lícínia. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 298.

a confirmação “procede da outra autoridade que não a que emitiu o ato inválido”<sup>1284</sup> e o saneamento “resulta de um ato particular”<sup>1285</sup>. Igualmente é o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello: “quando a convalidação procede da mesma autoridade que emanou o ato viciado, denomina-se ratificação. Se procede de outra autoridade, trata-se de confirmação. Quando resulta de um ato de particular afetado, parece bem denominá-la simplesmente de saneamento”<sup>1286</sup>.

Sob outro olhar, José dos Santos Carvalho Filho defende que há três formas de convalidação: ratificação, reforma e conversão<sup>1287</sup>. No mesmo direcionamento, Rafael Carvalho Rezende Oliveira sustenta que essas formas configuram a espécie da convalidação voluntária, pelo motivo de serem derivadas de manifestação da Administração Pública<sup>1288</sup>. Todavia, o autor realça que também existe a espécie da convalidação involuntária em decorrência da decadência administrativa que “[...] é a perda do direito de anular o ato administrativo ilegal, tendo em vista o decurso do tempo”<sup>1289</sup>.

A convalidação por ratificação dá-se quando o vício é relativo à competência ou forma, sendo que “a autoridade que deve ratificar pode ser a mesma que praticou o ato anterior ou um superior hierárquico, mas o importante é que a lei lhe haja conferido essa competência específica”<sup>1290</sup>. Ressalva Maria Sylvia Zanella Di Pietro que não é possível a ratificação por pessoa jurídica incompetente quando caso de competência exclusiva, assim como apenas é possível ratificação quanto a vício de forma se não for requisito essencial de sua validade<sup>1291</sup>.

Já a reforma “[...] admite que novo ato suprima a parte inválida do ato anterior, mantendo sua parte válida”<sup>1292</sup>. Assim, a reforma é forma de convalidação que faz alteração em uma parte do ato viciado. Aliás, Maria Sylvia Zanella Di Pietro frisa que “não se confunde conversão com reforma, pois aquela atinge o ato ilegal e esta afeta o ato válido e se faz por razões de oportunidade e conveniência; a primeira retroage e a segunda produz efeitos para o futuro”<sup>1293</sup>.

Por derradeiro, evidencia-se que a conversão é entendida por alguns doutrinadores como espécie do gênero convalidação, como já exposto. Porém, outros doutrinadores consideram esse instituto como independente da convalidação. Por conseguinte, optou-se a tratar sobre o tema em tópico separado.

### 28.3. CONVERSÃO: APROVEITAMENTO DE ELEMENTOS DE ATO INVÁLIDO.

A concepção de conversão por Odete Medauer consiste em “[...] ato editado com aproveitamento de elementos válidos de um primitivo ato ilegal, para a mesma finalidade deste, com retroação dos seus efeitos ao momento da edição do ato original”<sup>1294</sup>. Nas palavras de Ricardo Marcondes Martins, “[...] a conversão é o ato que tem por efeito típico alterar o conteúdo do ato inválido, transformando-o em outro, para também torná-lo válido desde o momento em que fora editado”<sup>1295</sup>. Como exemplo, esse autor cita “a transformação retroativa de um ato de nomeação para cargo de provimento efetivo num ato de nomeação para cargo de comissão”<sup>1296</sup>.

Não há correção da invalidade do ato administrativo com a conversão, mas sim o aproveitamento de elementos

1284 ROSSI, Licínia. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 298.

1285 ROSSI, Licínia. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 298.

1286 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 487.

1287 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 275-276.

1288 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 387.

1289 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 388.

1290 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 275.

1291 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 539.

1292 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 275.

1293 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 540.

1294 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, cit., p. 156.

1295 MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019. p. 131-132.

1296 MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade, cit., p. 132.

de sua parte válida para a edição um novo ato administrativo que substituirá o ato viciado. Desse modo, a conversão está relacionada a vícios relacionados ao objeto plúrimo ou ao conteúdo do ato inválido.

Insta frisar ainda a diferença quanto a produção de efeitos que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] ao contrário da convalidação, em que o ato inválido tem salvaguardados os mesmos efeitos, na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível”<sup>1297</sup>. Dentro desse panorama é que inúmeros doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1298</sup> e Hely Lopes Meirelles conjuntamente com José Emmanuel Burle Filho<sup>1299</sup>, defendem que os institutos da convalidação e da conversão não são equivalentes.

Cumprido ressaltar que, por outro lado, também há doutrinadores que entendem que a conversão como uma espécie ou modalidade de convalidação, tais como José dos Santos Carvalho Filho<sup>1300</sup>, Alexandre Mazza<sup>1301</sup> e Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>1302</sup>. Em sua obra, Rafael Carvalho Rezende Oliveira afirma que “a conversão, por sua vez, é a reforma com o acréscimo de novo objeto”<sup>1303</sup>. Isso porque, assim como explica José dos Santos Carvalho Filho em complementação, “[...] depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento”<sup>1304</sup>.

## 28.4. TEORIA DOS EFEITOS DOS ATOS NULOS.

Como outrora explicado, os atos anuláveis são passíveis de convalidação, enquanto os atos nulos não podem ser convalidados. No entanto, os efeitos da declaração de anulação e de nulidade são igualmente retroativos. É o que expõe Toshio Mukai: “apesar da diferenciação entre atos nulos e anuláveis, entendemos que a declaração de nulidade e anulação podem ser utilizados como expressões sinônimas, vistos que produzem os mesmos efeitos (*ex tunc*)”<sup>1305</sup>. Por conseguinte, a invalidação retroage ao momento da edição do ato, fulminando os efeitos produzidos e cessando a produção de novos efeitos.

Contudo, como ressalva Celso Antônio Bandeira de Mello, há exceção à regra de que a invalidação tem efeitos retroativos, que é fundada na distinção entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados:

“[...] nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada”<sup>1306</sup>.

Nesse ínterim, o ato administrativo nulo não poderá ser convalidado, mas, mesmo sendo invalidado, preservará os efeitos produzidos até então quando em demonstrada situação de direito ampliativo ao beneficiário do ato de boa-fé, em conformidade com o princípio da segurança jurídica. Sob os parâmetros do artigo 2º, parágrafo único,

1297 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 487.

1298 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 540.

1299 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*, cit., p. 199.

1300 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 276.

1301 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 372.

1302 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 388.

1303 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 388.

1304 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 276.

1305 MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 229.

1306 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 492.

inciso XIII, da Lei nº 9.874/1999<sup>1307</sup> e artigo 24 da LINDB<sup>1308</sup>, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que “se a invalidação do ato decorrer de mudança de orientação da Administração Pública, ela não poderá retroagir”<sup>1309</sup>.

Lembra Toshio Mukai que “[...] diante de um ato ilegal, em princípio, a Administração tem o dever, se não puder consolidá-lo, de declarar sua nulidade, o quanto antes”<sup>1310</sup>. A atuação imediata da Administração Pública para sanar a invalidade reside no fato de que os atos inválidos produzem efeitos jurídicos e continuarão a produzir caso nada seja feito. Porém, como salienta Sílvio Luís Ferreira da Rocha, “há limites à invalidação de atos nulos, como o tempo, com a consequente estabilização das relações jurídicas, e a boa-fé de terceiros”<sup>1311</sup>.

Nesse passo, encontra-se o disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/1999<sup>1312</sup>, que determina o prazo decadencial de 5 anos para a Administração Pública anular atos administrativos inválidos que acarretem em efeitos favoráveis para os destinatários na esfera federal. De todo modo, o prazo prescricional para que a Administração Pública reveja seus atos administrativos é de 5 anos, conforme preleciona o artigo 1º do Decreto nº 20.910, de 06/01/1932<sup>1313</sup>, como defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1314</sup>. Por fim, impende destacar a crítica de Safira Orçatto Merelles quanto a esse prazo: “a limitação da autotutela em apenas cinco anos é medida que praticamente restringe em grau máximo interesse público, visto que atos ilegais se tornam imutáveis por decurso de tempo, gerando prejuízos aos cofres públicos”<sup>1315</sup>.

## 28.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito administrativo*. 10ª ed. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- DALL’OLIO, Leandro Luis dos Santos. Teoria das nulidades nos atos administrativos. *Revista Síntese Direito Administrativo*, São Paulo, ano XII, n. 144, p. 26-32, dez. 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. *Revista de Direito Administrativo*

- 
- 1307 Lei nº 9.784/1999. “Art. 2. 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”.
- 1308 LINDB. “Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas”.
- 1309 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 521.
- 1310 MUKAI, Toshio. Das nulidades do ato administrativo – influência do tempo na anulação. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 183, p. 72-76, maio 2016. p. 75.
- 1311 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 343.
- 1312 Lei nº 9.784/1999: “Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram práticos, salvo comprovada má-fé”.
- 1313 Decreto nº 20.910, de 06/01/1932. “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”.
- 1314 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., livro eletrônico, p. 524.
- 1315 PRADO, Safira Orçatto Merelles. Anotações sobre a ausência de limitação temporal para anulação de ato administrativo perpetrado com má-fé. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 189-215, jan./abr. 2019. p. 202.

& *Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Restrições constitucionais à convalidação legislativa de atos administrativos. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 9-33, jan./jun. 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 42ª ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 84. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MUKAI, Toshio. Das nulidades do ato administrativo – influência do tempo na anulação. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 16, n. 183, p. 72-76, maio 2016.

MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. A ponderação na convalidação do ato administrativo. *Revista Internacional de Direito Público – RIDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, p. 127-145, jan./jun. 2018.

PRADO, Sarfira Orçatto Merelles. Anotações sobre a ausência de limitação temporal para anulação de ato administrativo perpetrado com má-fé. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, p. 189-215, jan./abr. 2019.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ROSSI, Licínia. *Manual de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SENHORAS, Cândida Alzira Bentes de Magalhães; SENHORAS, Elói Martins. Teoria das nulidades nos atos administrativos. *Revista Síntese Direito Administrativo*, São Paulo, ano XII, n. 144, p. 9-14, dez. 2017.



## CAPÍTULO 29 – ATOS ADMINISTRATIVOS: EXTINÇÃO

*Isadora Moreira de Araújo*

**SUMÁRIO:** 29.1. Algumas classificações doutrinárias. 29.2. Invalidação. 29.3. Revogação. 29.4. Referências bibliográficas.

Bem como a Administração Pública edita atos administrativos, estes podem ser retirados do ordenamento jurídico, acarretando sua extinção. Esta, como ensina Regis Fernandes de Oliveira<sup>1316</sup>, tem por fundamento, em princípio, a exigibilidade dos referidos atos, segundo a qual Administração não depende de outras autoridades para sua edição e, correlatamente, à autotutela, compreendida como o poder da Administração Pública para a revisão de seus atos, visando atender o interesse público. Neste sentido, conforme um juízo de conveniência e oportunidade, a Administração poderá retirá-los do mundo jurídico.

Quanto à possibilidade de extinção dos atos em sede de controle, Oliveira ainda destaca que o fundamento embasado na autotutela não exclui a mencionada hipótese, quando os atos a serem extintos forem eivados de ilegalidade. Entendimento este que não poderia ser diferente, dado que é um caso de aplicação direta do princípio da inafastabilidade de jurisdição, positivado no artigo 5º XXXV da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Podemos inferir, no entanto, que a diferença estará na amplitude de tal análise, uma vez que o Judiciário só deve agir em caso de ilegalidade, enquanto a Administração tem o poder e a faculdade de cessar seus efeitos, a partir do momento em que se constatar que a existência do mesmo não está mais alinhada com o interesse público.

A extinção é gênero do qual são parte a revogação e a invalidação, objetos principais do presente capítulo. A redução do tema apenas às formas tradicionais de extinção, conforme aponta Ricardo Marcondes Martins<sup>1317</sup>, é incorreta e leva a equívocos na aplicação do direito. Portanto, antes de passar a análise específica a respeito da revogação e invalidação dos atos administrativos, cabe a menção a outras formas de retirada encontradas na doutrina.

### 29.1. ALGUMAS CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Em primeiro lugar, fala-se na extinção natural do ato administrativo. Nesta primeira classificação, a extinção ocorrerá, conforme Matheus Carvalho<sup>1318</sup>, de três possíveis maneiras. A primeira, pelo cumprimento dos efeitos, compreendida como a execução material daquilo que o ato determina. Também menciona o autor no fim do ato pelo advento de termo final ou condição resolutiva, isto é, respectivamente, quando um ato é válido por determinado período e, após decurso do tempo previsto, considera-se extinto e, no segundo caso, se sujeito a um evento futuro,

1316 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Extinção do Ato Administrativo. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico. n.p

1317 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5. 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1318 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p.314



a extinção se dá com a concretização do referido. A última hipótese ocorrerá pelo esgotamento do conteúdo jurídico.

Em uma visão comparativa entre as doutrinas, Regis Fernandes de Oliveira considera o esgotamento do conteúdo jurídico como a própria definição da extinção natural, não como uma das formas de sua ocorrência, enquanto apenas os atos de execução e advento de termo ou condição resolutive configuram modalidades da extinção natural.

Fala-se, ainda, na extinção dos atos administrativos por particular, a qual abarca, segundo Oliveira<sup>1319</sup>, a recusa e a renúncia. A diferença entre os institutos está apenas no momento em que o particular se manifesta, visto que na recusa o particular nega a concessão de determinado direito pela administração, enquanto na renúncia há a desistência de um direito do qual o particular já se encontrava em gozo. Sobre a renúncia, Carvalho<sup>1320</sup> destaca que só será aplicável aos atos ampliativos, isto é, que gerem direitos ao particular, enquanto as obrigações não podem ser renunciadas. Apesar do autor apenas mencionar a renúncia, entendemos pela aplicabilidade também à recusa, dado que são institutos semelhantes.

É possível ainda a extinção provocada acidental, definida por Regis Oliveira como a extinção provocada por fatos que não dependem da vontade do agente. Trata-se das hipóteses de desaparecimento do objeto ou da pessoa sobre a qual recai o ato<sup>1321</sup>.

Neste ponto, importante mencionar a classificação das formas de extinção apontadas por Ricardo Marcondes Martins. O autor trata extinção por fato administrativo, hipótese na qual não é necessário impor a força de outro ato para sua retirada. É o que o autor denomina de autorretirada, a qual abarca todas as classificações anteriormente apontadas. O doutrinador realiza uma divisão em dois grupos de extinção por fato administrativo. O primeiro deles é o desaparecimento do sujeito ou do objeto sobre o qual recai o ato. O segundo grupo trata da extinção pelo cumprimento dos efeitos jurídicos, o qual inclui as já mencionadas formas extinção pela execução material do ato, advento de termo ou condição resolutive, a renúncia e a recusa. Além destas, o autor ainda menciona como forma de extinção por cumprimento dos efeitos jurídicos, a decadência, caducidade ou desuso. Trata-se do não exercício, dentro de prazo fixado no ato, de direito assegurado ao beneficiário.<sup>1322</sup>

Regis Fernandes de Oliveira menciona, ainda, a extinção provocada voluntária. Esta pode se dar por ação, quando o próprio ato prevê sua extinção, que se dará por advento de termo ou condição. É diferente da extinção natural, pois na extinção por ação, a própria Administração faz constar no ato o marco para sua extinção, enquanto na extinção natural, a previsão é legal ou a consumação do ato é imediata, no momento de sua execução.

Por fim, na seara do referido autor, menciona a extinção provocada voluntária por reação, quando outras declarações de vontade levam à extinção do ato administrativo. O autor destaca que a referida declaração pode ser da própria Administração, bem como do Judiciário. É o que se chama retiro, modalidade de extinção na qual se enquadra a revogação e a invalidação, as quais serão analisadas de modo específico posteriormente. Há ainda, dentre as formas de retiro, a cassação, a qual detém caráter sancionatório, uma vez que extingue ato que concede benefício condicionado à determinada obrigação, em caso de descumprimento dessa.<sup>1323</sup> Matheus Carvalho, a respeito da cassação, acrescenta que se configura como hipótese de ilegalidade superveniente, ocasionada pelo beneficiário do ato.<sup>1324</sup>

Por fim, antes de passar à análise dos institutos da invalidação e da revogação, menciona-se mais duas formas de extinção. Em primeiro lugar, tem-se a caducidade, hipótese na qual lei superveniente impede que o ato administrativo anterior permaneça válido e eficaz. Carvalho aponta como uma segunda hipótese de ilegalidade superveniente, porém por força de lei. Não se pode deixar de afirmar que a caducidade não se confunde com a extinção por fato

1319 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Extinção do Ato Administrativo. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico. n.p

1320 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p.314

1321 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Op cit. n.p.

1322 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1323 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Extinção do Ato Administrativo. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico. n.p

1324 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p. 320

administrativo de caducidade, mencionada na classificação de Ricardo Marcondes Martins. O próprio autor aponta haver, nesse caso, uma ambiguidade, mas ressalta que são institutos diferentes. Enquanto este se refere à ilegalidade superveniente em razão da edição de ato normativo, aquele trata do não exercício de direito pelo beneficiário em prazo fixado no ato.<sup>1325</sup>

Por fim, tem-se a contraposição, quando um ato administrativo posterior tem conteúdo incompatível com o ato anterior a ser extinto. Carvalho observa, nesse ponto, que não há que se falar em ilegalidade, mas na mera impossibilidade de manter o ato prévio, em razão dos conteúdos antagônicos.<sup>1326</sup>

## 29.2. REVOGAÇÃO

Inicialmente, recorre-se à definição dada por Matheus Carvalho, segundo a qual a revogação é a extinção do ato administrativo válido por razões de mérito.<sup>1327</sup> Isto significa dizer que a revogação é ato decorrente de um juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, pelo qual se constata a ausência de interesse que determinado ato se mantenha válido e vigente, apesar de não haver qualquer vício que o invalide.

Como já visto anteriormente, a revogação do ato administrativo é uma das formas de extinção do ato administrativo por retirada. Ricardo Marcondes Martins aponta que o termo revogação indica tanto a atividade quanto o efeito, isto é, há o ato administrativo de revogação e o efeito de retirar do sistema jurídico ato prévio.<sup>1328</sup>

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello que o fundamento da revogação dos atos administrativos é a competência discricionária da Administração Pública.<sup>1329</sup> Para o mesmo sentido aponta a doutrina de Hely Lopes Meirelles<sup>1330</sup>. Ricardo Marcondes Martins frisa que a discricionariedade não advém, ao contrário do que se pensa, da aplicação de princípios jurídicos ou a realização de ponderação, mas da existência de múltiplas alternativas juridicamente cabíveis.<sup>1331</sup>

Partindo do exposto, tem-se o necessário para compreender os demais aspectos da revogação. Isto é, sendo fundada na competência discricionária, infere-se que a revogação só pode ser realizada pela Administração e, em nenhuma hipótese, em sede do Legislativo ou Judiciário. Em razão disso, nos alerta Martins que a revogação é exercício de administração ativa.<sup>1332</sup>

Importante também que seja o Poder Público titular da relação jurídica criada, como afirma Regis Fernandes de Oliveira.<sup>1333</sup> No mesmo sentido, Marcondes Martins assegura que, para que ocorra a revogação, a Administração deve ser detentora do domínio da situação jurídica, a qual deve ser marcada por precariedade.<sup>1334</sup> Via de regra, não se pode falar em revogação dos atos instantâneos, isto é, para que ocorra tal fenômeno, os efeitos do ato devem ser contínuos, uma vez que não há sentido na extinção de um ato que já exauriu todos os seus efeitos.

1325 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1326 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p. 320

1327 Ibidem. p. 320

1328 MARTINS, Ricardo Marcondes. Op cit. n.p

1329 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 458

1330 MEIRELLES, Hely Lopes. APUD MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1331 MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. cit n.p

1332 Ibidem. n.p

1333 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Revogação do ato administrativo. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico. n.p

1334 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

Em resumo, conforme a linha de Ricardo Marcondes Martins, são três os requisitos para a revogação: a existência de ato administrativo que produza efeitos; a possibilidade de a Administração dispor dos efeitos, a existência de interesse público.<sup>1335</sup>

Passando à discussão dos efeitos do ato de revogação, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que ocorre a extinção do ato prévio, conservando os efeitos até então produzidos.<sup>1336</sup> São, portanto, *ex nunc* os efeitos da revogação.

Sobre os efeitos, apesar de reforçar a tese de que sejam irretroativos, Martins realiza uma divisão entre efeito principal e secundário da revogação. O primeiro refere-se a retirada em si do ato administrativo, enquanto o segundo, em decorrência do primeiro, extingue a relação jurídica antes constituída. Bem como reforça que o beneficiário não terá direito à indenização pela revogação, uma vez que a precariedade caracteriza as situações jurídicas passíveis de revogação.<sup>1337</sup>

Quanto ao efeito repristinatório, ou seja, o retorno de um ato administrativo anterior em razão da revogação de outro, posterior a esse, a doutrina nega sua ocorrência. É o posicionamento de Matheus Carvalho<sup>1338</sup> e Ricardo Marcondes Martins<sup>1339</sup>.

Por fim, necessário tratar dos limites à revogação, dado que nem todos atos serão revogáveis, a exemplo dos atos que se consumam instantaneamente, como visto anteriormente. Ricardo Marcondes Martins afirma que as limitações aos atos revocatórios não são temporais, mas formais e procedimentais.<sup>1340</sup> Nesse âmbito, para além dos já mencionados atos, mencionaremos um rol de hipóteses em que não será cabível a revogação, elencado Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1341</sup>:

Inicialmente, serão irrevogáveis os atos assim declarados por lei, pois é possível a restrição do poder discricionário do Poder Público.

Os atos vinculados, por sua vez, também não serão passíveis de extinção por revogação. Trata-se de ato que deve se manter no mundo jurídico, pois não são sujeitos à discricionariedade.

Meros atos administrativos, ou seja, atos que apenas declarem ou emitam opinião, pois não há disponibilidade sobre os mesmos. Matheus Carvalho nomina tais atos de meramente enunciativos.<sup>1342</sup>

Atos de controle também não serão revogáveis, uma vez que não haverá competência para tal (se exaure no momento da prática do ato). Carvalho acrescenta que não são atos praticados propriamente no exercício da função administrativa e não criam direitos ou obrigações.

Atos que geram direitos adquiridos, por força da Constituição Federal, que considera os mesmos dentre os preceitos fundamentais, elencado em seu artigo 5º, XXXVI.

Atos complexos, uma vez que dependem de mais de uma declaração de vontade, não havendo espaço para a revogação por vontade única e exclusiva do Poder Público.

Atos do procedimento administrativo que devem ser expedidos tempestivamente, em razão da preclusão, bem como atos finais de processos administrativos contenciosos, os quais são cobertos pela coisa julgada administrativa.

---

1335 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1336 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 458

1337 MARTINS, Ricardo Marcondes. Op cit. n.p

1338 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p. 319

1339 MARTINS, Ricardo Marcondes. Op cit. n.p

1340 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1341 MELLO, Celso Antônio Bandeira de., 2019 APUD MARTINS, Ricardo Marcondes. Op cit. n.p

1342 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p. 319

Ricardo Marcondes Martins acrescenta ao rol supramencionado os atos bilaterais. Segundo o autor, não podem ser revogados, pois exigem manifestação privada, de modo que a precariedade do ato se exaure, deixando de incidir, pois, a discricionariedade necessária ao poder de revogar<sup>1343</sup>.

### 29.3. INVALIDAÇÃO

A invalidação, conforme já anteriormente adiantado, constitui, também, hipótese de retirada do ato administrativo. Celso Antônio Bandeira de Melo conceitua a invalidação como a extinção do ato editado em desconformidade com a ordem jurídica.<sup>1344</sup>

Quanto a denominação, Matheus Carvalho considera a invalidação como sinônimo de anulação.<sup>1345</sup> Regis Fernandes de Oliveira diverge ao diferir os termos, à medida que a invalidação seria a retirada de um ato administrativo em desconformidade com o ordenamento por iniciativa próprio Poder Público, enquanto a anulação seria a supressão do ato em razão da atuação do Poder Judiciário.<sup>1346</sup> Bandeira de Mello também não realiza tal divisão no conceito ao admitir que a invalidação pode se dar por ato administrativo ou jurisdicional.<sup>1347</sup>

Ricardo Marcondes Martins, ao tratar do tema, destaca que o fundamento da invalidação é, para o Judiciário, a função jurisdicional, por se tratar da revisão de ato supostamente viciado, mediante provocação. Por outro lado, em se tratando da invalidação pela própria Administração, tem-se o princípio da autotutela. Este entendimento está consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da edição da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Martins afirma, ainda, ser vinculada a correção do ato inválido, isto é, o agente público, ao constatar o vício não pode deixar de anular o ato. Motivo pelo qual se justifica também a possibilidade de atuação do poder Judiciário, dada a possibilidade de inércia da Administração mediante o dever de agir. O autor afirma, ainda, que tal atuação não será necessariamente a extinção do ato, mas também admite a modificação do mesmo, nos casos em que se admite a convalidação. Defende, pois, a tese de que nem todo ato inválido deve ser eliminado da ordem jurídica, sendo esta a opção para os casos em que não se possa, de qualquer modo, aproveitar os efeitos do referido ato, pela via da convalidação.

Em sentido diverso, Regis Fernandes de Oliveira nega a ideia de convalidação, uma vez que afirma ser impossível refazer um ato anterior. O autor afirma que, nestes casos, o que ocorre não é a convalidação do ato em si, mas a concessão de uma roupagem jurídica a alguns efeitos produzidos pelo ato inválido, uma vez que seriam admissíveis pelo ordenamento jurídico, caso o ato que levou a sua produção fosse livre de vícios.<sup>1348</sup>

Quanto aos efeitos da invalidação, a doutrina fala, de maneira geral, em efeitos *ex tunc*. Nesse sentido, com a retirada do ato, suprime-se também todos os seus efeitos, bem como a ordem jurídica deve ser reestabelecida. É a posição de Regis Fernandes de Oliveira, bem como Matheus Carvalho<sup>1349</sup> e Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1350</sup>. Carvalho ressalva a regra quanto aos terceiros de boa-fé e os direitos adquiridos. A respeito dos efeitos, Ricardo Marcondes Martins levanta um olhar mais flexível sobre os mesmos, em uma análise casuística, pois conforme o autor, os efeitos da revogação, isto é, se serão ou não retroativos, dependerão de diversos fatores, entre eles: a boa-fé do administrado, a confiança legítima, o decurso do tempo, entre outros.

1343 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

1344 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 471

1345 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p. 315

1346 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A invalidade do ato Administrativo. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico. n.p

1347 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 470

1348 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. A invalidade do ato Administrativo. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico. n.p

1349 CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed. p.315-316

1350 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 474

Matheus Carvalho sistematiza os atos em desconformidade com a ordem jurídica em quatro espécies: atos nulos, anuláveis, inexistentes e irregulares.<sup>1351</sup> Por meio dessa classificação, relaciona os efeitos da invalidade sobre cada ato, bem como a possibilidade de convalidá-lo ou não.

Seriam inexistentes os atos que violam princípios básicos de direito e menciona o exemplo de um ato que autorize trabalho escravo. Sob nenhuma hipótese um ato inexistente pode ser convalidado ou ter os efeitos aproveitados.

Atos nulos são os que decorrem do não cumprimento de requisitos legais para a edição do referido ato. Neste caso, alguns efeitos poderão ser resguardados pela anulação, para resguardar o terceiro de boa-fé, no entanto, o autor considera que os efeitos serão, via de regra, *ex tunc*.

Atos anuláveis seriam aqueles que possuem vícios sanáveis, embora praticados em desconformidade com a lei. Neste caso, há possibilidade de convalidação, ou seja, a correção do ato para a posterior produção de efeitos de maneira regular.

Os atos irregulares se configuram por conter vício material irrelevante, o qual não enseja nulidade, mas apenas a responsabilização do agente.

Por fim, é válido tratar dos limites à invalidação. Ao contrário do que ocorre na revogação em que não há limites temporais para que a Administração exerça o poder de retirar os atos válidos do ordenamento jurídico, o mesmo não ocorre na seara da invalidação. Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins sistematiza os posicionamentos doutrinários a respeito do tema em três correntes de pensamento. A primeira, denominada corrente negativa, defende a inexistência de prazo para a invalidação pela Administração. Há menção também a corrente afirmativo-dicotômica, segundo a qual haveria um prazo mais dilatado para a invalidação de atos nulos, enquanto os atos anuláveis teriam prazo mais exíguo. A terceira corrente mencionada é a afirmativo-unitária, segundo a qual levanta-se, com base no artigo 54 da lei 9.784/1999, supletivamente, pois não há disposição específica sobre o tema, o prazo único de 05 anos para a invalidação de qualquer vício.<sup>1352</sup>

## 29.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: Juspodvm, 2019. 6ª ed.

FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). *Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5. Livro eletrônico. 2ª ed.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1 ed. Livro eletrônico.

1351 CARVALHO, Matheus. Op cit. p. 315

1352 MARTINS, Ricardo Marcondes. Extinção do ato administrativo. In: FILHO, Romeu Felipe Bacellar; MARTINS, Ricardo Marcondes; Pietro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (coord.). *Tratado de Direito Administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 5. 2ª ed. Livro eletrônico. n.p

---

# **PARTE VII**

## **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**



## CAPÍTULO 30 – CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: MODALIDADES

*Lorenzo Caser Mill*

**SUMÁRIO:** 30.1. Os contratos celebrados pela Administração. 30.2. Modalidades de contrato administrativo; 30.2.1. Concessão comum de serviço público; 30.2.2. Concessão de obra pública; 30.2.3. Concessão de uso de bem público; 30.2.4. Contrato de obra pública e serviço público; 30.2.5. Contrato de fornecimento. 30.3. Conclusão. 30.4. Referências bibliográficas.

### 30.1. OS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO

Entende-se por contrato a relação jurídica ancorada fundamentalmente em um acordo de vontades, na qual as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal modo que nenhum dos contratantes pode unilateralmente – ou seja, sem concurso volitivo – alterar ou extinguir o objeto pactuado. Uma vez celebrada a avença, os elementos da consensualidade para a formação do vínculo e da autoridade dos termos nele inculcados fazem do contrato norma jurídica entre os envolvidos.<sup>1353</sup> É ele um elo jurídico intersubjetivo que, contando ou não com prazo de vigência e no decorrer de tal prazo, faz-se afastável somente por contrariedade à legislação posta ou por anuência dos contratantes.

Muitas são as classificações dogmáticas dos contratos celebráveis entre pessoas físicas, entes privados e entes públicos. Leva-se em conta, primeiramente, a qualificação jurídica de um ou de todos os contratantes; em seguida, é destacado o objeto da avença – isto é, o escopo do pacto prestacional ali firmado; e por fim, já se atendo às constatações anteriores, identifica-se o microsistema material que regerá o vínculo. Assim se definem contratos consumeristas, contratos empresariais, contratos cíveis, contratos trabalhistas etc., muito embora os intérpretes judiciais possam flexibilizar esse itinerário casuisticamente. Seria ineficaz, por exemplo, um contrato tomado por empresarial regido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, bem como um contrato administrativo judicialmente revisto por disposições da Consolidação das Leis do Trabalho. É um problema de sujeito e de objeto.

O tema deste trabalho se volta aos denominados contratos administrativos, o que torna relevante, antes de passarmos ao crivo de cada uma das modalidades contratuais administrativas, entendermos as avenças que potencialmente são abarcadas pelo conceito.

Quanto ao sujeito, não parece haver dúvidas: um contrato administrativo deve envolver a administração pública direta ou indireta em um, em ambos ou em todos os polos da relação contratual – o convênio é um ajuste que pode ser celebrado apenas entre entes federativos, por exemplo, embora sua natureza contratual seja questionável em razão da reciprocidade de interesses envolvidos. Já o objeto é o ponto fulcral sobre o qual debruça-se o debate: fará ele com que alguns contratos celebrados pela administração sejam considerados contrato de direito privado,



enquanto outros tomar-se-ão por contratos administrativos.

Maria Sylvia Di Pietro<sup>1354</sup> indica, ao tratar do objeto, que o contrato administrativo visa à *prestação de serviço público*, não no sentido restrito de atividade exercida sob regime jurídico exorbitante – ou seja, regida por disposições que fogem ao direito privado –, mas em sentido lato, abrangendo toda atividade que o Estado assume perquirindo a realização de um valoroso interesse público.<sup>1355</sup> Englobam tais contratos, assim, os serviços públicos comerciais e industriais do Estado “que, embora exercidos, em geral, sob regime de direito privado, podem ter execução transferida ao particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência”, bem como a utilização privativa de bem público de uso comum ou uso especial, uma vez que tais bens, sendo inalienáveis, estão fora do comércio jurídico de direito privado.

Em contrapartida, os contratos de direito privado da administração geralmente restringem seu objeto à facilitação ou à viabilização da prestação do serviço público, como a locação de um imóvel para nele instalar uma repartição pública, ou a contratação de empresa terceirizada para a limpeza de unidades de saúde. São eles apenas um *meio* para que se proceda à atividade de notório interesse público, razão pela qual a caracterização do contrato administrativo é a utilidade pública que resulta *diretamente* da avença.

A partir da delimitação do objeto, passa-se à disciplina legal do vínculo: enquanto os contratos de direito privado travados pela administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas da área de direito homônima – marcada pela simetria dos sujeitos e pela estabilidade dos atos consumados –, os contratos administrativos sujeitam-se às “regras e aos princípios hauridos do direito público, admitida, tão-só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto”.<sup>1356</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, no entanto, faz importante observação: ao menos no que toca às condições e formalidades para estipulação e aprovação, tanto os contratos administrativos quanto os contratos de direito privado da administração devem obedecer aos ditames do direito público, sob pena de caracterização de vícios específicos dessa seara, como violação à moralidade e à impessoalidade administrativas. Exemplo: conquanto o contrato celebrado seja uma locação regida pelo direito privado, sua celebração, por envolver ente público, deve ser precedida de licitação – ressalvada a possibilidade legal de dispensa (art. 24, inciso X, da Lei nº 8.666/93).

Como afirmado no introito deste capítulo, a Administração detém a prerrogativa de promover alterações unilateralmente no contrato, desde que respeitado o seu objeto, e até de extingui-lo. A Lei nº 8.666/93 prevê as hipóteses em que são cabíveis tais *instabilidades*: quando há necessidade de modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e quando se faz necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto. Esse poder, somado a outros como acompanhamento e fiscalização contínua da execução da avença e a imposição de sanções estipuladas quando faltas do obrigado as ensejarem, gera questionamentos por parte de alguns autores a respeito da denominação de “contrato” às avenças firmadas entre a Administração e particulares.

Isso porque a dinâmica de verticalização imposta, sobretudo nas figuras das “cláusulas exorbitantes” explícitas e implícitas – ou tão só da sistemática normativa que protege acentuadamente determinadas atividades públicas –, coloca a avença verdadeiramente à mercê de uma das partes, subvertendo profundamente a noção de contrato enraizada na teoria geral do direito.<sup>1357</sup>

Nada obstante, fugindo à semântica da coisa, o que se deve ter por cediço é a intocabilidade do interesse particular em meio ao que fora consensual e expressamente acertado nas cláusulas do contrato administrativo, que já conta com natural priorização do interesse público em sua escrituração e interpretação. De modo algum a

1354 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.4.

1355 A autora indica que a incapacidade da iniciativa privada de lidar com a atividade seria um pressuposto para que o Estado assumisse o serviço, caso este se apresente como imprescindível à população. Porém, variantes afeitas aos campos teórico-político e socioeconômico derrubam o argumento, dado que há muito serviços são nacionalizados sob a regência de conceitos como “segurança nacional” e “soberania energética”. Inclusive, a CF/88 estabelece que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

1356 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 615.

1357 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 615–616.

espécie de negócio em comento configura relação em que assistem vantagens e poderes apenas para uma das partes – sob pena de impossibilidade de sua subsistência no mundo real-social. Quanto aos mecanismos de efetivação de tal intocabilidade – preservação o equilíbrio econômico-financeiro, dever de indenização dos investimentos já consumados, dentre outros –, merecerão abordagem mais aprofundada em capítulos subsequentes desta obra.

Celso Antônio Bandeira de Mello é particularmente acurado nesse tema, merecendo a transcrição de trecho pertinente:

A existência das prerrogativas especiais ou das cláusulas assaz de vezes nominadas de “exorbitantes”, quer assim se qualifiquem por serem apenas insuetas no Direito Privado, quer assim se designem por serem, sobre incomuns, também inadmissíveis nas relações entre particulares, em absoluto representa aniquilamento ou minimização dos interesses do contratante no objeto de sua pretensão contratual.

Pelo contrário: a outra face do problema, contraposta às prerrogativas da Administração, assiste precisamente no campo das garantias do particular ligado pelo acordo. Cabe-lhe integral proteção quanto às aspirações econômicas que ditaram seu ingresso no vínculo e se substanciaram, de direito, por ocasião da avença, consoante os termos ali estipulados. Esta parte é absolutamente intangível e poder algum do contratante público, enquanto tal, pode reduzir-lhe a expressão, feri-la de algum modo, macular sua fisionomia ou enodá-la com jaça, por pequena que seja.

Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado.<sup>1358</sup>

Muito dessa ponderação se deve ao giro constitucional-democrático sofrido por toda a legislação infraconstitucional após a CF/88, seja a recepcionada ou a por vir. Gustavo Binbenbujm destaca que operou-se uma redefinição de categorias e o realinhamento jurídico de determinados institutos tradicionais da dogmática administrativa, a fim de submetê-los à preferência apriorística reconhecida aos direitos fundamentais do indivíduo e ao dever de ponderação proporcional que preside a atuação estatal – legislativa, administrativa e judicial – no balanceamento entre interesses individuais e objetivos coletivos.

O exemplo mais marcante seria a novel aplicação, quase que ressignificada, do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares, de matriz pré-constitucional. Arremata o autor:

Em verdade, todo o arcabouço teórico do direito administrativo tem os seus contornos redefinidos pelos dois pilares estruturantes do Estado constitucional contemporâneo: o sistema democrático e o sistema de direitos fundamentais. Enquanto o sistema de direitos fundamentais viabiliza a autodeterminação individual, o sistema democrático viabiliza a autodeterminação coletiva, sendo ambas manifestações da autonomia privada e pública dos cidadãos. Todo o debate em torno da legitimidade da autoridade do Estado e do direito converge, hodiernamente, para as relações de interdependência entre esses dois elementos, essenciais para o respeito, proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. À centralidade de tais elementos legitimadores da ordem jurídico-constitucional deve corresponder uma igual centralidade na organização e funcionamento da Administração Pública.<sup>1359</sup>

Pois bem. Feita a delimitação dos seus contornos enquanto instituto, passa-se à análise das modalidades possíveis de contrato administrativo.

## 30.2. MODALIDADES DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Maria Sylvia Di Pietro<sup>1360</sup> indica como modalidades de contrato administrativo *i)* a concessão de serviço público – precedida ou não de obra pública –, *ii)* a concessão de obra pública, *iii)* a concessão de uso de bem público, *iv)* as parcerias público-privadas – também denominadas concessões especiais, subdividas nas espécies administrativa e patrocinada –, *v)* o contrato de prestação ou locação de serviços, *vi)* o contrato de fornecimento, *vii)* o contrato de empréstimo público e *viii)* o contrato de função pública.

1358 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 622-623.

1359 BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 44-45.

1360 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.8.

Já Hely Lopes Meirelles<sup>1361</sup> aponta como modalidades a concessão de serviço público, a concessão de obra pública e a concessão de uso do domínio público, o contrato de obra pública e serviço público, o contrato de fornecimento, o contrato de gerenciamento, o contrato de gestão, o contrato de programa, o termo de parceria, o contrato de parceria público-privada (PPP), o contrato de franquia postal e o contrato de consórcio público.

Por derradeiro, Odete Medauar<sup>1362</sup> diz que os contratos administrativos celebrados com mais frequências são os contratos de obras, de serviços, de compra, de concessão e de permissão de serviço público formalizada por contrato de adesão.

Conciliando a autoridade dos mencionados autores – e até por natural restrição de espaço desta obra –, serão analisados, dessarte, a concessão em suas várias modalidades, visto ser o contrato administrativo por excelência; o contrato de obra pública e serviço público, aqui tratado de forma una em razão da similaridade legal dos dois mencionados institutos; e o contrato de fornecimento.

### 30.2.1. CONCESSÃO COMUM DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício do serviço a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo poder público.<sup>1363</sup> A pessoa jurídica de direito privado substitui o Estado na viabilização e na prestação de um determinado serviço e, para utilizá-lo, o cidadão estará sujeito a uma tarifa comumente pontual cobrada direta e exclusivamente pelo concessionário – ressalvadas outras formas de remuneração decorrentes da exploração do serviço.

Esse é o conceito aplicável às concessões disciplinadas pela Lei nº 8.987/95 e que poderá ser alterado em relação às parcerias público-privadas, porque, nesse caso, a remuneração por tarifa tende a deixar de ser a forma principal ou única de remuneração dos concessionários.

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta por três elementos que delimitam sua natureza jurídica: um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço; um ato-condição, por meio do qual a concessionária voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo poder público; e um contrato, por cuja via se garante o equilíbrio econômico-financeiro que resguarda o escopo de lucro do concessionário<sup>1364</sup> – estando aí o caráter paritário e sinalagmático da avença.

No que diz respeito às concessões comuns, têm-se aquela concessão de serviço público propriamente dita, que consiste na delegação de sua prestação mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; e a concessão de serviço público precedida de obra pública, que demanda a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Pois bem. O art. 175 da CF/88 dispõe que o poder público, *na forma da lei*, prestará os serviços públicos diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. No que toca à legislação infraconstitucional, o art. 2º da Lei nº 9.074/95 veda ao poder público executar serviços públicos por meio de concessão ou permissão *sem lei autorizativa*.<sup>1365</sup> Portanto, instaura-se a divergência quanto à significação da expressão “na forma da lei”: trata-se de exigência de prévia autorização legislativa para a delegação ou de uma mera atuação legislativa orientadora das condições genéricas da delegação?

1361 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 266.

1362 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 248.

1363 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 701.

1364 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 711.

1365 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 253.

Marçal Justen Filho defende que a decisão de transferir a gestão do serviço a particulares é deveras gravosa para estar abarcada pela órbita discricionária do Executivo, envolvendo interesses de natureza transcendente que necessariamente devem ser considerados nos embates legislativos.<sup>1366</sup> Já Rafael Rezende Oliveira, em sentido oposto, entende que a exigência de autorização legislativa específica é inconstitucional, porquanto seria afrontosa à separação de poderes a interferência prévia do Legislativo em atos de gestão do Executivo, tais como a decisão de escolha pela prestação direta do serviço público ou sob regime de delegação.<sup>1367</sup> Essa também é a interpretação de Maria Sylvia Di Pietro, pregando que exceções ao princípio da separação de poderes seriam cabíveis apenas nos casos expressos na Constituição Federal, na estadual ou em lei orgânica – algo que não consta da exegese do art. 175 da CF/88.<sup>1368</sup>

Quanto à remuneração da concessionária, neste tema reside a característica fulcral dessa modalidade de contrato, que a distingue dos meros contratos administrativos de prestação de serviços. Como regra geral, a remuneração do concessionário se dá mediante tarifa cobrada dos usuários do serviço público concedido, e, por mais que a cobrança costume ser pontual – isto é, existente apenas quando de fato utilizado o serviço –, a Súmula nº 356 do STJ, versando sobre telefonia fixa, permitiu a cobrança de “tarifa básica” do usuário para cobrir custos de disponibilização do serviço.

A tarifa, prevista no contrato de concessão e fixada nos termos da proposta vencedora da licitação, deverá ser revista durante a execução da avença, a fim de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual e de garantir a *modicidade* da tarifa.<sup>1369</sup> E tal garantia da modicidade, por sinal, é justamente a única hipótese em que o poder público poderá contribuir com a remuneração do concessionário – socializando os dispêndios para a manutenção da tarifa em patamar baixo. Sobremodo em razão do veto presidencial ao art. 24 do Projeto de Lei nº 179/90, que deu origem à legislação vigente e admitia uma receita bruta mínima paga pelo poder concedente ao concessionário, a subvenção do poder público não pode servir de tergiversação para eventual afastamento dos riscos ordinários da exploração empresarial do serviço público.<sup>1370</sup> Não pode o concessionário eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual.

A modalidade de licitação adequada à concessão é a concorrência, na forma do art. 2º, II, III e IV, cumulada com o art. 40, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95. Todavia, é possível a utilização de outras modalidades em caso de autorização por legislação específica: a Lei nº 9.074/95, por exemplo, admite o leilão quando o serviço é prestado por pessoa jurídica sob controle direto ou indireto da União, a fim de promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações.<sup>1371</sup> No mesmo sentido, a Lei nº 9.491/97 permite a utilização do leilão para delegação de serviços públicos, tendo o STF julgado constitucional o leilão para promover a desestatização de linhas de transporte rodoviário.<sup>1372</sup>

O art. 175 da CF/88, ao prever a obrigatoriedade de licitação, não contém a ressalva do art. 37, XXI, que permite contratação direta nas hipóteses previstas em lei; assim, não se aplicam às licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666/93. Admite-se, nada obstante, a declaração de inexistência desde que se demonstre a inviabilidade de competição.<sup>1373</sup>

Como em qualquer modalidade contratual, seja ela pública ou privada, os contratos de concessão podem ser extintos, e as formas para tal estão previstas no art. 35 da Lei nº 8.987/95. São elas: i) o advento do termo contratual, extinção natural do contrato com o fim do prazo pactuado; ii) a encampação, uma retomada do serviço público pelo poder concedente que não demanda descumprimento contratual de uma ou ambas as partes, exigindo, para

1366 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 76.

1367 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 254.

1368 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 89.

1369 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 259.

1370 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 93.

1371 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 260.

1372 Informativo de jurisprudência nº 525 do STF.

1373 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.8.1.3.2.

isso, indenização prévia ao concessionário e advento de lei autorizativa específica; *iii*) a caducidade, decorrente da inexecução total ou parcial do contrato pelo concessionário, exigindo-se apenas a indenização dos bens reversíveis por parte do poder concedente, vez que não se admite o confisco; *iv*) a rescisão, motivada pelo inadimplemento do poder concedente e que só pode ser constituída por sentença judicial; *v*) a anulação, causada por ilegalidade na licitação ou no próprio contrato de concessão, podendo ser declarada na via administrativa mediante autotutela ou na seara judicial; e *vi*) a falência ou extinção da empresa concessionária, o que cria um ente despersonalizado – “massa falida objetiva” – responsável por todas as obrigações outrora titularizadas pela pessoa jurídica falida.

Enfim, como o tema não pode ser exaurido no espaço deste trabalho, finalizamos o trato sobre concessão comum com a (in)aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas relacionadas ao contrato de concessão. Como afirmado no introito do capítulo, jamais seria plausível a submissão de um contrato administrativo ao CDC – com respeitável divergência por parte de Rafael Rezende Oliveira<sup>1374</sup> –, motivo pelo qual o contrato de concessão *per se* nada tem a ver com os ditames consumeristas. Isso não impede, porém, que a prestação dos serviços públicos submeta-se a eles, resguardando os direitos e obrigações do usuário na sua relação com o concessionário. Ressalte-se que são duas relações de direito material distintas: a travada entre o Estado e o concessionário, e a travada entre o concessionário e o usuário do serviço – a responsabilização do Estado é subsidiária e exsurge quando resta comprovado que o concessionário não tem como arcar com a reparação devida. O STJ, no julgamento do REsp nº 1.135.927/MG, concluiu que não é possível esvaziar a responsabilidade subsidiária do Estado em um caso de falência da empresa concessionária do serviço, por exemplo.

O art. 7º da Lei nº 8.987/95, então, expressamente consagrou a aplicação do CDC aos serviços públicos, enquanto o CDC faz referência aos serviços públicos em seus arts. 4º, VII, 6º, X, e 22. Contudo, não é sempre que haverá essa compatibilização: o teor administrativo do contrato celebrado entre Administração e concessionário inevitavelmente impacta a posterior relação desse com o usuário, tal como a elevação de tarifa, sem qualquer contrapartida, com fins de compensar gratuidade conferida pelo poder público a uma determinada categoria, algo que poderia violar prerrogativas do usuário sob um prisma consumerista-privatista. Ademais, a alteração unilateral do contrato pelo poder concedente tem o condão de gerar reflexos para os usuários do serviço, cujo suposto “direito adquirido” não poderá ser alegado face à mudança imposta pelo concessionário de modo inexorável – afinal, a mudança foi perpetrada pelo poder público concedente, e não pelo concessionário.

Em suma, “a legislação do consumidor não se aplicará quando inadaptada à índole do serviço público, ou quando afronte prerrogativas indeclináveis do poder público ou suas eventuais repercussões sobre o prestador do serviço (concessionário ou permissionário)”.<sup>1375</sup>

### 30.2.2. CONCESSÃO DE OBRA PÚBLICA

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o poder público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona. Trata-se de modalidade autônoma em relação ao de concessão de serviço público; tem ele por objeto a execução de uma obra, sendo secundária a prestação ou não de um serviço público. Isso ocorre sobremodo na medida em que se aceita a possibilidade de que o concessionário seja retribuído não por meio de exploração da obra, após a sua conclusão, mas por meio de contribuição de melhoria.<sup>1376</sup>

Não se deve confundir a concessão de obra pública com a concessão de serviço público precedida de obra pública, desacerto atribuído precipuamente à redação ruim do inciso III do art. 2º da Lei nº 8.987/95. A exploração de obra pública, decorrente de concessão dela, configura concessão de obra pública, e não concessão de serviço público. É necessário esclarecer que, naquele dispositivo, ao conceituar-se a concessão de serviço público precedida de obra pública, estão impropriamente compreendidas ora uma concessão de serviço público, ora uma concessão de obra pública, conforme se trate de delegação para explorar serviço ou delegação para explorar obra, objetos perfeitamente

1374 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015, p. 277.

1375 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 747.

1376 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.8.1.5.

distintos e discerníveis.<sup>1377</sup>

De todo modo, em ambos os casos não é a Administração que remunera o concessionário pela construção da obra; serão os futuros usuários, por meio de contribuição de melhoria – espécie de tributo de competência comum dos entes federativos, instituído em razão de obra pública que proporciona valorização do imóvel do indivíduo tributado – ou por meio de tarifas fixadas no contrato. Neste último caso, é assegurado ao concessionário o direito de administrar o serviço pelo tempo necessário à recuperação do capital investido e à obtenção de uma margem de lucro ou retorno. Tal modalidade é aplicável à construção de obras de infraestrutura em geral, como rodovias, ferrovias, portos e até estádios de futebol.

### 30.2.3. CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO

É o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública faculta a terceiros a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme a sua destinação. A concessão de uso pressupõe um bem público cuja exploração ou uso não se preordena a satisfazer necessidades ou conveniências do público em geral – tal como nas concessões de serviço público ou de obra pública –, mas as do próprio interessado ou de alguns singulares indivíduos. O objeto da relação não é, pois, a prestação do serviço à universalidade do público, mas tão somente o uso do próprio bem em proveito do próprio concessionário, o que inclui potencial comercialização limitada dos produtos desse uso.<sup>1378</sup>

Portanto, o elemento fundamental na concessão de uso é a *finalidade*, exigindo-se plena sintonia entre a exploração ou o uso e a destinação do bem, cujo caráter dominial, especial ou comum delimitará os termos centrais do contrato de concessão a ser celebrado. Maria Sylvia Di Pietro é cirúrgica na análise do tema:

No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem de atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, de bens de uso especial, como os mercados e cemitérios, parcialmente afetados ao uso privativo, dos bens destinados à ocupação por concessionários de serviços públicos, e dos bens dominicais postos no comércio jurídico para fins de moradia, cultivo da terra, exploração agrícola ou industrial, reforma agrária.

Quando a concessão implica utilização de bem de uso comum do povo, a outorga só é possível para fins de interesse público. Isto porque, em decorrência da concessão, a parcela de bem público concedida fica com sua destinação desviada para finalidade diversa: o uso comum a que o bem estava afetado substitui-se, apenas naquela pequena parcela, pelo uso a ser exercido pelo concessionário. Além disso, como a concessão é outorgada sob forma contratual e, em geral, por prazos mais prolongados, dela decorre estabilidade para o concessionário, uma vez que não pode ser despojado de seu direito de utilização privativa antes do termo estabelecido, a não ser por motivo de interesse público relevante e mediante justa indenização. Tais circunstâncias afastam a possibilidade de concessão de uso para fins de interesse particular do concessionário, a não ser nas hipóteses em que o uso privativo constitua a própria finalidade do bem. A utilização que ele exercer terá de ser compatível com a destinação principal do bem ou atender a outro fim de interesse coletivo.<sup>1379</sup>

Como consiste em modalidade contratual com legislação esparsa, há divergências quanto à modalidade de licitação a ser utilizada, porquanto restou silente o legislador no art. 2º da Lei nº 8.666/93. Considerando, então, que o Decreto-Lei nº 9.760/46 não cuida da concessão de uso, mas sim da cessão de uso, e que sua aplicação é restrita à União, permitindo que Estados e Municípios sigam suas próprias leis a respeito do assunto, mostra-se razoável observar o critério de valor estabelecido pelo art. 23, II, da Lei nº 8.666/93.<sup>1380</sup>

### 30.2.4. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA E SERVIÇO PÚBLICO

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, incisos I e II, define obra pública como toda “construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”; e serviço como “toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade,

1377 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 708.

1378 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 708-709.

1379 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 16.6.3.3.

1380 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 16.6.3.3.

seguro, ou trabalhos técnicos profissionais”. As definições não agradam devido ao enfoque nas atividades que caracterizariam uma obra ou um serviço, deixando de lado a conceituação mesma desses dois vocábulos jurídicos.

Marçal Justen Filho pontua que a expressão “serviço” pode ser utilizada como um gênero, de modo a abranger diversas espécies entre as quais se encontra, inclusive, a figura da “obra”. Sob esse enfoque, o serviço consiste no objeto de uma obrigação de fazer, que impõe a um sujeito o dever de aplicar seus esforços mecânicos e seus recursos intelectuais para desempenhar certa atividade, envolvendo ou não a utilização de instrumentos, materiais e o trabalho de terceiros. Mesmo na Lei nº 8.666/93, existem serviços de diversas naturezas e subordinados a diferentes regimes jurídicos – serviços de engenharia, serviços contínuos, serviços artísticos e afins.<sup>1381</sup>

Já a obra, para os fins de contratação administrativa, é o objeto de um contrato de prestação de serviços de engenharia. No que toca à Lei nº 8.666/93, a expressão “obra” deve ser interpretada na acepção restrita de obra de engenharia. Conquanto o inciso I do art. 6º aluda à “fabricação”, a disciplina jurídica diferenciada prevista no diploma parece aplicar-se apenas àquelas obras que envolvam o desempenho de atividade de engenharia. Se o contrato tiver por objeto a fabricação de móveis sob medida, por exemplo, ter-se-ia uma avença de prestação de serviços para efeitos da Lei nº 8.666/93.<sup>1382</sup>

Enfim, enquanto a definição de obra pública é taxativa, abrangendo apenas a construção, a reforma e a ampliação, a de serviço é exemplificativa, o que permite concluir que toda atividade contratada pela Administração e que não se inclua no conceito de obra pública, é serviço.<sup>1383</sup>

Nesse contexto, nada impede que a Administração execute diretamente uma obra, sem recorrer aos préstimos de um particular. A questão ganha contornos mais relevantes, porém, quando um particular é contratado para a execução dessa obra – hipótese em que haverá uma prestação de serviço. Tal execução indireta pode fazer-se sob qualquer das seguintes modalidades previstas no art. 6º, VIII da Lei nº 8.666/93: *i*) empreitada por preço global, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; *ii*) empreitada por preço unitário, quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas; *iii*) tarefa, quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais; e *iv*) empreitada integral, quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação.<sup>1384</sup>

Por fim, Marçal Justen Filho faz um alerta quanto à escolha da modalidade licitatória: é equivocado o entendimento de que apenas os serviços de engenharia poderiam ser contratados mediante pregão eletrônico, excluindo-se, desse modo, as obras de engenharia; e, também, que todos os serviços de engenharia poderiam ser objeto de contratação. A Lei nº 10.520/02 reservou o pregão para as hipóteses de “objeto comum”; logo, poderá adotar-se o pregão na área de engenharia – incluindo serviços e obras – quando existir objeto comum, o que nem sempre é o caso dos serviços.<sup>1385</sup>

### 30.2.5. CONTRATO DE FORNECIMENTO

É o contrato administrativo pelo qual a Administração adquire bens móveis e semoventes necessários à execução de obras ou serviços. Somente apresentará as características de contrato administrativo, diferindo do simples contrato de compra e venda – usualmente regido pelo direito privado –, quando se tratar de fornecimento contínuo, parcelado ou quando o fornecimento for integral, porém para entrega futura.

Fornecimento parcelado, como o próprio nome indica, é aquele que se faz por partes: uma aquisição de bens cuja entrega se consolida parceladamente, ao longo de um determinado período pactuado. Já o fornecimento contínuo é aquele que se faz por tempo determinado para a entrega de bens de consumo habitual ou permanente,

1381 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 185-186.

1382 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 186-187.

1383 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.8.2.

1384 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.8.2.

1385 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189.

como, por exemplo, papel, graxa, tinta, combustível etc., isto é, materiais necessários à realização de obras públicas ou à execução de serviços públicos.

Maria Sylvia Di Pietro indica que, por vezes, além de fornecer material, o contratado se compromete a produzi-lo, hipótese em que haverá um misto de locação de serviços e fornecimento. É o que ocorre com o fornecimento de alimentação aos presos.<sup>1386</sup>

### 30.3. CONCLUSÃO

Após uma análise voltada à natureza das avenças celebradas entre a Administração e os particulares – se são ou não contratos e, se o forem, a que regime jurídico se submetem –, foram esmiuçadas algumas das principais modalidades de contrato administrativo. Vale lembrar que as parcerias público-privadas (PPP) – concessões especiais patrocinadas ou administrativas –, embora não tenham sido especificamente abordadas neste trabalho, ganham cada vez mais espaço na realização de obras de infraestrutura e no investimento marginal de manutenção de espaços públicos.

O constante aprimoramento deste tema é vital para o atendimento às necessidades socioeconômicas do país, considerando que um Estado presente e eficiente, que trabalhe associadamente ao setor privado nacional e que maneje as parcerias de modo a melhor satisfazer o interesse público primário, deve deter amplo domínio das particularidades contratuais às quais encontra-se sujeito.

### 30.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Décio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Administração Pública, Concessões e Terceiro Setor*. 3ª ed., São Paulo: Método, 2015.

1386 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 8.8.3.





## CAPÍTULO 31 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: CLÁUSULAS EXORBITANTES

*João Pedro Cezário da Cruz*

**SUMÁRIO:** 31.1. Exigência de garantias. 31.2. Alteração unilateral. 31.3. Rescisão unilateral. 31.4. Fiscalização. 31.5. Aplicação direta de sanções. 31.6. A exceção de contrato não cumprido. 31.7. Referências bibliográficas.

Nos contratos de modo geral nós temos o princípio da igualdade entre as partes, o que não será atendido nos contratos administrativos, visto a predominância da vontade da Administração sobre os demais contratantes. O efeito dessa desigualdade será notado nas próprias leis que regem os contratos administrativos, dotando a Administração de vantagens especiais.

As cláusulas exorbitantes ou cláusulas de privilégios, são as prerrogativas especiais que não seriam comuns ou até ilícitas nos demais contratos em virtude da supremacia da Administração em relação às partes, podendo elas serem explícitas ou implícitas nos contratos. Segundo Di Pietro:

[...] o contrato administrativo se caracteriza pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, assim chamadas porque estão fora da órbita do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular[...]<sup>1387</sup>

A Lei no 8.666/93 prevê expressamente as cláusulas exorbitantes em seu artigo 58, mas encarrega de explicá-las em outros artigos, como no art. 56, art. 78, entre outros, todos da mesma lei.

### 31.1. EXIGÊNCIA DE GARANTIA

Antes de adentrarmos ao estudo das cláusulas exorbitantes é necessário entender cláusula de exigência de garantias nos contratos públicos, ou seja, a lei prevê, em seu art. 55, VI e art 56, a exigência da caução com o objetivo de garantir plena execução do contrato, para resguardo do interesse público, podendo abranger as seguintes modalidades: a) caução em dinheiro ou títulos de dívida pública (inciso I), b) seguro-garantia (inciso II) e c) fiança bancária (inciso III).

A escolha da modalidade de garantia cabe ao contratado e o valor é definido e determinado pela administração pública, não podendo, por sua vez, exceder o limite de 5% do valor do contrato, a não ser no caso de ajustes que importam entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário; nesse caso, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor dos bens (art. 56, § 5º).<sup>1388</sup>

A lei permite, independente de recurso ao judiciário, que em caso de rescisão contratual, por ato atribuído ao

<sup>1387</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.252

<sup>1388</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 354.

contratado, a Administração poderá reter a garantia para ressarcir-se dos prejuízos e eventuais multas e indenizações a ela devidos (art. 80, III).

Por fim, a Administração pode exigir a garantia em fase de licitação visando a garantia de adimplemento do contrato (art. 31, § 2º), desde que haja previsão no instrumento convocatório, devendo devolver as garantias dos licitantes não vencedores.

## 31.2. ALTERAÇÃO UNILATERAL

A alteração unilateral é a primeira prerrogativa que difere do direito privado. Nos contratos de direito privado é observado a formação bilateral dos contratos o que pode não ocorrer nos contratos administrativos, pois a formação dos contratos de direito público, por sua vez, terão como base a alteração unilateral pela Administração, ou seja, é ofertado a Administração pública a capacidade da alteração de algumas cláusulas de modo unilateral sem que haja a rescisão desses contratos, sendo possível somente para a melhor adequação das finalidades públicas aos contratos, como prevê o artigo 58, I.

A possibilidade da alteração contratual pela Administração abrange apenas as cláusulas regulamentadoras, ou seja, as cláusulas de serviço ou de execução, cláusulas essas que discorrem sobre o objeto do contrato e sua execução, não atingindo por ventura as cláusulas que tratam sobre a remuneração do contrato, devido a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contratante, expressamente previsto nos § 1º e 2º do art. 58.

A peculiaridade desta prerrogativa será explicada no art. 65, I da Lei 8.666/93 em que o dispositivo menciona os casos em que é cabível a sua aplicação, nos seguintes termos:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; (qualitativo) e

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (quantitativo)

O dispositivo legal prevê a possibilidade de alteração unilateral de modo qualitativo (alínea “a”) quando há a modificação do projeto ou das suas especificações, ou seja, ocorre a necessidade da modificação do objeto do contrato e ocorrerá a alteração unilateral de modo quantitativo (alínea “b”) quando envolver acréscimos ou diminuição do objeto do contrato.

Ademais, a doutrina aponta para outras observações que a Administração deverá analisar ao se utilizar da alteração unilateral, sendo elas: i) a justificativa da necessidade da alteração segundo os interesses públicos; e ii) sempre respeitar a natureza do contrato, especialmente no que tange ao objeto contratual;

Por fim, no § 1º do art. 65 da lei 8.666/93 é apresentado os limites quantitativos de acréscimos ou supressões, em casos da alteração quantitativa (alínea “b” do art. 65) em que as alterações deverão seguir a regra de: acréscimos de até 25% do valor inicial atualizado do contrato e acréscimos de até 50% do valor atualizado do contrato, no caso específico de contratos de reforma de edifício ou de equipamento.

## 31.3. RESCISÃO UNILATERAL

Além de ser facultado à Administração o poder de alterar unilateralmente é ofertado também o poder de rescindir o contrato unilateralmente, pondo fim à relação contratual entre as partes sem que haja a necessidade de recorrer ao poder judiciário ou o consentimento da outra parte.

Prevista no art. 58, II, combinado com os arts. 79, I e 78, incisos I a XII e XVII serão possíveis a rescisão unilateral quando, em sua maioria, ocorrer algum inadimplemento contratual inescusável pela outra parte, no entanto, com fundamento simples com “razão de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento” é capaz de rescindir unilateralmente o contrato, sem que tenha havido qualquer descumprimento das partes. Vejamos as possibilidades de rescisão unilateral pela Administração:

- a) Inadimplemento com culpa (art. 78, incisos I a VIII e XVIII);
- b) inadimplemento sem culpa, abrangendo diversas possibilidades, como desaparecimento do sujeito, sua insolvência ou comprometimento da execução do contrato (art. 78, incisos IX a XI), até falência e outros;
- c) razões de interesse público (art. 78, inciso XII); e
- d) caso fortuito ou força maior (art. 78, inciso XVII).

Ressalta-se, que a doutrina e jurisprudência entendem que nas duas primeiras hipóteses a Administração não deve nenhuma indenização, tendo em vista que a rescisão foi motivada pela própria parte, cabendo a parte indenizar a Administração em caso culposos. Já nas duas últimas hipóteses, oportunizando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, cabe à Administração ressarcir o contratado dos seus prejuízos comprovados e, ainda, devolver a garantia.

### 31.4. FISCALIZAÇÃO

Sob a Administração decai ainda o poder, e alguns autores, como Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo e outros, vão apontar como poder-dever da administração, de controlar e fiscalizar a execução dos contratos administrativos. Nos termos do art. 58, inciso III e art 67 é assinalado a responsabilidade da administração de fiscalizar a execução dos seus contratos, sendo permitido a contratação de terceiro que possa assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, cabendo a este fiscal registrar todas as ocorrências relacionadas a execução do contrato. O não atendimento das determinações da fiscalização enseja a rescisão unilateral do contrato (art. 78, VII), sem prejuízo das sanções cabíveis.

A doutrina e jurisprudência sedimentaram que não há necessidade de cláusula expressa nos contratos públicos que discorra sobre a fiscalização, sendo, em sua maioria, implícita em todos os contratos administrativos.

Cabe enfatizar que a fiscalização não exclui ou reduz a responsabilidade dos contratados pelos danos que, por culpa ou dolo, a execução dos contratos venha causar a terceiro, conforme preconiza o artigo 70, vejamos:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.

### 31.5. APLICAÇÃO DIRETA DE SANÇÃO

Via de regra, nos demais contratos públicos e privados, a parte que dá causa à rescisão do contrato está sujeita a sofrer aplicação de sanções previamente pactuadas entre as partes, porém, nos contratos públicos cabe à Administração o poder de aplicar ao contratado sanções administrativas previstas em lei, desde que lhe seja assegurado o direito à ampla defesa e o exercício do contraditório do contratado.

O art. 87 lista as sanções aplicáveis em caso de inexecução total ou parcial do contrato, vejamos:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

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

A lei se encarrega ainda, de prever o prazo de 5 (cinco) dias úteis para que o contratado apresente defesa prévia, salvo na hipótese de declaração de inidoneidade, em que o prazo se eleva para 10 (dez) dias (§§ 2º e 3º do art. 87), no entanto, não explica ao certo qual o termo inicial para contagem deste prazo, mas a doutrina infere que o prazo deverá ser contado a partir da notificação da Administração, notificação esta que deve conter todas as falhas ou irregularidades que lhe estiverem sendo imputadas.

A esse recurso a autoridade administrativa poderá dar efeito suspensivo (art. 109, § 2º).

No caso de declaração de inidoneidade, cabe pedido de reconsideração à autoridade que aplicou a pena, no prazo de 10 dias úteis da intimação do ato (art. 109, III).

As multas poderão ser descontadas das garantias prestadas pelo contratado, se houver. Entretanto, se o valor da multa aplicada for superior ao valor das garantias prestadas caberá o contrato arcar com a diferença, sendo facultado à Administração descontar o valor das demais parcelas de pagamento do contrato (art. 86, §§ 2º e 3º e art. 87, § 1º) e em caso de não existir mais pagamentos pela Administração a parcela remanescente das multas deverá ser cobrada judicialmente.

Somente a pena de multa será passível de cumulação com as demais sanções administrativas (art. 87, § 2º). A sanção de suspensão do contrato (inciso III) não poderá ultrapassar 2 (dois) anos, já a de declaração de inidoneidade (inciso IV) apesar de não ter um limite explícito na lei, a doutrina e jurisprudência entendem que limita-se a 2 (dois) anos, visto a má redação da legislação na parte final utiliza a expressão “*após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior*”, ou seja, o limite máximo é a data em que ocorrer a reabilitação, ou seja, quando, após decorridos dois anos, o interessado ressarcir os prejuízos causados à Administração (art. 87, § 3º).

## 31.6. A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO

A exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), prevista no art. 476 do Código Civil, significa que quando uma das partes descumprir o contrato, a outra pode descumpri-lo também, ou seja, não se pode exigir o cumprimento da obrigação de outrem sem que a sua obrigação esteja em andamento.

No Direito administrativo, a parte contratada não poderá interromper a execução do contrato, com fundamento no princípio supracitado, ainda que a Administração esteja inadimplente com suas obrigações, em decorrência dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular, cabendo a parte, via de regra, requerer, administrativamente ou judicialmente, a rescisão do contrato e o pagamento dos danos, dando continuidade a execução do contrato até que obtenha ordem da autoridade competente (administrativamente ou judicialmente) para paralisá-lo.

No entanto a doutrina<sup>1389</sup> vem questionando essa cláusula, visto que o princípio da continuidade do serviço público nem sempre está presente nos contratos, como exemplo o caso das obras públicas de modo que atrasos nos pagamentos devidos pela Administração não podem ser suportados pelo construtor, sobretudo quando, sem os atrasos, vinha cumprindo adequadamente as obrigações contratuais, cabendo a parte invocar a cláusula da exceção do contrato não cumprido. Note-se que a Lei no 8.666/93 só prevê a possibilidade de rescisão unilateral por parte da Administração (art. 79, I), em nenhum dispositivo confere tal direito ao contratado.

O abrandamento também foi feito pela Lei no 8.666 que, no artigo 78, incisos XV e XVI, prevê hipóteses em que, por fato da Administração, o contratado pode suspender a execução do contrato.

## 31.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado* / Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo - 25. ed. rev. atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo* – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.



## CAPÍTULO 32 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: VIGÊNCIA, ALTERAÇÕES CONTRATUAIS E EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

*Jordan Santos Rodrigues*

**SUMÁRIO:** 32.1. Vigência. 32.2. Prorrogação e Renovação. 32.3. Alterações Contratuais. 32.4 Equilíbrio da equação-econômico financeira. 32.5. Teoria da imprevisão. 32.6. Referências bibliográficas.

### 32.1. VIGÊNCIA.

A Lei nº 8.666/1993 trata de minudenciar o regramento pertinente ao prazo de vigência dos contratos administrativos, inicialmente, registramos que é expressamente vedada a realização de contrato pela Administração Pública com prazo de vigência *indeterminado* (art. 57, §3º), de modo que as regras relativas à fixação de prazos contratuais devem estar fixadas no próprio edital da licitação e devidamente repetidas no contrato, em harmonia ao disposto no art. 57. A regra quanto à *duração dos contratos* regidos pela Lei nº 8.666/1993 comunica-se com as normas de Direito Financeiro, isto é, prevê a lei que a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (art. 59, caput). Sendo assim, considerando que o orçamento vigora durante o ano civil<sup>1390</sup>, nenhum contrato administrativo poderá ter prazo de vigência ultrapassando o dia 31 de dezembro do ano em que tenha tido início sua vigência<sup>1391</sup>.

Nesse sentido, preleciona José dos Santos Carvalho Filho que “a Administração deve programar-se como regra, para que os contratos de duração aproximada de 12 meses sejam firmados no início do ano, hipótese em que o contrato estará sempre adstrito à vigência do respectivo crédito orçamentário, como reza o art. 57 do Estatuto”<sup>1392</sup>. Ademais, importante destacarmos que, caso a Administração pretenda executar determinada obra que exceda o prazo de um ano, deverá inserir o projeto no plano plurianual<sup>1393</sup>, instrumento que comporta a projeção temporal de investimentos de longa duração<sup>1394</sup>.

1390 Lei nº 4.320/1964 “Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil”.

1391 Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p. 566.

1392 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.273.

1393 CRFB. “Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; [...] § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.[...]”.

1394 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.273.



## 32.2. PRORROGAÇÃO E RENOVAÇÃO.

Nos dizeres de Carvalho Filho, a “prorrogação do contrato é o fato que permite a continuidade do que foi pactuado além do prazo estabelecido, e por esse motivo pressupõe a permanência do mesmo objeto contratado inicialmente”<sup>1395</sup>. O art. 57 da Lei n° 8.666/1993 elenca as seguintes hipóteses consideradas *exceções à regra do prazo anual dos contratos administrativos*: i) aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual, os quais poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório (inciso I); ii) à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses (inciso II); iii) ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, podendo a duração estender-se pelo prazo de até 48 (quarenta e oito) meses após o início da vigência do contrato (inciso IV); iv) às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24<sup>1396</sup>, cujos contratos poderão ter vigência por até 120 (cento e vinte) meses, caso haja interesse da administração (inciso V).

A primeira exceção (inciso I) trata dos casos em que os projetos estejam contemplados nas metas do Plano Plurianual e que ultrapassam à vigência do exercício financeiro. Desse modo, a duração dos contratos estará adstrita ao período necessário para o término da obra ou do serviço e comportará prorrogações no interesse na Administração, devendo o instrumento convocatório conter tal previsão. Citamos, por exemplo, a construção de um grande hospital ou de uma rodovia<sup>1397</sup>.

Em seguida, a segunda exceção (inciso II) refere-se aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços que são executados de forma *contínua*<sup>1398</sup> e que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos, com vistas a obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração. Conforme expresso no texto legal, a prorrogação terá por limite o prazo de 60 meses, todavia, destacamos que o §4º do art. 57 prevê, excepcionalmente e desde que haja expressa justificativa e autorização da autoridade superior, a prorrogação por mais doze meses ao final do quinto ano do contrato<sup>1399</sup>.

Acerca disso, Lucas Rocha Furtado leciona que a realização da prorrogação depende “além da necessária previsão contratual, que as partes consensualmente consintam nesse sentido, o que deverá ser formalizado por meio de aditivo do contrato”, e ainda acrescenta que “não é lícito, portanto, o poder público contratante obrigar o contratado a prorrogar o contrato contra a sua vontade, muito menos o contratado pode alegar direito subjetivo à prorrogação”<sup>1400</sup>. Por fim, interessante apontarmos que a exceção em comento encontra amparo no *princípio da economicidade* e se justifica em razão da necessidade permanente do serviço, atrelado à ideia de continuidade do interesse público, sendo razoável admitir a contratação por prazo superior a um ano, em detrimento de se realizar licitações e contratações anuais, na medida em que geraria custos desnecessários ao Erário<sup>1401</sup>.

A terceira hipótese (inciso IV) que excepciona a regra da duração da anualidade dos contratos administrativos, trata do aluguel de equipamentos e à utilização de programas de informática, casos em que a duração do contrato poderá ser estendida até o prazo de 48 meses após o início da vigência do contrato. A quarta exceção (inciso V), por

1395 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.274.

1396 Contratos que envolvam: a segurança nacional (inciso IX); compras de materiais para as forças armadas (inciso XIX); fornecimentos de bens e serviços, produzidos ou prestados no País envolvendo alta complexidade tecnológica e defesa nacional (inciso XXVIII); inovação e pesquisa científica e tecnológica para a autonomia e desenvolvimento tecnológico do País (inciso XXXI);

1397 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p.761.

1398 A título de exemplificação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita os serviços de limpeza e de assistência técnica. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p.350). Rafael Oliveira, por sua vez, menciona os serviços de limpeza, de conservação, de vigilância e manutenção como exemplos de serviços que são executados de forma contínua. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p. 761).

1399 Lei 8.666/1993 “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: [...] § 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”.

1400 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p.568.

1401 Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p.761.

sua vez, dispõe acerca das contratações previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, hipóteses acrescentadas pela Lei nº 12.349/2010. Nessas situações, conforme prevê a lei, o limite da prorrogação dos contratos será de até 120 meses, caso exista interesse da Administração em prorrogá-los.

De mais a mais, o §1º do art. 57 cuida da possibilidade de prorrogação dos prazos de início das etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto do contrato, caso ocorra alguma das situações excepcionais e imprevisíveis previstas nos incisos I a VI, visando atender interesse da Administração<sup>1402</sup>. Frisamos, ainda, que as cláusulas contratuais deverão ser mantidas, bem como seu equilíbrio econômico-financeiro, ao passo que toda prorrogação deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato (§2º, art.57).

Nesse contexto, importa frisarmos que há outras hipóteses de prorrogação contratual que não estão dispostas no art. 57 e não são limitadas pela regra do prazo anual dos contratos administrativos. Trata-se, pois, dos contratos relativos à concessão de uso, de direito real de uso e de locação, casos em que os particulares se utilizam de bens públicos e que não há ônus aos cofres públicos, quando onerosos e remunerados pelos particulares à Administração. Igualmente ocorre com os contratos que têm por objeto a concessão de obra pública e de serviços públicos, que em regra não oneram o erário, considerando o encargo da tarifa paga pelo usuário e que remunera o concessionário<sup>1403</sup>.

### 32.3. ALTERAÇÕES CONTRATUAIS.

O art. 65 da Lei nº 8.666/1993 dispõe acerca das alterações dos contratos administrativos, de modo que poderão ser alterados unilateralmente ou bilateralmente. Neste tópico, trataremos sobre as alterações bilaterais, posto que as alterações unilaterais foram abordadas no capítulo 31 acerca das cláusulas exorbitantes do contrato administrativo.

A *alteração bilateral* é realizada quando há acordo entre as partes contratantes, o inciso II, do art. 65, da Lei nº 8.666/1993 elenca as justificativas que possibilitam a alteração bilateral. Acerca disso, citamos a substituição da garantia de execução, quando houver conveniência (alínea “a”), quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, o modo de fornecimento em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários (alínea “b”), a modificação da forma de pagamento, devendo-se respeitar as condições elencadas no dispositivo (alínea “c”) ou para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato (alínea “d”), como será tratado adiante.

Ademais, o §2º do mesmo dispositivo prevê a possibilidade, por acordo entre as partes contratantes, de *supressão* nas obras, serviços ou compras, acima de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato e acima de 50% (cinquenta por cento) no caso de reforma de edifício ou de equipamento.

### 32.4. EQUILÍBRIO DA EQUAÇÃO-ECONÔMICO FINANCEIRA.

O equilíbrio da equação econômico-financeira ou apenas equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é um princípio constitucional assegurado no art. 37, XXI<sup>1404</sup>, da Carta Magna, o qual estabelece que os contratos de obras, serviços, compras e alienações deverão conter cláusulas que mantenham as condições efetivas da proposta vencedora no procedimento licitatório ou na contratação direta.

Celso Antônio Bandeira de Melo leciona que o princípio em comento também é abrigado por outro dispositivo

1402 Acrescenta-se, ainda, que a Lei 8.666/1993, em seu art. 79, §5º, prevê hipótese de prorrogação automática nos casos em que ocorrer impedimento, paralisação ou sustação do contrato, situações em que o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.

1403 Maria Sylvania Zanella de Pietro também cita, como exceção, os contratos de direito privados pactuados pela Administração, pois, segundo a publicista “o artigo 62, § 3º, ao determinar a aplicação, aos mesmos, das normas da Lei nº 8.666/93, fala expressamente nos artigos 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o artigo 57, pertinente ao prazo”. (PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p.352).

1404 CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

constitucional, qual seja, o art. 5º, XXXVI<sup>1405</sup>. Ademais, acrescenta o publicista que “a equação econômico-financeira contratual é um direito adquirido do contratado, de tal sorte que normas a ele sucessivas não poderiam afetá-lo”<sup>1406</sup>.

Nesse contexto, Marçal Justen Filho relaciona a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com o direito de proteção à propriedade privada, posto que a Constituição Federal “assegura o direito de propriedade e interdita ao Estado apropriar-se do patrimônio privado sem prévia e justa indenização”<sup>1407</sup>. Mais a mais, a intangibilidade da garantia deriva também do princípio da isonomia, pois, se os eventos extraordinários produzissem benefício patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Aliás, destaca o autor que o mesmo argumento conduz à vedação do resultado oposto, ou seja, se os eventos extraordinários ampliam os benefícios e vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições e consequentemente reduzir seus encargos, para impor a manutenção da situação original<sup>1408</sup>.

Importante salientarmos que tanto o Poder Público contratante como o particular contratado podem invocar a necessidade de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo porque, o princípio impõe uma relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes contratantes, estabelecida no momento da contratação e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato<sup>1409</sup>. Ressaltamos, ainda, que a legislação consagra mecanismos para preservar o princípio em comento nas relações contratuais, como o *reajuste*, a *revisão* e a *atualização financeira*.

O *reajuste* é previsto pela Lei nº 8.666/1993 em seus arts. 55, III e 40, XI, e tem por objetivo a preservação do valor do contrato em razão do fenômeno inflacionário, relaciona-se, portanto, com as variações dos custos de produção. As partes contratantes decidem eleger previamente um determinado índice que constará no contrato e deverá atualizar automaticamente o ajuste pactuado, citamos, a título de exemplificação, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), o Índice Geral de Preços Mercado (IPGM), e demais índices setoriais ou de variação salarial.

Luchas Rocha Furtado assevera que “as cláusulas que preveem o reajuste de preços têm o único objetivo de atualizar os valores do contrato em face de situações previsíveis (expectativa de inflação, variação de salários etc)” e acrescenta que “o reajuste de preços deve ser visto como meio de reposição de perdas geradas pela inflação”<sup>1410</sup>. Nesse intento, a Lei nº 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências, preleciona em seu art. 2º, caput, ser admitida a “estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano”. Ademais, destaca o §1º do dispositivo citado que será nulo de pleno direito “qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano”. Por fim, leciona Rafael Oliveira que caso o edital e o contrato não estabeleçam a cláusula do reajuste, considera-se irremediável o valor da proposta, pois, “a matéria se insere nos direitos disponíveis das partes e a inflação não é um fato imprevisível, razão pela qual seria vedada a invocação da teoria da imprevisão para atualizar o valor do contrato”<sup>1411</sup>.

A *revisão* (ou *repactuação*) é mecanismo previsto por lei para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, está previsto no art. 65, II, “d” e §5º e §6º da Lei nº 8.666/1993. Refere-se aos fatos de ocorrência *super-veniente e imprevisíveis* à formação do contrato, ou *previsíveis*, mas que detêm o condão de produzir consequências incalculáveis, levando ao desequilíbrio contratual. A revisão de preços é praticada a partir da análise realizada de maneira ordinária ou extraordinária, para estabelecer a relação original entre os encargos e vantagens, a partir da comparação entre as situações existentes em dois momentos distintos. Marçal Justen Filho explica que a revisão se pauta no exame das vantagens e encargos existentes no momento em que a proposta foi formulada e na comparação com as vantagens e encargos em um momento posterior, para que seja possível constatar ou não a existência de

1405 CRFB. “Art. 5º. [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

1406 Cf. MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.644

1407 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p 545.

1408 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p 545.

1409 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 544.

1410 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p. 649.

1411 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p. 757.

uma alteração que ultrapasse os riscos ordinários do empreendimento<sup>1412</sup>.

Importante salientarmos que a *revisão* se destina apenas aos contratos de serviços contínuos, previstos no art. 57, II, da Lei nº 8.666/1993, como os serviços de assistência técnica e de vigilância. Diferentemente do *reajuste* que só se torna possível havendo a correta previsão em contrato, a *revisão* pode ser feita independentemente de previsão contratual, incidindo sobre cláusulas regulamentares ou econômicas, e representa um direito do contratado e dever do Poder Público contratante.

A *atualização financeira (ou monetária)*, também tem por escopo preservar o valor do contrato frente ao fenômeno da inflação, está atrelada à possibilidade de atrasos nos pagamentos a serem realizados pelo Poder Público, é prevista no art. 40, XIV, “c”, da Lei nº 8.666/1993 e incide a partir da data final do período de inadimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento.

## 32.5. TEORIA DE IMPREVISÃO.

A *teoria da imprevisão*, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, se fundamenta no “reconhecimento de que eventos novos, imprevisos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão, para ajustá-la às circunstâncias supervenientes”<sup>1413</sup>.

Logo, à semelhança do que observamos na *teoria do caso fortuito e da força maior*, institutos que serão abordados no capítulo 34, na *teoria da imprevisão* os eventos ocorrem externamente ao contrato, são imprevisíveis e causam um substancial desequilíbrio da equação econômico-financeira contratual, tornando excessivamente onerosa a prestação do contratado.

Todavia, é fundamental ressaltarmos que, embora semelhantes quanto às características, há relevante distinção quanto aos efeitos provocados pela aplicação da *teoria da imprevisão*, pois, enquanto esta provoca a *revisão ou ajuste* das cláusulas do contrato ao novo cenário no intento de permitir a sua continuidade, sempre com vistas à proteção do interesse público<sup>1414</sup>, a aplicação da *teoria do caso fortuito ou força maior* culmina na *rescisão do contrato*, sem qualquer responsabilidade por inadimplemento<sup>1415</sup>.

A doutrina elenca como fundamento da teoria da imprevisão a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, originariamente aplicada aos contratos de direito privado. Nesse ponto, ao tratar da cláusula em comento, Carvalho Filho leciona que esta estabelece o dever de se cumprir o contrato, desde que presentes as mesmas condições existentes no momento em que a avença foi ajustada. Contudo, ainda segundo o autor, *ocorrendo mudanças profundas em tais condições, o equilíbrio contratual é rompido e não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente*<sup>1416</sup>.

Portanto, diante da existência de gravames anormais causados à parte prejudicada no contrato decorrente da álea extraordinária, provocando profundas e insuportáveis alterações na relação contratual, a revisão contratual deve ser admitida mesmo que não prevista contratualmente<sup>1417</sup>.

## 32.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*.

1412 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 554.

1413 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p.266.

1414 Cf. PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p.70.

1415 Interessante apontarmos o posicionamento de Lucas Rocha Furtado, que afirma a respeito da possibilidade da prorrogação de vigência do contrato ou da alteração do objeto a ser executado na hipótese de ocorrência do caso fortuito ou força maior: “Diante da ocorrência de caso fortuito ou de força maior o contrato pode ser afetado em diversos e diferentes aspectos. Poderá ser promovida, por exemplo, a prorrogação da vigência do contrato ou alteração do objeto a ser executado. (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p.656).

1416 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.281.

1417 Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta - São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*. p.1089.

- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta - São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*.

## CAPÍTULO 33 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: FATO DO PRÍNCIPE VERSUS FATO DA ADMINISTRAÇÃO E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

*Jordan Santos Rodrigues*

**SUMÁRIO:** 33.1. Fato do príncipe *versus* fato da Administração. 33.2. Sanções administrativas. 33.3. Referências bibliográficas.

### 33.1. FATO DO PRÍNCIPE VERSUS FATO DA ADMINISTRAÇÃO.

A análise acerca do *fato do príncipe* e do *fato da administração* demonstra relevante importância no estudo dos contratos administrativos, posto que, de um lado, ambos retratam situações criadas pela Administração e provocam efeito semelhante, qual seja, a afetação na execução do contrato firmado. Todavia, diferem-se na maneira como os seus efeitos incidem na relação contratual e nas circunstâncias em que o ato é praticado pelo Poder Público.

Conforme leciona Rafael Oliveira, *fato do príncipe* é o “fato extracontratual praticado pela Administração que repercute no contrato administrativo”, acrescenta o autor, “trata-se de um fato genérico e extracontratual imputável à Administração Pública, que acarreta o aumento dos custos do contrato administrativo (álea extraordinária administrativa)”<sup>1418</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, define como “medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado”<sup>1419</sup>.

Diante dos conceitos explicitados, é possível afirmarmos, à luz da doutrina, que o fato do príncipe se caracteriza por ser *imprevisível, extracontratual e extraordinário*<sup>1420</sup>, que, frisamos, muito embora decorra de atos genéricos e abstratos da Administração Pública, são capazes de afetar o equilíbrio do contrato<sup>1421</sup>. Nesse contexto, citamos, a título de exemplificação, as seguintes hipóteses: i) medida genérica adotada pela Administração Pública após a celebração do contrato que venha a dificultar a importação de determinado bem objeto do contrato pactuado, afetando o seu equilíbrio; e ii) o aumento da alíquota de determinado tributo, elevando a carga tributária sobre a prestação devida pelo contratado, afetando o objeto contratual.

Acerca disso, esclarece Marçal Justen Filho que “seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício

<sup>1418</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p.769.

<sup>1419</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.365

<sup>1420</sup> Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.281.

<sup>1421</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p.655.

da atividade necessária à execução da prestação”<sup>1422</sup>. É dizer, portanto, que muito embora o Estado pratique um ato válido, lícito e perfeito no exercício de sua soberania, o direito de indenização ao particular é consagrado pela teoria do fato do príncipe, culminando, portanto, na necessidade de se reestabelecer o equilíbrio econômico-contratual.

Ademais, importante ressaltarmos interessante divergência doutrinária acerca da delimitação da aplicação do fato do príncipe e sua relação com as pessoas jurídicas envolvidas ou não no contrato administrativo celebrado. A primeira posição, que se caracteriza como majoritária na doutrina, entende que a teoria do fato do príncipe se aplica tão somente se a autoridade responsável for da mesma esfera de governo em que celebrou o contrato (*União, Estados e Municípios*)<sup>1423</sup>. Exemplificando, caso a União adote medida que venha a afetar contrato celebrado por entidade administrativa vinculada a determinado Município da federação, não será caracterizado fato do príncipe, pois tanto o Poder Público contratante quanto o particular contratado serão surpreendidos, aplicando-se a teoria da imprevisão<sup>1424</sup>, que adiante será abordada.

Ao revés, citamos a segunda posição doutrinária, esta minoritária, que sustenta ser *desnecessária a ponderação acerca do sujeito responsável pela medida adotada, devendo-se considerar fato do príncipe as medidas praticadas independente se provenientes da mesma pessoa jurídica que celebrou o contrato ou não*<sup>1425</sup>. Nesses termos, esclarecemos que seria possível admitir, por exemplo, a aplicação da teoria nos casos em que um ato praticado pela União provocasse efeitos em um contrato celebrado por determinado Estado da federação. Por fim, cumpre ressaltarmos, que a teoria do fato do príncipe se encontra expressamente prevista na legislação pátria, disposta no art. 65, II, “d”<sup>1426</sup>, da Lei nº 8666/1993 e no art. 5º, III<sup>1427</sup>, da Lei nº 11.079/04.

No que concerne à teoria do *fato da administração*, esta se caracteriza por “qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico”<sup>1428</sup>. Esclarece Hely Lopes Meirelles se tratar de “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede a sua execução”<sup>1429</sup>. Aliás, esclarecemos que o instituto se encontra igualmente disposto no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/1993.

Imperioso consignarmos, distintamente do que ocorre no fato do príncipe, em que os atos praticados pelo Poder Público são *genéricos e abstratos* no exercício de sua supremacia, no *fato da administração os atos praticados afetam diretamente a execução do contrato*. Como exemplo, citamos a situação em que a Administração, na condição de parte contratual, não procedeu com a desapropriação necessária no local onde o contratado desempenharia o seu encargo, ficando este impossibilitado de iniciar a execução do contrato.

Importante sublinharmos novamente, que enquanto a medida adotada no fato do príncipe detém o condão de afetar a todos os sujeitos suscetíveis ao ato do Poder Público, *no fato da administração a ação ou a omissão praticada pela autoridade contratante incide diretamente na execução do contrato*.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que o fato da administração “pode provocar uma suspensão

1422 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p.549.

1423 Cf. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p.365. Nesse mesmo sentido: Diógenes Gasparini (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*. p.1098) e Rafael Oliveira (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p.769).

1424 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p.769.

1425 Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.281) e Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p.548).

1426 Lei 8.666/1993. “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:[...] II – por acordo das partes: [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou *fato do príncipe*, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”.

1427 Lei 11.079. “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, *fato do príncipe* e álea econômica extraordinária.[...]”.

1428 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p. 365.

1429 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 270.

da execução do contrato, transitoriamente, ou pode levar a uma paralisação definitiva, tornando escusável o descumprimento do contrato pelo contratado e, portanto, isentando-o das sanções administrativas que, de outro modo, seriam cabíveis”, e finaliza a publicista, “pode, também, provocar um desequilíbrio econômico-financeiro, dando ao contratado o direito a sua recomposição”<sup>1430</sup>.

Portanto, ante as explicações apresentadas, observamos que os institutos demonstram significativa diferença, porém, em ambas as hipóteses poderá o contratado prejudicado se manifestar pela rescisão do contrato pela via administrativa ou judicial, ante a culpa do Poder Público, ou requerer, conforme já apontado, pelo reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

### 33.2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.

A prerrogativa da Administração Pública em aplicar sanções administrativas no âmbito dos contratos está prevista no art. 58, IV<sup>1431</sup>, da Lei nº 8.666/1993. Verificada a inadimplência do contratado frente às suas obrigações contraídas, surge para o Poder Público o dever-poder de impor sanções. Conforme assinala o dispositivo citado, a sanções serão aplicadas *motivadamente pela inexecução total ou parcial do ajuste*.

Nesse ponto, esclarece Diógenes Gasparini que o exercício dessa prerrogativa, quando previamente estipuladas em lei ou no contrato, é atribuição irrenunciável, sob pena de responsabilidade da Administração Pública<sup>1432</sup>. Ainda, destaca o autor que a Administração procederá *autoexecutoriamente*, e a imposição de pena, inclusive a de rescisão, ocorrerá “sem a necessidade do auxílio do Poder Judiciário, ressalvado os casos de cobrança de multas, de apreensão de bens, e outras penas em que o punido oferece resistência. Nesses casos, a Administração Pública há de recorrer ao Judiciário para fazer valer a sua pretensão”<sup>1433</sup>.

Por conseguinte, o art. 87, da Lei nº 8.666/1993 elenca as sanções a serem aplicadas, são elas: i) *advertência (inciso I)*; ii) *multa (inciso II)*; iii) *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos*; e iv) *declaração de inidoneidade*. Interessante sublinharmos que a lei não cuida de minudenciar em quais hipóteses as sanções deverão ser aplicadas, por conta disso, as situações a serem punidas pela Administração, as sanções correspondentes, bem como o valor das multas deverão estar previstas no edital do procedimento de licitatório e no contrato celebrado.

Aliás, ressaltamos que a autoridade competente sempre deverá observar o direito do particular ao contraditório e a ampla defesa, à luz do disposto no art. 5º, inciso LV<sup>1434</sup>, da Constituição Federal, sendo assegurada a sua consulta aos documentos que tratam dos fatos a ele imputados, bem como a apresentação da sua defesa nos autos do processo administrativo, que deverá ser apresentada no prazo de 5 dias úteis, no caso das sanções previstas nos incisos I, II e III, e 10 dias, no caso do inciso IV. Caso ocorra ofensa ao contraditório, a sanção aplicada deverá ser anulada por vício de legalidade<sup>1435</sup>. Portanto, no exercício do seu poder-dever de aplicar sanções, deve a Administração Pública sempre pautar a sua atividade à luz da proporcionalidade, buscando aplicar a sanção conforme à gravidade do ato praticado pelo contratado.

Esclarece a doutrina que a sanção de *advertência* (inciso I, art. 87) será aplicada para pequenas infrações de natureza leve e que não provoquem qualquer dano. A *multa* (inciso II, art. 87), como já afirmamos, deverá estar prevista no instrumento convocatório e no contrato firmado, sendo indicada para os casos de reincidência no cometimento de pequenas infrações e para as hipóteses de infrações mais rigorosas, mas que não provocam a rescisão

1430 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p. 365.

1431 Lei 8.666/1993 “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: [...] IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. [...]”.

1432 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta - São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*. p. 1081.

1433 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta - São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*. p. 1081.

1434 CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”.

1435 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p.289.



contratual. Aliás, interessante destacarmos que a multa é a única sanção que poderá ser aplicada cumulativamente com as demais, conforme permissivo legal expresso no art. 87, §2º<sup>1436</sup>, da Lei nº 8.666/1993. De mais a mais, a lei prevê que nos casos em que a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada pelo contratado, este a perderá, e ainda responderá pela diferença restante da quantia, podendo a Administração descontar dos pagamentos devidos ao particular, sendo assegurada a cobrança via judicial, caso necessária<sup>1437</sup>.

A sanção de *suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração* (inciso III, art. 87) é aplicada para os casos em que o contratado pratique infrações de natureza grave e viole cláusula contratual que justifique a sua rescisão. O dispositivo prevê o prazo máximo de 2 anos para a aplicação da suspensão e do impedimento.

Por conseguinte, a *sanção de declaração de inidoneidade* (inciso IV, art. 87) se destina às infrações gravíssimas, como, por exemplo, a prática de fraude pelo contratado para obter vantagem indevida. Nesse contexto, interessante confrontarmos relevantes aspectos que diferenciam as sanções dispostas nos incisos III e IV<sup>1438</sup>, do art. 87. Enquanto a *sanção de suspensão e impedimento* poderá ser aplicada pela autoridade competente, conforme a regulamentação do órgão ou entidade contratante, a aplicação da sanção de *declaração de inidoneidade* é de *competência exclusiva* do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal (§3º, art. 87). Como dissemos, no caso do inciso III, o prazo máximo a ser aplicado será de 2 anos, contudo, não há prazo legal fixado para a hipótese da declaração de inidoneidade, sendo previsto pela lei o direito do contratado de requerer a sua *reabilitação* após o prazo de 2 anos da aplicação da sanção<sup>1439</sup>.

Ao arremate, cuida salientarmos curiosa divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito da abrangência dos efeitos provocados pela aplicação das sanções dos incisos III e IV, ora em comento. A partir da leitura dos dispositivos, é de fácil verificação que, enquanto no inciso III, que trata da suspensão do direito de licitar, o legislador utilizou o vocábulo “Administração”, no inciso IV, distintamente, há menção do vocábulo “Administração Pública”.

Diante disso, surgiram distintas interpretações acerca da diferença existente no emprego dos vocábulos, em que parte da doutrina entende que os efeitos da *declaração de inidoneidade* são mais abrangentes em relação aos da *sanção de suspensão*, posto que esta apenas faz menção a “Administração”, e desse modo se restringiria apenas à entidade ou órgão responsável por aplicar a punição<sup>1440</sup>. Contrariamente, há entendimentos que sustentam não haver qualquer diferença, sendo irrelevante a diferença dos vocábulos empregados, de modo que o efeito sempre será extensivo, ou seja, a suspensão do direito de licitar do contratado deverá ser observada por toda a Administração Pública, podendo ser invocada por todos os entes federativos<sup>1441</sup>.

Em âmbito jurisprudencial, mister esclarecermos a existência de divergência sobre o tema à luz do que entende o Tribunal de Contas da União – TCU e o Superior Tribunal de Justiça – STJ. O entendimento consolidado pela Corte de Contas é de que os efeitos da suspensão temporária se restringem apenas em relação ao órgão ou entidade

1436 Lei 8.666/1993 “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.[...]”.

1437 Lei 8.666/1993 “Art. 87, § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente”.

1438 Lei 8.666/1993 “Art. 87, [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”.

1439 A respeito disso, o publicista Rafael Oliveira afirma que a declaração de inidoneidade será mantida “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 depois de decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p.776).

1440 Esse é o posicionamento defendido por Lucas Rocha Furtado. (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. Livro eletrônico. p.514).

1441 Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico. p.290 e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico. p.777.

sancionadores<sup>1442</sup>. Todavia, entende o STJ que os efeitos alcançam todos os órgãos da administração, portanto, toda a Administração Pública<sup>1443</sup>.

### 33.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*.

1442 Conforme Acórdão nº 2242/2013, Plenário; Acórdão nº 842/2013, Plenário; Acórdão nº 3.439/12, Plenário; Acórdão nº 3.243/12, Plenário; Acórdão nº 1.539/10, Plenário; Acórdão nº 1.727/06, 1<sup>a</sup> Câmara; e Acórdão nº 3.858/09, 2<sup>a</sup> Câmara.

1443 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR. ALCANCE DA PENALIDADE. TODA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2). 2. De acordo com a jurisprudência do STJ, a penalidade prevista no art. 87, III, da Lei n. 8.666/1993 não produz efeitos apenas em relação ao ente federativo sancionador, mas alcança toda a Administração Pública (MS 19.657/DF, rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, DJe 23/08/2013). 3. Agravo desprovido. (AgInt no REsp 1382362/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 31/03/2017). ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA. DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE. LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III. – É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras. – A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum. – A limitação dos efeitos da suspensão de participação de licitação não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública. – Recurso especial não conhecido. (REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003).



## CAPÍTULO 34 – CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: EXTINÇÃO

*Jordan Santos Rodrigues*

**SUMÁRIO:** 34.1. Extinção e rescisão do contrato administrativo. 34.2 Extinção por adimplemento das partes. 34.3. Extinção por acordo entre as partes e extinção judicial. 34.4. Extinção por decretação de invalidade e por rescisão. 34.5. Referências bibliográficas.

### 34.1. EXTINÇÃO E RESCISÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO.

A extinção do contrato administrativo ocorre com o término do vínculo obrigacional existente entre o Poder Público contratante e o particular contratado, decorrente do integral cumprimento das cláusulas contratuais ou pelo rompimento, por meio da rescisão ou da anulação do contrato. Nesse sentido, sustenta a doutrina que a extinção dos contratos administrativos pode decorrer a partir de diferentes causas, pela conclusão de seu objeto, pelo término do prazo, ou mediante a anulação ou rescisão<sup>1444</sup>.

Conforme ressalta Rafael Oliveira, a extinção dos contratos normalmente ocorre pelo *decurso do prazo contratual ou pela execução do objeto*. Todavia, leciona o autor que a extinção pode ocorrer de forma prematura, nas hipóteses em que for constatada a impossibilidade de continuidade do ajuste, configurada ou não a rescisão culposa, e quando constatada a ilegalidade no procedimento licitatório ou no contrato, provocando a sua anulação<sup>1445</sup>.

Nesse contexto, esclarece Odete Medauar que a “rescisão é a cessação da eficácia do contrato antes de encerrado o término do seu prazo de vigência”, e complementa a administrativista, que “os casos de rescisão devem ser formalmente motivados nos autos do processo administrativo, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, se for o caso”<sup>1446</sup>.

Dispõe o art. 79<sup>1447</sup>, da Lei n° 8.666/1993, as hipóteses que configuram a rescisão do contrato administrativo, quais sejam, a unilateral ou administrativa (inciso I), a amigável (inciso II) e a judicial (inciso III).

<sup>1444</sup> Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p. 605.

<sup>1445</sup> Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p. 771.

<sup>1446</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*. p. 221.

<sup>1447</sup> Lei 8.666/1993 Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior; II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração; III - judicial, nos termos da legislação; [...]”.

## 34.2. EXTINÇÃO POR ADIMPLEMENTO DAS PARTES.

Conforme já apontamos, a extinção dos contratos administrativos normalmente se dá pelo decurso do prazo contratual ou pela execução do objeto, hipóteses de extinção de pleno direito. A extinção pelo *exaurimento ou cumprimento do objeto* se dá quando as partes cumprem integralmente as obrigações estipuladas no contrato, por exemplo, quando o particular contratado realiza regularmente o objeto do ajuste e o Poder Público contratante o remunera pelo serviço desempenhado.

Com a entrega do objeto do contrato, a Administração o receberá mediante termo ou recibo, que importará no reconhecimento da conclusão do objeto e extinção do contrato<sup>1448</sup>. Todavia, interessante destacarmos que, verificada a existência de vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, o contratado será responsabilizado mesmo após a extinção do contrato<sup>1449</sup>.

Consoante tratamos no capítulo 32 acerca da vigência do contrato administrativo, este deverá ser firmado com prazo determinado, normalmente adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários. A modalidade de extinção do contrato *pelo término de seu prazo ou atingimento do termo final de vigência*, ocorre com o fim do lapso temporal determinado pelas partes para a vigência do contrato, comumente estipulados nos contratos de execução continuada. Nos dizeres de Marçal Justen Filho, “há contratos que demandam das partes a realização de certas prestações. Nesse caso, o adimplemento de uma prestação não exaure o vínculo jurídico, que se extinguirá com o atingimento do termo final de vigência”<sup>1450</sup>. Portanto, verificado o atingimento do termo final fixado pelos contratantes, ocorre a extinção natural do contrato.

## 34.3. EXTINÇÃO POR ACORDO ENTRE AS PARTES E EXTINÇÃO JUDICIAL.

A *extinção por acordo entre as partes*, ou também chamada de *rescisão amigável*, decorre da manifestação de vontade em comum apresentada pelos contratantes. Portanto, é dizer que, neste caso, o interesse do particular pela rescisão contratual coincide com a conveniência da Administração em fazê-lo. Dispõe o art. 79, I, da Lei nº 8.666/1993, que a rescisão deverá ser reduzida a termo no processo da licitação, além disso, deverá ser precedida de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente (§1º, art. 79), de modo a justificar a conveniência da extinção do contrato administrativo à luz do interesse público. Conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a “rescisão amigável e a judicial devem ser requeridas nos casos estabelecidos nos itens XIII a XVI do artigo 78, abrangendo os chamados fatos da Administração”<sup>1451</sup>.

A *rescisão judicial* (art. 79, III), por sua vez, trata-se de hipótese em que o particular contratado busca a tutela jurisdicional para que, por meio de uma sentença judicial, seja o contrato rescindido. A propositura de uma ação pelo particular se justifica pelo fato deste, diferentemente da Administração Pública, não poder interromper a execução do contrato nem o rescindir unilateralmente. Logo, enquanto o Poder Público é dotado da prerrogativa da rescisão unilateral administrativa, nos casos previstos nos incisos I a XII e XVII do art. 78, da Lei nº 8.666/1993, sendo opcional a via judicial, ao particular é imprescindível a sua utilização.

Ademais, destacamos que, ao buscar a tutela jurisdicional, o contratado poderá, além de apresentar o pedido relacionado à rescisão do contrato, também se manifestar acerca de eventual pretensão indenizatória, de retenção, compensação e outras<sup>1452</sup> provenientes do descumprimento de obrigações contratuais ou legais por parte do Poder Público, como nos casos dispostos nos incisos XIII a XVI, do art. 78, já mencionados alhures<sup>1453</sup>.

1448 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 261.

1449 Cf. FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*. p. 605.

1450 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 561.

1451 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p.370.

1452 Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p.279.

1453 Nesse ponto, nos dizeres de Odete Medauar, “nesses casos, em que não há culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a devolução de garantia, pagamentos pela execução do contrato até a rescisão, pagamento do custo da desmobilização (art. 79, §2º)” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*. p.223).

## 34.4. EXTINÇÃO POR DECRETAÇÃO DE INVALIDADE E EXTINÇÃO POR RESCISÃO.

A extinção por *decretação de invalidade ou anulação*, ocorre de maneira excepcional e se dá quando constatada a violação ao princípio da legalidade, culminando no surgimento de vícios, seja durante o procedimento licitatório, seja no momento da contratação. Conforme o disposto no art. 49, §2º, da Lei nº 8.666/1993, apurada a existência de vício insanável durante o procedimento licitatório, todos os atos praticados posteriormente, inclusive eventual contrato administrativo pactuado, serão anulados. Acerca disso, afirma Hely Lopes Meirelles que “tem-se considerado nulo o contrato realizado sem concorrência, quando a lei o exige, ou mediante concorrência fraudulenta no seu procedimento de julgamento, ou, ainda, quando o ajuste contraria normas legais em pontos fundamentais do seu conteúdo negocial”<sup>1454</sup>.

Conforme dicção do art. 59, da Lei nº 8.666/1993, a anulação do contrato é ato declaratório e provoca efeitos retroativos, impedindo a ocorrência de efeitos jurídicos e desconstituídos os já produzidos<sup>1455</sup>. Ademais, a nulidade deverá ser formalizada por meio de decreto, despacho, ou termo circunstanciado, devendo a Administração apontar os motivos da invalidade e o dispositivo legal ou regulamentar violado, pois, à luz do magistério de Hely Lopes Meirelles, “só a ilegalidade autoriza a extinção do contrato pela via anulatória”<sup>1456</sup>.

A existência de nulidade, portanto, obsta que seja formada qualquer vínculo entre os contratantes, bem como direitos e obrigações entre o Poder Público e o particular contratado. Todavia, em que pese sobrevenha a declaração de nulidade, subsistirá o dever da Administração em indenizar o contratado por aquilo que já foi executado até a data da declaração, além de outros prejuízos regularmente comprovados (art. 59, parágrafo único), evitando-se, assim, a ocorrência de enriquecimento ilícito pelo Poder Público. Ademais, ressaltamos que deverá ser assegurado ao contratado o direito ao contraditório e a ampla defesa durante todo o procedimento que vise a anulação do contrato administrativo.

Cumpramos, nesse contexto, os aspectos atinentes ao *caso fortuito*, *a força maior* no âmbito dos contratos administrativos. Inicialmente, convém destacarmos que os citados institutos jurídicos não se confundem com as já explanadas teorias do fato do príncipe e do fato administrativo.

*Caso fortuito* é o evento da natureza caracterizado pela *imprevisibilidade* e *inevitabilidade*, que, conforme leciona Hely Lopes Meirelles, acarreta para o contratado obstáculo irremovível na execução do contrato, a exemplo da ocorrência de um tufão. A *força maior*, por sua vez, é o evento humano que, também dotado de *imprevisibilidade* e *inevitabilidade*, cria para o contratado óbice intransponível na execução do contrato, a exemplo de uma greve que paralisa por completo os transportes de cargas<sup>1457</sup>.

Contudo, ressaltamos que, inobstante o esforço da doutrina no intento de diferenciar os institutos, aduz o publicista Rafael Oliveira que não há relevância prática, pois, segundo o autor, a ordem jurídica define as duas situações como inevitáveis e imprevisíveis, conforme o art. 393, parágrafo único<sup>1458</sup>, do Código Civil, e atribui consequências idênticas, à luz do disposto no art. 65, II, “d”, e art. 78, XVII<sup>1459</sup>, da Lei 8.666/1993<sup>1460</sup>.

1454 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 263-264.

1455 Nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “a anulação do contrato é ato declaratório de invalidade preexistente, pelo que opera efeitos *ex tunc*, retroagindo às suas origens, estando, como é natural, sujeito à decadência ou à prescrição” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 263).

1456 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 264.

1457 Cf. GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*. p. 1102.

1458 Lei 10.406/2002. “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

1459 Lei 8.666/1993. “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XVII – a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato. [...]”.

1460 Acerca disso, esclarece o administrativista que “é tradicional a dificuldade na distinção entre caso fortuito e força maior. Alguns entendem que o caso fortuito é o evento imprevisível da natureza (ex.: enchente, tempestade) e a força maior decorre de evento humano (ex.: greve)”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p.770).

No que tange aos efeitos, prevê o art. 79, §2º<sup>1461</sup>, da Lei 8.666/1993, que na hipótese de *rescisão contratual por motivo de caso fortuito ou força maior*, inexistindo culpa do contratado, este será ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados, tendo direito a devolução da garantia apresentada, aos pagamentos devidos pela execução do contrato até a data rescisão contratual, além do pagamento do custo da desmobilização.

### 34.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2015. *Livro eletrônico*.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. Atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012. *Livro eletrônico*.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. – São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*.

---

1461 Lei 8.666/1993. “Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser: [...] § 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização. [...]”.

# PARTE VIII

## LICITAÇÕES





## CAPÍTULO 35 – LICITAÇÕES: CONCEITO, PRINCÍPIOS E TIPOS DE LICITAÇÃO

*Karina Agatti Pacheco*

**SUMÁRIO:** 35.1. Conceito. 35.2. Princípios do procedimento licitatório. 35.2.1. Princípios da legalidade, moralidade e probidade administrativa. 35.2.2. Princípios da impessoalidade e igualdade. 35.2.3. Princípio da publicidade. 35.2.4. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 35.2.5. Princípio do julgamento objetivo. 35.2.6. Princípios correlatos: formalismo, competitividade, sigilo das propostas e adjudicação compulsória. 35.3. Tipos de licitação. 35.3.1. Menor preço. 35.3.2. Melhor técnica e técnica e preço. 35.3.3. Maior lance ou oferta. 35.4. Referências.

### 35.1. CONCEITO

O verbo *licitar* corresponde a *oferecer quantia ou lance*, significado a partir do qual Diogo de Figueiredo Moreira Neto conclui que o termo *licitação* é impreciso, pois designa apenas a parte inicial do procedimento que representa<sup>1462</sup>. Não obstante, convencionou-se nomear *licitação*, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pre- tendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.<sup>1463</sup>

Sob outro prisma conceitual, convém colacionar a lição de Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.<sup>1464</sup>

Em termos gerais, constatamos que a licitação é um procedimento administrativo vinculado que precede a contratação pública, por meio do qual a Administração viabiliza aos interessados apresentarem propostas, sobre bases equânimes, a fim de selecionar a que seja mais vantajosa ou conveniente, bem como promova o desenvolvimento nacional sustentável.

Para a efetiva compreensão teórica da licitação, José dos Santos Carvalho Filho conduz-nos à identificação da

<sup>1462</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro eletrônico, p. 273.

<sup>1463</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 538.

<sup>1464</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 495.

natureza jurídica e objetivos do instituto<sup>1465</sup>. Esclarece o autor que a licitação tem natureza de *procedimento administrativo com fim predeterminado*, entendido, assim, como uma ordenada sequência de atividades<sup>1466</sup>, isto é, na narrativa de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma série de atos preparatórios que conjugam atos e fatos da Administração e do licitante para a formação da vontade contratual.<sup>1467</sup>

Acrescentamos, ainda, tratar-se de um procedimento vinculado, posto que as atividades sequenciais devem ser desempenhadas rigorosamente de acordo com as regras fixadas por lei e ato administrativo prévio, conforme dispõe o artigo 41 da Lei nº 8666/93.<sup>1468</sup>

O aspecto vinculado do procedimento licitatório evidencia que a contratação realizada pelo Poder Público, para a realização de obras, serviços, concessões, permissões, compras, alienações ou locações<sup>1469</sup>, distingue-se, em absoluto, da ampla liberdade da qual dispõem os particulares ao celebrarem negócios jurídicos.<sup>1470</sup>

Noutro giro, os objetivos da licitação estão elencados no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. São eles a garantia da observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A seleção da proposta mais vantajosa coaduna-se ao dever de primazia do interesse público<sup>1471</sup>, para que se identifique a proposta que apresente o melhor custo-benefício, combinando aspectos qualitativos e econômicos, ou seja, a proposta que apresente a melhor qualidade prestacional e o menor ônus ao ente público.<sup>1472</sup>

Durante o processo licitatório, a necessária observância do princípio da isonomia impede que o administrador efetue escolhas arbitrárias na gestão da coisa pública<sup>1473</sup>, porquanto viabiliza a participação de quaisquer interessados no certame, desde que preencham os requisitos elencados no ato convocatório, e garante o requisito público da impessoalidade (art. 37, *caput*, CRFB/1988).<sup>1474</sup>

A partir da edição da Lei nº 12.349/2010, o legislador inseriu, no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, a “promoção do desenvolvimento nacional” como uma terceira finalidade do procedimento licitatório. O diploma acrescentou modificações legislativas na referida Lei em prol de uma maior competitividade de empresas produtoras de bens e serviços nacionais, chamadas “margens de preferência”.<sup>1475</sup>

A política desenvolvimentista introduzida pela Lei nº 12.349/2010 trouxe a lume discussões em torno do tratamento igualitário dos licitantes. Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, a alteração legislativa contrabalanceou a primazia absoluta do princípio da igualdade para harmonizá-lo com a concessão de vantagens a empresas nacionais, que, apesar de suscitar polêmica, contribuiu para o objetivo fundamental da República em garantir o desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II, CRFB/1988)<sup>1476</sup>. Por outro ângulo, Marçal Justen Filho observa que o princípio da isonomia não veda o tratamento discriminatório, vez que este é inerente ao ato de escolha da proposta, antes veda a discriminação arbitrária, decorrente de condições subjetivas do administrador<sup>1477</sup>. Assim, o atendimento ao desenvolvimento nacional, desde que esteja precisamente previsto no ato convocatório, não corresponderia a uma discriminação arbitrária na seleção da proposta.

1465 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 181.

1466 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 182.

1467 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 353.

1468 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 182.

1469 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 635.

1470 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 536.

1471 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 538.

1472 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

1473 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 498.

1474 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 538.

1475 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 636.

1476 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 636.

1477 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 498.

No que concerne o arcabouço disciplinar do tema, remontamos à exigência constitucional da licitação, instituída no inciso XXI, do artigo 37, da CFRB/1988, cuja redação determina:

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.

Embora o preceito constitucional autorize a dispensa da licitação por disposição legal, conserva a regra, corroborada pelas leituras do art. 22, inciso XXVII e art. 173, § 1º, inciso III, da CFRB/1988, pela qual as entidades da Administração Pública, direta e indireta – autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas –, assim como as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, possuem o dever de licitar.<sup>1478</sup>

O artigo 22, inciso XXVII, da CFRB/1988 reserva à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. Em contrapartida, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem fixar as peculiaridades dos processos licitatórios realizados pela administração correspondente, respeitado o disposto na legislação geral, vez que se trata do “piso defensivo do interesse público”.<sup>1479</sup>

Nessa conjuntura, a Lei Federal nº 8.666/1993 constitui a fonte legislativa primária no tema e enuncia as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, por isso também nos referimos a ela como o Estatuto dos Contratos e Licitações.<sup>1480</sup>

Há um impasse, entretanto, na separação entre normas gerais e específicas, vez que a Lei nº 8.666/93, em verdade, centraliza a regulamentação da matéria, de modo que os Estados e Municípios têm suas competências suplementares para legislar sobre licitações e contratos administrativos prejudicadas<sup>1481</sup>. Em razão disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em medida liminar no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927, que certas normas contidas na Lei nº 8.666/93 não se enquadram como normas gerais, motivo pelo qual são aplicáveis no âmbito federal, apenas.<sup>1482</sup>

Ainda no exercício legislativo da União, destacamos diplomas que versam sobre regimes licitatórios específicos, tais como a Lei nº 10.520/2002, que regulamenta a modalidade licitatória pregão; e a Lei nº 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação, às quais faremos referência, sobretudo, em capítulos seguintes.

Em que pese o campo disciplinar, por fim, a licitação é precedida de um ato administrativo: o ato convocatório, onde são delimitados o objeto do contrato e os critérios precisos para habilitação dos licitantes e julgamento do certame.<sup>1483</sup>

## 35.2. PRINCÍPIOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Enquanto procedimento administrativo, a licitação deve observar aos princípios constitucionais afetos à Administração Pública, expressos ou implícitos<sup>1484</sup>, mormente os insculpidos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

<sup>1478</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 554.

<sup>1479</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 546.

<sup>1480</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 183.

<sup>1481</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 354.

<sup>1482</sup> Nomeadamente, o STF deu interpretação conforme a Constituição ao art. 17, I, “b”, e II, “b”, da Lei nº 8.666/93, para que essas normas tenham aplicação somente no âmbito federal, assim como suspendeu os efeitos do art. 17, I, “c”, e § 1º, da mesma Lei, até o julgamento final da ação. Ver ADI 927 MC/RS, Pleno, Min. Rel. Carlos Veloso, julgamento 03.11.1993, DJ. 11.11.1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346697>>. Acesso em: 30 de junho de 2020.

<sup>1483</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 496.

<sup>1484</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro eletrônico, p. 512.

Inobstante, o legislador também elencou, no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, princípios específicos a serem observados no certame licitatório: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais princípios correlatos.

### 35.2.1. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE E PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A vinculação do procedimento licitatório às disposições legais, essência do princípio da legalidade, desdobra-se em deveres da administração, como a escolha da modalidade de licitação adequada ao objeto do contrato, a dispensa do procedimento apenas nos termos legais, bem como a exigência de implementação das normas gerais e específicas relativas ao certame em cada uma de suas fases, traduzindo-se no cumprimento do devido processo legal.<sup>1485</sup>

Além disso, o princípio da legalidade faz nascer ao participante o direito subjetivo público de que o procedimento observe rigorosamente as normas que o presidem<sup>1486</sup>, conforme a leitura do artigo 4º da Lei nº 8.666/93, podendo o participante, portanto, arguir eventuais desconformidades da licitação com o ordenamento jurídico, mormente quando tenha o seu acesso à participação do certame indevidamente negado.<sup>1487</sup>

Em verdade, Di Pietro esclarece ser este também um interesse difuso, vez que a Lei nº 8.666/93 inseriu múltiplas prerrogativas para a iniciativa popular no controle da legalidade, de modo que qualquer cidadão pode exigir a observância da lei na licitação.<sup>1488</sup>

Já a moralidade, também erigida como princípio basilar da administração no artigo 37, *caput*, da CRFB/1988, centra-se na atuação do administrador conforme a boa-fé, lealdade e honestidade, sendo-lhe vedado o uso de meio ardil para prejudicar o administrado<sup>1489</sup>. O princípio da moralidade ainda apresenta certo grau de indeterminação e vagueza no Direito, motivo pelo qual o legislador, provavelmente, introduz o princípio da probidade administrativa no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, que possui bases mais concretas.<sup>1490</sup>

A probidade administrativa também reflete o dever de honestidade do gestor público, sobretudo para que ele atenda ao interesse público da forma mais acurada, ou pode ser responsabilizado nas esferas civil, penal e administrativa pelos atos ímprobos<sup>1491</sup>, conforme o disposto no artigo 37, § 4º da CRFB/1988 e disciplinado na Lei nº 8.429/92.

Outrossim, a Lei nº 8.666/93 elenca, em seus artigos 89 a 99, os crimes relacionados ao processo licitatório. Dentre as infrações tipificadas no Estatuto das Licitações, podemos encontrar aquelas decorrentes de atos ímprobos<sup>1492</sup>, vez estes não se esgotam nos tipos previstos na Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92), que contém rol de condutas infracionais meramente exemplificativo.<sup>1493</sup>

### 35.2.2. PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E IGUALDADE

O princípio da impessoalidade funciona como pressuposto do princípio da isonomia, eis que determina a vedação da influência de aspectos pessoais e subjetivos, por parte do agente administrativo, no processo licitatório<sup>1494</sup>. Assim, a licitação não pode estar eivada no favorecimento indevido, antes, pauta-se pela neutralidade.<sup>1495</sup>

1485 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 185.

1486 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 361.

1487 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 546.

1488 A autora cita, nomeadamente, os artigos 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º, da Lei 8.666/93. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 362.

1489 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 502.

1490 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 362.

1491 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 186.

1492 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 362.

1493 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018. p. 112.

1494 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 178.

1495 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 546.

Reiteramos, portanto, a necessidade de se conferir tratamento igualitário aos participantes, pois o princípio da igualdade veda a discriminação em função da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, ou a distinção entre empresas brasileiras e estrangeiras, como prescreve o art. 3º, §1º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93<sup>1496</sup>, muito embora a mesma Lei estabeleça ressalvas que possibilitam o tratamento diferenciado em prol de finalidades exigidas pelo ordenamento jurídico, tipicamente, o desenvolvimento nacional sustentável.

Di Pietro leciona que tais ressalvas devem ser compreendidas à luz do princípio da razoabilidade, que erige tanto a base legal que possibilita a excessão, quanto norteia a execução de atos administrativos proporcionais e adequados à finalidade legal.<sup>1497</sup>

Nesse passo, destacam-se as seguintes excessões, que permitem o tratamento diferenciado dos licitantes: os critérios de desempate (art. 3º, §2º, da Lei nº 8.666/93); as margens de preferências estabelecidas nos §§ 5º a 12, art. 3º, da Lei 8.666/93; o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte; disposições específicas em relação ao setor de informática e automação (art. 3º da Lei 8.248/91); e quando se verifique circunstância pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato (art. 3º, § 1º, inciso I, Lei nº 8.666/93).<sup>1498</sup>

Os critérios de desempate (art. 3º, § 2º, Lei nº 8.666/93) para seleção de bens e serviços em condições de igualdade, consideram como preferenciais, em ordem sucessiva, (i) os bens produzidos no País; (ii) os produzidos ou prestados por empresas brasileiras; (iii) os produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; e (iv) os 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, este último incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Por sua vez, as margens de preferência, compreendidas nos §§ 5º a 12, art. 3º, da Lei nº 8.666, correspondem a determinada diferença de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e produtos manufaturados e serviços estrangeiros que assegura a seleção dos nacionais para a contratação pública.<sup>1499</sup>

Para além de poderem ser aplicadas a produtos manufaturados e serviços nacionais, tais margens podem ser empregadas para bens e serviços de empresas que reservem cargos, nos termos legais, a pessoas com deficiência ou reabilitados da Previdência Social, e que atendam às regras de acessibilidade (art. 3º, § 5º, inciso II, Lei nº 8.666/93, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência). Ademais, o art. 3º, § 7º, do Estatuto das Licitações, permite a implementação de margens de preferência adicionais para produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Vale dizer que tais margens são estabelecidas pelo Poder Executivo federal, após estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, e não podem ultrapassar o valor de 25% sobre o preço dos produtos e serviços estrangeiros (art. 3º, §§ 6º e 8º, da Lei nº 8.666/93). Além disso, podem ser estendidas aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercosul (art. 3º, § 10, Lei nº 8.666/93).

Frisamos que o tratamento diferenciado em favor de produtos e serviços nacionais é lastreado por preceitos constitucionais, dentre os quais podemos citar a soberania (art. 1º, inciso I, CRFB/1988), a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, inciso II, CRFB/88) e o incentivo ao mercado interno (art. 219, CRFB/88), embora esteja circunscrito à razoabilidade e ao limite de exigência das qualificações técnicas que sejam essenciais ao objeto do contrato.<sup>1500</sup>

1496 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 547.

1497 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 358-359.

1498 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 358.

1499 Na definição do Decreto nº 7.546/11, que regulamenta a matéria, tem-se que: “Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se: I - Margem de preferência normal - diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais; II - Margem de preferência adicional - margem de preferência cumulativa com a prevista no inciso I do caput, assim entendida como o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais; [...]”.

1500 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 359.

As exceções em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, por sua vez, conferem igualdade material aos licitantes, sob o prisma de que se deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, desde que guardada a proporcionalidade da medida, a fim de lançar as bases para a justa competitividade, com fulcro nos artigos 170, IX e 179 da CRFB/88.<sup>1501</sup>

Para tanto, a Lei Complementar nº 123/2006 inseriu normas que implementam o tratamento diferenciado e simplificado a ser conferido a essas empresas nas licitações públicas, dentre as quais destacamos: a previsão de critério de desempate adicional assegurando a preferência a empresas dessas categorias (art. 44); a inexistência de comprovante de regularidade fiscal e trabalhista até a assinatura do contrato (art. 42); a realização de processo licitatório destinado exclusivamente a participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (art. 48, I); a possibilidade de exigência dos licitantes, nos certames para aquisição de obras e serviços, de subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte (art. 48, II); o estabelecimento, em licitações para aquisição de bens de natureza divisível, de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte; dentre outras medidas estabelecidas no Capítulo V da referida lei.

Essas prerrogativas também se aplicam às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano calendário anterior, receita bruta até o limite do art. 3º, inciso II, da LC nº 123/2006 (art. 34 da Lei nº 11.488/2007).

Noutro giro, em atenção à capacitação do setor de informática e automação, a aquisição de bens e serviços desses campos pelo Poder Público deve observar a preferência a (I) bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e (II) bens e serviços desenvolvidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (art. 3º, da Lei nº 8.248/91).

Em particular, nas contratações destinadas à implementação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, o legislador faculta que a licitação seja restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176/2001. Vale dizer que o art. 6º, inciso XIX, do Estatuto de Licitações, define os bens e serviços de informação e comunicação considerados estratégicos como aqueles “cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam ao menos um dos requisitos relacionados às informações críticas, quais sejam disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade”.

Sublinhamos, ainda, a exceção contida no inciso art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, cuja leitura *a contrario sensu* autoriza o tratamento diferenciado nas licitações quando verificadas circunstâncias pertinentes e relevantes para o específico objeto do contrato, *e.g.*, o apontamento de certas marcas, características e especificações exclusivas do produto nessas circunstâncias, por razões de ordem técnica (art. 7º, § 5º, Lei nº 8.666/93).<sup>1502</sup>

Por fim, vale dizer que a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, enquanto objetivo do processo licitatório, permite que se estabeleça, como critério de seleção, condições adequadas às questões ambientais, como a utilização de percentual mínimo de materiais biodegradáveis ou recicláveis, de modo que a seleção da proposta mais vantajosa pode ser ponderada à luz critérios não limitados à análise econômico-financeira<sup>1503</sup>.

### 35.2.3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Carvalho Filho acertadamente observa que o princípio da publicidade está intimamente vinculado ao princípio republicano, termo cuja etimologia, *res publica*, é corolário lógico na natureza pública dos atos do Estado, notadamente a licitação<sup>1504</sup>.

Nesse passo, o art. 3º, § 3º, da Lei nº 8.666/93, assevera: “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”.

1501 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro eletrônico, p. 512.

1502 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 359.

1503 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 639.

1504 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 186.

A publicidade dos atos licitatórios desempenha dupla função: a de garantir a ampla participação dos interessados e a de permitir aos cidadãos a fiscalização acerca da regularidade do certame, mecanismo fundamental à lisura do processo<sup>1505</sup>.

Relativamente à participação dos interessados, Di Pietro leciona que a amplitude da publicidade é proporcional à modalidade da licitação, isto é, a divulgação deve ser maior na modalidade concorrência, a fim de atingir o maior número de participantes, enquanto no convite há menores exigências relativas ao alcance da divulgação, haja vista o menor valor envolvido na contratação<sup>1506</sup>.

Em que pese a aplicação do princípio da publicidade no procedimento licitatório, podemos citar múltiplos dispositivos contidos na Lei nº 8.666/93, a saber: a publicação trimestral dos preços registrados para orientação da Administração, na imprensa oficial (art. 15, § 2º); a divulgação mensal da relação de todas as compras feitas pela administração direta ou indireta, nos termos do art. 16 do Estatuto; a publicação dos avisos contendo os resumos dos editais nos veículos apontados pelo art. 21 do Estatuto; a divulgação dos registros cadastrais mantidos pela Administração, atualizados, no mínimo, anualmente, através de chamamento público em imprensa oficial e jornal diário (art. 34, § 1º); a realização de audiência pública inicial quando o valor estimado do contrato seja superior ao montante descrito no art. 39 da referida Lei; entre outros.

A publicidade viabiliza que os cidadãos acompanhem os atos da administração nas licitações, concretizando a garantia constitucional do acesso à informação (art. 5º, inciso XXXIII, CRFB/1988), regulamentada pela Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), que, por sua vez, refere-se expressamente ao direito de obter acesso às informações pertinentes a licitação e contratos administrativos (art. 7º, inciso VI). Outrossim, o art. 8º, § 1º, inciso IV, da referida Lei, assenta o dever dos entes públicos na divulgação, em local de fácil acesso, independente de solicitação, das informações concernentes ao procedimentos licitatórios.

Justen Filho observa que a publicidade poderá ser afastada em contratações que envolvam questões sigilosas, quando a necessidade se impor em virtude de outros interesses do Estado, desde que justificadamente e com amparo no previsto pela Lei de Acesso à Informação, eis que se trata de circunstância excepcional.<sup>1507</sup>

#### 35.2.4. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O art. 41, *caput*, da Lei nº 8.666/93 é desta forma redigido: “A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O preceito é igualmente válido quando o instrumento convocatório seja carta-convite, embora o texto se refira a edital. O desrespeito aos termos do instrumento convocatório enseja a nulidade do certame, vez que se trata da “lei interna da licitação”.<sup>1508</sup>

Frisamos que a observância aos termos do instrumento convocatório é imperativa tanto para a Administração, *e.g.*, na avaliação e classificação das propostas de acordo com os critérios pré-definidos; quanto para os licitantes, sobretudo em relação a apresentação da proposta nas condições especificadas pelo edital ou carta-convite.<sup>1509</sup>

Na eventualidade de alteração do instrumento convocatório, em decorrência da constatação de falha ou por necessidade fundada no interesse público, deve-se assegurar a ampla publicidade das modificações e a devolução dos prazos aos interessados, a fim de que os participantes possam realizar os ajustes necessários e outros interessados possam participar do certame.<sup>1510</sup>

1505 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 502-503.

1506 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 362.

1507 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 503.

1508 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro eletrônico, p. 514.

1509 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 363.

1510 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p. 550.



### 35.2.5. PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

O princípio julgamento objetivo, expresso no art. 45 da Lei nº 8.666/93<sup>1511</sup>, é corolário dos princípios da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, e assevera o dever da comissão da licitação em selecionar a proposta vencedora mediante os critérios previamente definidos.<sup>1512</sup>

Sem embargo, Bandeira de Mello conclui que a objetividade absoluta está restrita às licitações do tipo menor preço (ver tópico 35.3.1), posto que a avaliação de aspectos qualitativos de bens e serviços, tais como técnica e rendimento, sobretudo quando há grande similitude entre os atributos, resulta em certo grau de subjetivismo.<sup>1513</sup>

### 35.2.6. PRINCÍPIOS CORRELATOS: FORMALISMO, COMPETITIVIDADE, SIGILO DAS PROPOSTAS E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Malgrado não identifiquemos uniformidade doutrinária na enumeração de princípios aplicáveis às licitações, os princípios correlatos usualmente referidos na literatura são o formalismo, a competitividade, o sigilo das propostas e a adjudicação compulsória.

O *formalismo do procedimento*, enquanto desdobramento do princípio da legalidade e do devido processo legal, está expresso no parágrafo único do artigo 4º, da Lei nº 8.666/93, e corresponde à realização dos atos administrativos que compõem o procedimento na forma prescrita em lei.<sup>1514</sup>

Rezende Oliveira alerta para o fato de que o referido princípio não corresponde ao excesso de formalismo, haja vista o caráter instrumental da licitação<sup>1515</sup>. Assim, o próprio Estatuto permite a flexibilização dos requisitos formais em determinadas circunstâncias, como é o caso do estabelecimento de novo prazo para apresentação das propostas quando nenhuma delas for classificada ou quando todos os licitantes forem inabilitados (art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666/93).<sup>1516</sup>

Nesse sentido, Alexandre Mazza observa que a jurisprudência admite a utilização do postulado *pas de nullité sans grief* aos processos licitatórios<sup>1517</sup>. Pelo preceito, o descumprimento de uma formalidade na licitação acarreta a nulidade do ato desde que esteja comprovado o prejuízo causado.

Relativamente ao *princípio da competitividade*, encontrado na primeira parte do art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, temos que: “É vedado aos agentes públicos [...] admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo [...]”.

A competição viabilizada pelas licitações permite à Administração a seleção da proposta mais vantajosa, motivo pelo qual Bandeira de Mello entende a competitividade como a essência da licitação.<sup>1518</sup>

A título exemplificativo, Rezende Oliveira cita, como cláusulas que poderiam frustrar o caráter competitivo da licitação, a necessidade de compra de editais e a exclusão de empresas que estejam em litígio judicial com a entidade administrativa.<sup>1519</sup>

1511 “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

1512 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 181.

1513 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 553.

1514 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 188.

1515 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro eletrônico, p. 514.

1516 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro eletrônico, p. 514.

1517 MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p. 552.

1518 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 553.

1519 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro eletrônico, p. 512.

Outrossim, a tipificação penal da conduta de “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”, prevista no art. 90 da Lei nº 8.666/93, busca resguardar a competitividade do certame.

Noutra esfera, o *princípio do sigilo das propostas*, assegurado tanto no art. 3º, § 3º, como no art. 43, § 1º, da Lei nº 8.666/93, está relacionado à proibidade administrativa e à igualdade entre os participantes, assegurando que as propostas devem estar lacradas desde a entrega, e somente podem ser abertas em ato público previamente designado.<sup>1520</sup>

O mecanismo compõe a lógica do procedimento licitatório, eis que o conhecimento das propostas durante o prazo de recebimento privilegiaria aqueles que obtiveram a informação, mediante conduta fraudulenta<sup>1521</sup>. Importa mencionar, no tema, o tipo penal previsto no art. 94 da Lei nº 8.666/93, que correspondente a “Devassar o sigilo da proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”, punível com detenção, de dois a três anos, e multa.

Para a compreensão do *princípio da adjudicação compulsória*, esclarecemos que a adjudicação é o ato final do certame licitatório, quando o objeto é atribuído ao licitante vencedor<sup>1522</sup>. A compulsoriedade do ato deve-se ao fato de que somente ao vencedor da licitação pode a Administração conceder o objeto. Sem embargo, a adjudicação não se confunde com a celebração do contrato, vez que a Administração pode, ainda, anular ou revogar o procedimento, dadas as razões de interesse público para tanto.<sup>1523</sup>

Nesse sentido, Di Pietro observa que não há direito subjetivo à adjudicação quando a Administração revoga o procedimento, motivo pelo qual considera o termo *adjudicação compulsória* equivocado, eis que o que se extrai do princípio é o dever de, efetivada a contratação pública, seja esta realizada com o vencedor do certame.<sup>1524</sup>

Ulteriormente, acrescentamos que o processo licitatório não se deve reger apenas por princípios jurídicos, mas também em face da eficiência. Nesse sentido, Justen Filho acertadamente discorre que as decisões do Poder Público para licitar devem levar em conta o funcionamento do mercado, os diversos níveis de custos envolvidos na atividade (recursos humanos, financeiros, o tempo investido), e o estudo da Economia, a fim de que a gestão dos recursos públicos produza os melhores resultados possíveis.<sup>1525</sup>

### 35.3. TIPOS DE LICITAÇÃO

A expressão “tipos de licitação” refere-se aos critérios fundamentais utilizados para o julgamento das propostas, apesar de não serem aplicáveis à modalidade concurso<sup>1526</sup>. Os tipos de licitação estão elencados no § 1º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93, a saber: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

#### 35.3.1. MENOR PREÇO

O tipo *menor preço* é a regra geral, visto que os critérios referentes a *melhor técnica e técnica e preço* são destinados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual (art. 46, Lei nº 8.666/93), ou que apresentem peculiaridades em que a avaliação técnica é relevante, conforme as hipóteses legais, enquanto o tipo *maior lance ou oferta* orienta as alienações de bens ou concessão de direito real de uso de bem público.<sup>1527</sup>

1520 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 188.

1521 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 653.

1522 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 655.

1523 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 655.

1524 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 364.

1525 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 503.

1526 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 619.

1527 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 210.

Quando se utiliza o *menor preço* para a seleção da proposta, mormente para contratação de obras, serviços, compras, locações e fornecimento<sup>1528</sup>, a Administração deve considerar vencedor o licitante que apresentar a proposta que atenda aos critérios especificados no edital ou convite e contenha o menor preço (art. 45, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

Malgrado constitua critério eminentemente objetivo, Celso Antônio Bandeira de Mello alerta para o fato de que, em certas ocasiões, o menor preço nominal não corresponde ao real, se considerados os demais critérios elencados no ato convocatório, como rendimento e condições de pagamento, que também podem ser levados em consideração.<sup>1529</sup>

### 35.3.2. MELHOR TÉCNICA E TÉCNICA E PREÇO

Os tipos *melhor técnica e técnica e preço* podem ser utilizados, basicamente, em três hipóteses. A primeira é para as contratações de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial a elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46, Lei nº 8.666/93).

Em segundo lugar, para as aquisições de bens e serviços de informática, nas quais se deve utilizar, particularmente, o tipo *técnica e preço*, observado o disposto no § 2º, art. 3º, da Lei nº 8.248/91<sup>1530</sup>, muito embora seja permitido outro tipo de licitação nos casos indicados em Decreto do Poder Executivo (art. 45, § 4º, Lei nº 8.666/93).

De forma particular, o § 4º, art. 3º, da Lei nº 8.248/91, dispõe que, para bens e serviços de informática e automação considerados comuns, utiliza-se a modalidade pregão, na qual, antecipamos, o emprego do tipo menor preço é obrigatório (art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002).

Por fim, podem ser empregados tanto o critério *melhor técnica* quanto *técnica e preço*, excepcionalmente e mediante autorização expressa e justificada da maior autoridade da Administração que promova o ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, quando o objeto admitir soluções variáveis, nos termos do § 3º, art. 46, da Lei nº 8.666/93.

Concernente ao procedimento do julgamento das propostas, Carvalho Filho observa terem sido descritos com “injustificável complexidade e insondáveis mistérios” pelo legislador<sup>1531</sup>.

Em que pese a licitação do tipo *melhor técnica*, o instrumento convocatório deve fixar o preço máximo que a Administração se propõe a pagar e o índice de valorização técnica mínima para classificação das propostas<sup>1532</sup>. Os licitantes devem encaminhar envelopes separados para as propostas relativas à técnica e ao preço.

Em seguida, o julgamento ocorre em duas etapas (art. 46, § 1º, Lei nº 8.666/93). No primeiro momento, são abertos os envelopes contendo as propostas técnicas dos participantes, previamente qualificados, para classificação em conformidade com a adequação ao objeto e aos critérios pertinentes à técnica constantes no edital.

Selecionados os participantes que tenham alcançado a valorização mínima, e após o prazo para interposição e julgamento dos recursos<sup>1533</sup>, procede-se a abertura dos envelopes com as propostas dos preços dos licitantes para que se inicie a negociação pelo menor preço ofertado, por ordem da classificação técnica.

Caso o licitante melhor classificado pelo critério técnico não aceite a execução do objeto pelo menor preço ofertado, a negociação segue a ordem sucessiva de classificação, até que se obtenha o acordo (art. 46, § 1º, inciso III, Lei nº 8.666/93). A incoerência, conforme aponta Carvalho Filho, está no fato de que dificilmente o licitante de

1528 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 690.

1529 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 620.

1530 A saber: “§ 2º-Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço”.

1531 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 210.

1532 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 620.

1533 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 621.

técnica superior submeter-se-á a preço correspondente a técnica inferior<sup>1534</sup>.

O procedimento evidencia que, mesmo em licitações do tipo *melhor técnica*, o preço é o fator determinante, motivo pelo qual Di Pietro aponta ser fundamental que a comissão da licitação estabeleça condições criteriosas no edital para a habilitação das propostas técnicas, com a objetiva descrição de fatores como “experiência, instalações, recursos humanos e materiais indispensáveis para a execução do objeto pretendido<sup>1535</sup>. Desse modo, torna-se possível selecionar somente as propostas que apresentem excelência para a fase de negociação.

As licitações de tipo *técnica e preço* observam a procedimento similar: os licitantes devem, igualmente, submeter uma proposta técnica e outra de preços, que serão valoradas de acordo com os critérios objetivos previamente fixados. A classificação final, porém, segue uma média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento convocatório (art. 46, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93).

A opção do legislador pela preferência à classificação segundo o preço, ao estabelecer hipóteses restritas para os tipos que envolvam a técnica, pode ter como consequência, na observação de Di Pietro, problemas na contratação de objetos para os quais, pelos termos legais, não se utiliza a técnica como critério de julgamento da licitação, ainda que esta seja importante à seleção da proposta mais conveniente, como é o caso das obras e serviços técnicos especializados<sup>1536</sup>.

### 35.3.3. MAIOR LANCE OU OFERTA

As licitações de tipo maior lance ou oferta, como mencionado, são utilizadas nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, inciso IV, da Lei nº 8.666/93), a fim de que seja selecionada a proposta que proporcione a maior vantagem econômica para a Administração.

Dessa forma, realizada a avaliação prévia do bem e fixado o seu valor mínimo no edital, os licitantes podem apresentar suas propostas, restando vencedor do certame aquele que ofertar o maior lance. A proceduralização deste critério é amparada pelas normas contidas nos artigos 17 a 19, e 22, § 5º, da Lei nº 8.666/93<sup>1537</sup>.

Se as propostas, em quaisquer tipos de licitação abordados, forem classificadas na mesma posição e, mesmo após a aplicação dos critérios de desempate previstos em lei (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93), subsista o empate, o legislador previu a realização de sorteio para determinar o vencedor (art. 45, § 2º, Lei nº 8.666/93).

Frisamos, ainda, que a Lei nº 8.666/93 restringe a categorização dos tipos de licitação ao rol taxativo do art. 45, §1º, da Lei nº 8.666/93, que elenca os quatro tipos a que fizemos referência. Conforme a redação do § 5º, do mesmo artigo, “É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo”.

Sem embargo, encontramos critérios específicos de julgamento de propostas nos diplomas que regulamentam licitações para contratações específicas, como é o caso da Lei nº 8.987/1995, que disciplina o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e da Lei nº 11.079/2004, aplicável às parcerias público-privadas (PPP), embora não utilizem a expressão “tipos de licitação”<sup>1538</sup>.

## 35.4. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed, rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017.

1534 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed., rev, atual e ampl.: São Paulo, Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 210.

1535 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 364.

1536 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Livro eletrônico, p. 364.

1537 SOUZA, Fatima Regina de. *Manual básico de licitação*. São Paulo: Nobel, 1997, p. 59.

1538 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 23. ed. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 692.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. rev, atual, ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2018.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual., ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- SOUZA, Fatima Regina de. *Manual básico de licitação*. São Paulo: Nobel, 1997.

## CAPÍTULO 36 – LICITAÇÕES: MODALIDADES

João Vitor Cruz de Castro

**SUMÁRIO:** 36.1. Introdução. 36.2. A concorrência. 36.3. A tomada de preços. 36.4. O convite. 36.5. O concurso. 36.6. O leilão. 36.7. O pregão. 36.8. A consulta. 36.9. Referências Bibliográficas.

### 36.1. INTRODUÇÃO.

Já explanadas as noções gerais sobre o instituto da licitação, em suma seu conceito, princípios e tipos de licitações, abordaremos neste capítulo as modalidades de licitações, especificamente: *concorrência*, *tomada de preços*, *convite*, *concurso*, *leilão*, *pregão* e a suposta “*consulta*”. A previsão das cinco primeiras se encontra no art. 22 da Lei Federal nº 8.666/1993, sendo disciplinadas em demais dispositivos do diploma legal. Já o *pregão* está previsto na Lei Federal nº 10.520/2002.

Em termos classificatórios, cumpre-nos dizer que licitação é concebida como gênero do qual são espécies tais modalidades citadas, na medida em que a licitação pode se apresentar por qualquer uma delas, atendendo-se à disciplina específica. Essa categorização taxonômica é deveras importante uma vez que os preceitos genéricos e amplos concernentes às licitações como um todo, muitos dos quais já apresentados, são aplicáveis às espécies, por consequência<sup>1539</sup>.

No cotejo, apontamos que as espécies diferenciam-se entre si mormente nos procedimentos e nas formalidades adotadas<sup>1540</sup>. Nada obstante, observamos também que a *concorrência*, a *tomada de preços* e o *convite* aproximam-se reciprocamente mais se comparadas as outras modalidades, na medida em que aquelas contam com o mesmo objetivo, qual seja, contratar obras, serviços e fornecimento, variando basicamente quanto ao valor econômico definido para cada uma; ao passo em que o *concurso*, o *leilão* e o *pregão* detêm finalidades distintas e mais específicas<sup>1541</sup>.

Ainda, para fins introdutórios, é indispensável pontuarmos que é defeso à Administração Pública criar modalidades outras de licitação, tampouco mesclar características respectivas a mais de uma delas, conforme expressa previsão do art. 22, § 8º, da Lei nº 8.666/93, considerando que esse é o compêndio normativo responsável por reger em moldes gerais as licitações. Em outros dizeres, quando da escolha de uma espécie de licitação, a Administração Pública deve escolher uma das disponíveis na legislação. Somente o Poder Legislativo pode elaborar novas.

Além disso, notamos também a regra testificada no art. 23, § 4º, também da Lei nº 8.666/93, consoante a qual é permitido o emprego de espécie de licitação mais formal no lugar de uma menos formal quando a previsão normativa preconizar a utilização desta última, em referência específica à *concorrência*, à *tomada de preços* e ao

1539 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 386.

1540 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 477.

1541 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 201.

*convite*. É que, por motivos lógicos, a lei permitiu que a Administração Pública precisamente nessa hipótese aja com mais formalidade em prol da segurança jurídica, haja vista que os princípios e os fins da licitação não poderiam ser prejudicados.

Assim, diante dessas considerações iniciais, a partir deste momento serão examinadas separadamente cada uma das espécies de licitação – já que cada uma conta com particularidades – com base na doutrina de administrativistas de renome nacional.

## 36.2. A CONCORRÊNCIA.

Havemos de tratar precipuamente da modalidade *concorrência*, que é a mais formal e complexa. Prevista no art. 22, I, Lei nº 8.666/93, e sendo conceituada no § 1º do mesmo dispositivo, essa espécie é destinada às contratações de grande vulto econômico e, independentemente de valor, às hipóteses de compra ou de alienação de bens imóveis e na concessão de direito real de uso, conforme previsão assertiva do § 3º do art. 23.

Antes de se adentrar em seus pontos principais, observamos que existem duas subespécies, quais sejam, a *concorrência nacional* e a *concorrência internacional*. Todos os preceitos aplicáveis à *concorrência* em geral valem para ambas, com a diferença de que a *internacional*, dada a possibilidade de participação de empresas estrangeiras, além de se sujeitar à disciplina das licitações internacionais como um todo, também deve observância ao art. 42 de referida Lei. Entrementes, é importante clarificar que na *concorrência internacional* resguarda-se o *princípio da isonomia*, de modo a igualar as possibilidades de participação entre empresas nacionais e estrangeiras, com a diferença de que estas deverão comprovar, além dos requisitos de regularidade, a capacidade de atuação no Brasil<sup>1542</sup>.

Nada obstante, a *concorrência* enquanto modalidade genérica tem por propósito contar com a participação do maior número possível de interessados. Assim, a previsão do objeto da *concorrência* em referência a seu valor se encontra no art. 23, I, “c” (no caso de obras e serviços de engenharia); e II, “c” (na hipótese de compras e serviços outros).

Dessa feita, uma das características mais proeminentes da *concorrência* é o *princípio da universalidade*, que preconiza ampla possibilidade de participação, ou seja, de qualquer licitante, independentemente da existência de cadastro prévio – ponto esse que a diferencia da *tomada de preços* –, bem como de qualquer requisito específico. Contudo, ressaltamos que isso não significa o abono da habilitação jurídica, da qualificação técnica e econômico-financeira, tampouco da regularidade fiscal e trabalhista da pretendente. Inclusive, por força do art. 114 da Lei em apreço, pode ser exigida pela esfera administrativa competente uma *pré-qualificação*, “(...) sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida da qualificação técnica dos interessados”<sup>1543</sup>, o que interferirá precisamente na convocação dos interessados, no procedimento e na análise da documentação, não se confundindo, porém, com a *habilitação*; isto é, *pré-qualificação* e *habilitação* são institutos distintos. Primeiro, se for o caso, é feita a *pré-qualificação* e, após, a *habilitação*.

Ademais, coadunando-se com o princípio supracitado, encontra-se o da *ampla publicidade*, segundo o qual os meios de divulgação da licitação deverão ser empregados de modo a proporcionar a maior abertura e informação possíveis a respeito<sup>1544</sup>.

Demais disso, importa-nos dizer que essa modalidade também detêm *regulamentação cronológica* específica no que se refere ao recebimento das propostas das licitantes, isto é, o prazo entre a publicação dos avisos com os editais e a apresentação das propostas. É o que se constata do art. 21, § 2º, I, “b”; e II, “a”, da Lei de Licitações. Nesse ínterim, cabe a nós ressaltar que se cuida de prazo mínimo. Por isso é de grande valia a lição de Hely Lopes, para quem, dependendo das circunstâncias e da complexidade do caso, a Administração Pública deve proceder com prazos maiores de forma a proporcionar propostas mais detalhadas e de melhor qualidade, até mesmo podendo o edital ser invalidado se respectivo prazo concedido for demasiado exíguo para a situação. Trata-se de valorização

1542 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 389-390.

1543 Cuida-se de excerto do art. 114, da Lei Federal nº 8.666/93.

1544 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 387-388.

dos princípios da universalidade e da publicidade<sup>1545</sup>, afetos ao seio da licitação, além de o bom crivo dos agentes públicos nesse sentido se compatibilizar com a razoabilidade, com a proporcionalidade, com a segurança jurídica, com a supremacia do interesse público e com a eficiência, todos estes princípios gerais do direito administrativo.

A chamada *habilitação preliminar* também é característica da *concorrência* que a destaca das demais modalidades de licitação. Trata-se de fase concernente ao procedimento licitatório, ocorrida antes mesmo da avaliação das propostas, pela qual se verifica se as licitantes são idôneas e se estão aptas a participar do certame, isto é, se atendem aos requisitos formais necessários, precisamente os previstos nos arts. 27 a 37 da Lei nº 8.666/93. Apesar de a *habilitação* não se tratar de aspecto peculiar da *concorrência*, no caso desta modalidade a *habilitação preliminar* é, destarte, sua característica típica, posto que consiste em fase própria e por ser acometida por maior grau de formalismo se comparada às *habilitações* das demais espécies licitatórias<sup>1546</sup>.

Com isso, a *habilitação preliminar* da *concorrência* é julgada por comissão, composta por no mínimo três membros e podendo ser ou não a mesma a julgar as propostas, sendo responsável por aferir os requisitos formais da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômico-financeira, da regularidade fiscal e trabalhista. Dependendo da dimensão da repartição pública realizadora da *concorrência*, a comissão julgadora da *habilitação* poderá ser *permanente*, se sempre a mesma; *especial*, para cada caso; ou, ainda, tratar-se da *Comissão do Registro Cadastral*, se esta existir na entidade pública. Ademais, incumbe-nos também esclarecer que, uma vez que é órgão julgador com atribuição definida por lei, não poderá ser substituído em sua função julgadora, cabendo, nada obstante, alteração/anulação da decisão por recurso ou de ofício. Ressaltamos, além disso, a possibilidade de assessoramento da comissão, de qualquer tipo que seja, por técnicos ou por especialistas, a fim de que contribuam com pareceres técnicos de forma a auxiliar o julgamento feito pela comissão em si<sup>1547</sup>.

Por oportuno, incumbe-nos dizer desde já<sup>1548</sup> que, nada obstante a disciplina da habilitação disposta na Lei nº 8.666/93 seja bastante explícita e clara, válida para todas as modalidades de licitação, não raros são casos em que editais de licitações preveem mais exigências do que as previsões legais. Mesmo assim, há situações em que o interesse público exige tratamento formal mais acentuado, tendo inclusive a jurisprudência casuisticamente autorizado a exigência de certos requisitos de habilitação que vão além do edital, como a comprovação por parte da licitante de propriedade de bens, de equipamentos e de equipe já constituída. O objetivo dessas formalidades adicionais sempre será a proteção do objeto da licitação, de modo a assegurar sua consecução da forma mais célere e eficiente, salvaguardando o interesse público<sup>1549</sup>. De qualquer forma, compete às repartições públicas incumbidas de competências julgadoras, sobretudo os Tribunais de Conta, pacificar sua jurisprudência nesse tocante, favoravelmente ou não.

Finalizando, portanto, o assunto da *concorrência*, observamos que, na fase de formalização contratual, isto é, após a seleção da licitante, o instrumento contratual é obrigatório nessa modalidade, segundo o *caput* do art. 62 da Lei.

### 36.3. A TOMADA DE PREÇOS.

Em segundo lugar, a *tomada de preços*. Trata-se de modalidade de licitação destinada às contratações de médio porte econômico e menos formal que a *concorrência*. Também encontra previsão e regulamentação na Lei nº 8.666/93, sendo conceituada basicamente pelo art. 22, I e § 2º. Já no que tange aos valores para os quais é estipulada, chamamos atenção para o art. 23, I, “b” (em se tratando de obras e serviços de engenharia); e II, “b” (na hipótese de demais compras e serviços), ambos do mesmo diploma legal em comento.

O texto legal é objetivo em determinar a imprescindibilidade de os interessados já serem cadastrados ou que se tornem aptos ao cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas dos licitantes da

1545 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 387.

1546 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 388.

1547 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 388-389.

1548 A intenção por ora não foi nos aprofundarmos na questão da habilitação, mas apenas realizar breves observações, tendo em vista que essa temática é objeto de outro capítulo da presente obra.

1549 BRUNO, Reinaldo. *Habilitação preliminar nas licitações*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, n. 2, p. 179-199, jul./set. 2003.



*tomada de preços*, isto é, atendam aos requisitos burocráticos e às condições exigidas no cadastramento até aludido prazo fatal. O que queremos dizer é que uma das propostas da *tomada de preços* é substituir a *habilitação preliminar da concorrência* por um *cadastro prévio* junto ao órgão competente, tudo consoante do art. 22, § 2º, que segue:

“§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

Entretanto, notamos que a redação deste último dispositivo não é elogiável. Conforme aponta Maria Sylvia Zanella di Pietro, uma das observações necessárias a respeito é de que o termo “cadastramento” remete aos arts. 34 a 37 do mesmo diploma legal, os quais disciplinam os chamados *registros cadastrais*. Outra informação faltante no dispositivo e, destarte, carecedora de interpretação, é de que dita “qualificação” remete ao art. 36<sup>1550</sup>.

Em que pese ser deveras digna de aplausos a mudança do instituto da *tomada de preços*, feita pela Lei nº 8.666/93, no sentido de permitir o cadastramento das pretendentes até três dias antes do recebimento das propostas – regra essa que enaltece os *princípios da competitividade e da universalidade de participação* –, surge um questionamento: a quem deve ser endereçada a comprovação do cumprimento dos pressupostos burocráticos do cadastramento na hipótese de licitante ainda não cadastrado? Em outros dizeres, qual o órgão administrativo competente para essa apreciação?

Diante dessa falha normativo-programática, di Pietro apresenta duas soluções a nosso ver bem plausíveis. A primeira explica-se pela possibilidade de tal comprovação ser apresentada a própria *comissão julgadora da tomada de preços*. Outra solução é de que a comprovação seja feita perante a *comissão de cadastro* competente, de modo que respectiva análise documental ocorra paralelamente ao procedimento da *tomada de preços* e, resultando aquela em indeferimento, a pretendente deverá ser inabilitada por fato superveniente, dado que constatado seu não cadastramento já no curso do procedimento concernente à *tomada de preços*; além do que, nesta última hipótese, a *comissão julgadora* deverá aceitar o mero protocolo dos documentos junto ao registro cadastral<sup>1551</sup>.

Nesse sentido, optamos por sustentar a última solução posto se afigurar mais viável sob a perspectiva pragmática, haja vista a possibilidade de a *comissão de julgamento da tomada de preços* não contar com prática nem qualidade técnica adequadas para o exame dos requisitos burocráticos cadastrais. Cuida-se, inclusive, da opção costumeiramente adotada na praxe administrativa.

Demais disso, a *publicidade* também é princípio obrigatório na *tomada de preços* assim como na *concorrência*, diferenciando-se, porém, desta no que se refere aos prazos, nos termos do art. 21, § 2º, II, “b”; e III do mesmo parágrafo, todos da Lei em exame.

Com efeito, realizado o registro cadastral perante o órgão competente, e chamamos aqui atenção para a disciplina a respeito prevista nos arts. 34 a 37 da Lei, a pretendente cadastrada receberá o chamado *certificado de registro cadastral*. Esse documento, portanto, deve ser apresentado à *comissão de julgamento*, a qual é competente para avaliar a idoneidade de respectiva inscrição e para julgar as propostas, tudo por força do art. 51 da Lei.

Interessante também é notar, consoante salienta José dos Santos Carvalho Filho, que, considerando que o registro é pertencente aos órgãos públicos em geral, uma vez feito, um órgão pode se valer do registro feito perante outro. Dito de outra maneira, tendo um interessado angariado registro face a determinado órgão público para participar de licitação perante este, não precisará repetir o registro na eventualidade de participação em licitação perante outro órgão<sup>1552</sup>.

Compete-nos, também, ressaltar o Decreto nº 3.722/2001, reformado pelo Decreto nº 4.485/2002, que regulamenta o art. 34 da Lei ora analisada. É que esse dispositivo torna obrigatória a manutenção de registros cadastrais junto às entidades da Administração Pública que frequentemente realizem licitações. Dessarte, o Decreto exsurgiu justamente para atender referido comando legal no âmbito do Poder Executivo Federal, criando e disciplinando o

1550 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 501.

1551 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 501.

1552 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 202.

Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf).

Diante de tudo, ressaltamos a relevância protetiva do cadastramento. Acontece que, realizando muitas licitações, a Administração Pública fica constantemente sujeita a fraudes e a lidar com interessados inidôneos em termos jurídicos, registrais, fiscais, previdenciários e sociais com os quais poderia contratar. Portanto, os registros cadastrais são importantes para averiguar cautelosamente a regularidade dos licitantes, a fim de se proteger o próprio interesse público defendido pela Administração<sup>1553</sup>.

Problema surge quando, na forma pela qual adverte Bandeira de Mello, “por razões inconsistentes ou mesmo por perseguição e quiçá por favoritismo a outros candidatos”<sup>1554</sup>, a *comissão de registros cadastrais* embaraça ou deturpa a inscrição de pretendente. Logo, a própria Lei de Licitações, em seu art. 98, encontrado em matéria criminal constante da Lei, criou tipo penal específico a fim de coibir atitudes dessa sorte, de competência dos Juizados Especiais Criminais.

### 36.4. O CONVITE.

Mudando agora a abordagem para o *convite*, cuida-se de modalidade de licitação que se assemelha as duas anteriores quanto à finalidade contratual, mas de menor vulto e com menos formalidades. Encontra previsão no art. 22, III, e definição no § 3º do mesmo dispositivo, tendo seus valores econômicos definidos, relativamente ao objeto contratual, no art. 23, I, “a” (para obras e serviços de engenharia); e II, “a”, do mesmo artigo (para compras e serviços não definidos no inciso anterior da redação legal), todos da Lei nº 8.666/93.

O caráter pouco formal e simplista dessa espécie é notável nitidamente no próprio prazo mínimo previsto na Lei entre sua anunciação ao público e a data de apresentação das propostas dos interessados, que, de acordo com o art. 21, § 2º, IV, é de apenas 5 dias. Consiste em prazo exíguo se comparado aos prazos das duas outras espécies apresentadas. Na licitação por *convite*, sequer há edital, vez que a convocação se opera diretamente em face dos chamados *convidados* por meio da chamada *carta-convite*. Assim, a Administração Pública escolhe pontualmente os *convidados*.

Entretanto, as disposições legais permitem também que demais interessados, que não convidados, manifestem interesse até as 24 horas anteriores à abertura das propostas. O objetivo dessa possibilidade é justamente endossar a *competitividade*. Todavia, pelo enunciado do art. 32, § 1º, da Lei, Di Pietro observa que a exigência de *registro cadastral* se aplica apenas aos licitantes não convidados, ou seja, para os que particularmente manifestaram interesse, regra essa que, consoante a autora, fere o *princípio da isonomia*, afeto a todo o direito administrativo<sup>1555</sup>.

Ao ensejo, Bandeira de Mello também faz observação fundamental, com a qual havemos de concordar, de modo a mitigar a violação constatada ao *princípio da isonomia*:

“Entendemos que mesmo os não cadastrados, simetricamente ao disposto em relação à tomada de preços, terão direito a disputar o convite se, tomando conhecimento dele, requererem o cadastramento no prazo estabelecido em relação àquela modalidade licitatória (três dias antes do recebimento das propostas)”<sup>1556</sup>.

Ainda assim, o *convite* não fica isento de polêmicas. Joel de Menezes Niebuhr mostra-se bastante relutante em aceitar essa modalidade, na medida em que se opera dispensando instrumento convocatório geral, que é o edital, empregando, ao invés, a *carta-convite* direcionada a supostos interessados, sob a mera justificativa de que se vislumbra contratação menos formal e de ínfimo valor<sup>1557</sup>. Segundo o autor, o *convite* se operacionaliza ao arrepio da essência da licitação e dos princípios que lhe são inerentes, sobremaneira o *da isonomia* e o *da publicidade*, conforme apregoa:

1553 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 202.

1554 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 576.

1555 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 503.

1556 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 577.

1557 NIEBUHR, Joel. O princípio da isonomia nas licitações públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 139-156, 1999.

“A simples proposição “convite” não coaduna com a proposição “isonomia”. Ora, não paira dúvidas, a lei substituiu a igualdade de todos para a igualdade entre os convidados. Sem contar a violência ao princípio da publicidade. Sob o argumento de agilizar o trabalho da Administração Pública, remete-se ao limbo os preceitos constitucionais do art. 5º e do inc. XXI do art. 37”<sup>1558</sup>.

Outrossim, em vista da definição de *convite* no citado art. 22, § 3º, valiosa é a advertência de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, esteada em vasta literatura e mesmo na Súmula 248 do Tribunal de Contas da União, segundo a qual o dispositivo não deve ser interpretado “literalmente”, mas no sentido de tornar obrigatória a *apresentação* de fato de ao menos três propostas, não se admitindo o simples envio de três convites. Trata-se, novamente, de enaltecimento do *princípio da competitividade*. O que se quer dizer é que, após o envio das *cartas-convite*, no mínimo três interessados devem realmente apresentar propostas, sendo *convidados* ou não<sup>1559</sup>.

Ademais, não poderíamos olvidar a regra estatuída no art. 22, § 6º. O propósito do legislador foi proteger o *princípio da impessoalidade* e, novamente, da *isonomia* e favorecer o da *competitividade* tornando obrigatório o *convite* de novos possíveis interessados enquanto houver cadastrados não convidados nas últimas licitações; além de coibir favorecimentos ao impedir o chamamento perpétuo dos mesmos *convidados*<sup>1560</sup>.

Em sequência, cumpre a nós chamar a atenção também para o § 7º do mesmo art. 22, dispositivo esse que enuncia a obrigação de repetição do *convite* caso, apresentando-se menos de três interessados por limitações de mercado ou por manifesto desinteresse dos convidados, a Administração Pública não logre êxito em justificar devidamente as circunstâncias. Destarte, di Pietro realça que o mero fato de menos de três interessados apresentarem propostas não é suficiente, por si só, para autorizar a repetição do *convite*; esse fato deve ser somado à demonstração pela Administração Pública do manifesto desinteresse dos convidados e/ou das “limitações do mercado”<sup>1561</sup>.

Em contrapartida, parcela doutrinária discorda desse último enunciado normativo, a exemplo de Carvalho Filho. De acordo com o autor, bastaria a mera convocação de três interessados para a continuidade do procedimento, mesmo que um ou dois apenas apresentem propostas, posto que supostamente os que se apresentarem teriam “direito subjetivo à participação e à consequente apreciação de suas propostas, não se podendo atribuir-lhes a culpa pelo desinteresse de outros candidatos”<sup>1562</sup>. *Data venia*, havemos de discordar dessa posição na medida em que, afora se encontrar ao arpejo da clareza da lei, feriria de morte princípios como o da *moralidade*, o da *impessoalidade*, o da *isonomia* e, sobretudo, o da *competitividade*, todos pertinentes ao instituto da licitação.

No mais, em breve referência à habilitação do *convite*, dado seu pouco formalismo, o § 1º do art. 32 da mesma Lei autoriza a dispensa de parte dos documentos normalmente necessários à habilitação, especificamente os previstos nos arts. 28 a 31. Além disso, pelo art. 51, § 1º, já em matéria de *procedimento e de julgamento*, é possível a substituição da *comissão de licitação* por servidor formalmente designado pela autoridade competente, exclusivamente nas pequenas unidades administrativas e devido à exiguidade de agentes públicos disponíveis para funcionar na *comissão*, regra essa que realça a baixa formalidade do *convite*.

## 36.5. O CONCURSO.

Iniciando neste momento o tratamento do *concurso*, em primeiro plano devemos dizer que se trata de modalidade de licitação também disposta na Lei nº 8.666/93, enumerada no inciso IV do art. 22 e com definição exposta no § 4º do mesmo artigo.

Por seu turno, essa espécie conta com objetivo bem distinto da finalidade das espécies anteriores apresentadas. Não se almeja no *concurso* a contratação da licitante vencedora para a realização de obras, serviços ou mesmo para

1558 NIEBUHR, Joel. O princípio da isonomia nas licitações públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 139-156, 1999.

1559 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 480.

1560 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 203-204.

1561 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico, p. 503.

1562 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 203-204.

compras, como na *concorrência*, na *tomada de preços* ou no *convite*<sup>1563</sup>. Guiado por fim bastante diferente, a definição exposta no já citado § 4º do art. 22 é bem satisfatória para a compreensão desta modalidade.

Dessarte, o que se tem é uma disputa entre interessados para a escolha de trabalho por eles produzido, podendo ser de natureza técnica, científica ou artística, de maneira que o vencedor fará jus a um prêmio ou a uma remuneração, tudo de acordo com edital publicado pela imprensa oficial. Ressaltamos também que, embora a lei diga “quaisquer interessados”, é necessário que preencham a qualificação exigida<sup>1564</sup>. Notamos também que o prazo mínimo do edital, isto é, correspondente ao intervalo de tempo entre sua publicação e a realização de respectivo evento, é de 45 dias, conforme tanto o art. 22, § 4º, quanto o art. 21, § 2º, I, “a”, lembrando que este último artigo também estipula os prazos para as demais espécies de licitações.

Explanada a exigência legal de edital, cumpre a nós também mencionar a correspondência de referenciados dispositivos com o art. 52 da mesma Lei, que dispõe sobre a obrigatoriedade de existência de *regulamento* próprio do *concurso*, do qual devem constar, dentre outras questões que se afigurem pertinentes: a qualificação exigida dos participantes; as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; e as condições de realização do *concurso* e os prêmios a serem concedidos.

Ademais, igualmente como no *convite*, versando sobre a habilitação para o *concurso*, por expressa previsão do § 1º do art. 32 autoriza-se a dispensa da documentação a que aludem os arts. 28 a 31. Porém, isso não significa que não existe habilitação no *concurso*, mas apenas que é menos burocrática se comparada às da *concorrência* e da *tomada de preços*.

Outrossim, no tocante à matéria do *procedimento e do julgamento* constante da Lei nº 8.666/93, cumpre-nos realizar algumas observações.

Primeiro, evidenciamos que, ao passo em que nas três primeiras modalidades de licitação analisadas o julgamento é efetuado por *comissão*, permanente ou especial, composta necessariamente por servidores públicos integrantes do mesmo órgão licitante, na hipótese do *concurso* o julgamento segue regra distinta, estatuída no art. 51, § 5º, da Lei em tela: “No caso de *concurso*, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não”. Com efeito, a seleção do vencedor do *concurso* depende do subjetivismo da *comissão*, o que, todavia, não significa arbitrariedade; e é nesse ponto que se lhe diferencia do tipo de licitação da *melhor técnica*, posto que, nesta, os julgadores se pautam em critérios objetivos de julgamento<sup>1565</sup>.

Em segundo lugar, a classificação concernente ao *tipo de licitação* – já apresentada neste trabalho –, ou seja, que leva em conta o critério de julgamento, não existe no *concurso*, conclusão essa a que se chega, aliás, pela interpretação do art. 45, § 1º. Com isso, a escolha do licitante vencedor depende da subjetividade da *comissão especial* competente para julgamento. Ainda, vale a consideração de Rezende de Oliveira de que uma das principais características do *concurso* é de que independe de estimação do valor econômico do contrato resultante, malgrado nem todo *concurso* resulte em contrato ao final<sup>1566</sup>.

Por fim, outro aspecto de profunda peculiaridade do *concurso* é previsto no art. 111 da Lei. A interpretação adequada do dispositivo é de que, finda a licitação, só se operará a contratação ou a entrega do prêmio ou o recebimento do projeto/serviço pela Administração Pública uma vez que o autor tenha cedido os direitos patrimoniais correspondentes, conforme o regulamento; e, cuidando-se de projeto referente a obra de cunho imaterial, a cessão de aludidos direitos deverá contemplar todos os elementos informativos pertinentes à tecnologia de que se trata. Ora, essas regras fazem total sentido, visto que, ao contrário, de nada adiantaria a cessão de respectiva obra ou projeto à Administração Pública, já que esta não poderia se utilizar adequada e integralmente do material recebido.

1563 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 480.

1564 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 577.

1565 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico, p. 204.

1566 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 480.

## 36.6. O LEILÃO.

Avançando nas discussões, temos o *leilão*, a última modalidade de licitação regulamentada na Lei nº 8.666/93, listada no inciso V do art. 22 e com definição em seu § 5º. Essa espécie é anunciada ao público por intermédio de edital, cujo prazo é de no mínimo 15 dias entre sua publicação e a ocorrência de respectivo evento, nos termos do art. 21, § 2º, III.

Em dizeres gerais, é, regra geral, licitação que visa à venda, realizada em hasta pública por autoridade competente denominada leiloeiro – oficial ou não –, de bens móveis ou semoventes ou excepcionalmente imóveis, sendo esta última hipótese prevista no inciso III do art. 19 da mesma Lei. Tratando-se de bens móveis, o limite de valor avaliado isolada ou globalmente é de R\$ 650.000,00, por força do art. 17, § 6º. Assim, para vencer o certame, basta que o interessado ofereça o maior lance, de valor igual ou superior ao da avaliação prévia do bem, arrematando o bem leiloado. Por sua vez, o objeto do *leilão* pode ser bem legalmente apreendido, resultante de procedimentos judiciais, geralmente de execução, derivado de dação em pagamento ou mesmo consistir em bem imprestável à Administração Pública. Como vemos, a própria Administração Pública é que promove a venda, diferentemente das outras modalidades apresentadas, nas quais a Administração é que tem interesse na aquisição de bens e/ou de serviços.

Em termos classificatórios, Hely Lopes Meirelles sustenta a existência de duas categorias: o *leilão comum*; e o *leilão administrativo*. Inferimos de sua doutrina que a segunda espécie é subsidiária, reservada apenas para enquadrar mercadorias apreendidas pela própria Administração Pública (v.g. decorrentes de contrabando) e bens inservíveis ao serviço público. Já o *leilão comum* é, tendo em vista a subsidiariedade da outra categoria, empregado para as demais situações, além de ser privativo de leiloeiro oficial. Nada obstante essa divisão dogmática, a diferença prática parece mínima, posto que a legislação federal pertinente autoriza a regulamentação de ambas as categorias por atos normativos exarados pela repartição pública competente e realizadora do *leilão*<sup>1567</sup>.

Não é necessária habilitação prévia de eventuais participantes de *leilão*, tanto que o art. 32, § 1º, da mesma Lei, prevê a possibilidade de dispensa dos documentos dispostos nos arts. 28 a 31. Destarte, deduzimos que é modalidade de licitação com poucas formalidades, não havendo grandes exigências para participação.

Já no tangente à temática de *procedimento e de julgamento*, importa-nos dizer que o *leilão* é ato *negocial instantâneo*, na medida em que os bens são apregoados pelo leiloeiro de forma a anunciar sua possibilidade de *arrematação* imediata. Os *lances* são verbais quando o *leilão* é presencial (e não eletrônico) e a venda, vale dizer, *arrematação*, quando concluída, pode se operar à vista ou a curto prazo<sup>1568</sup>.

Demais disso, outros aspectos importantes e particulares do *leilão* encontram-se no art. 53 da Lei nº 8.666/93, merecendo realce também o Decreto nº 21.981/1932, o qual regulamenta a função de leiloeiro.

Dentre a disciplina esparsa sobre *leilão* encontrada na legislação extravagante, destacamos as disposições da Lei nº 9.491/1997 a respeito, que alterou procedimentos do Programa Nacional de Desestatização, vez que determinadas medidas de desestatização poderão se dar por *leilão*; e, sobretudo, a Lei nº 9.636/1998, recentemente alterada pela Lei nº 14.011/2020, aquela qual versa sobre, dentre outras questões, a venda de bens imóveis da União, definindo a obrigatoriedade de sua realização por *leilão* público ou por *concorrência*.

## 36.7. O PREGÃO.

No mais, como última verdadeira modalidade de licitação a ser dissecada neste trabalho, destacamos o *pregão*. Mencionada pela primeira vez em nossa legislação na Lei nº 9.472/1997 (popularmente conhecida como “Lei da Anatel”), o *pregão* depois foi regulamentado pela Medida Provisória nº 2.026/2000, ato normativo esse que, a despeito de ser inconstitucional, foi convalidado na Lei nº 10.520/2002, vigente e eficaz até a presente data e que disciplina em termos gerais o funcionamento dessa modalidade de licitação. Com efeito, enquanto referida Medida Provisória previa a aplicabilidade do *pregão* de forma restrita ao âmbito federal, e por isso considerada inconstitucional, a Lei

1567 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 396.

1568 MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 396.

nº 10.520/02 o faz para todos os entes federativos, além do que esta última Lei prevê expressamente, em seu art. 9º, a aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93.

Outrossim, não poderíamos olvidar o Decreto nº 3.555/2000, que institui o *Regulamento do pregão*, como já se previa na Lei nº 10.520/02, o qual fixou enunciados normativos e procedimentos especificamente destinados à aquisição de bens e de serviços comuns no âmbito da União, não havendo limite de valor; e o Decreto nº 5.450/2005, que, por sua vez, regulamenta a vertente *eletrônica do pregão*, isto é, a que se opera mediante o uso de aparatos e de recursos tecnológicos de informação, contando com as mesmas fases, mas com mais exigências formais.

Prosseguindo ao exame de seu procedimento, dada a grande extensão temática, tomaremos por base a abordagem de conteúdo feita por Odete Medauar<sup>1569</sup>. Dito isso, compete-nos apresentar o propósito do *pregão*, que é, basicamente, convocar pretendentes particulares para uma sessão pública, a fim de que a Administração Pública adquira bens e serviços comuns, constantes de suas respectivas propostas ou a partir de lances presenciais; sendo, ao final, celebrado contrato. Para tanto, a bastante convocação é feita por edital, com prazo mínimo de 8 dias antecedentes à data da sessão, publicado no diário oficial de respectivo ente federado, pelo qual serão veiculadas as principais informações sobre o *pregão*.

Iniciada a sessão pública, as propostas dos licitantes – tratam-se de *envelopes*, especificamente, no caso do *pregão* presencial, que não eletrônico – com a indicação do objeto e do preço são analisadas pelo pregoeiro e pela equipe de apoio, os quais, decidindo de forma fundamentada, aceitam-nas ou não, permitindo-se nesse ínterim a negociação dos valores e a realização de lances. Aliás, aqui sobrelevamos aspecto interessante do *pregão*, haja vista a ocorrência primeiro da *classificação* das propostas para, em seguida, passar-se à *habilitação* das licitantes, em clara inversão à ordem geral da Lei nº 8.666/93<sup>1570</sup>. Ainda, salientamos que o critério de julgamento é o do *menor preço*, observados o prazos máximos de fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital, nos termos do art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02.

Em seguida ao julgamento das propostas, é feita a análise da documentação correspondente à habilitação, ponto esse que significativamente diferencia o *pregão* das modalidades de licitação *concorrência*, *tomada de preços* e *convite*, posto que, nessas, aludida análise é feita anteriormente. Assim, é verificada a regularidade dos interessados em termos técnicos, jurídicos, fiscais, previdenciários, trabalhistas e sociais, dentre demais requisitos. Em adição, outra característica que sensivelmente destaca o *pregão* em relação as demais modalidades é a inexistência de valor mínimo e máximo dos bens pregoados, sendo empregado pela Administração Pública independentemente dessa questão<sup>1571</sup>.

A partir disso, passada a fase recursal se for o caso, a autoridade administrativa competente adjudica o objeto do certame ao vencedor e, após, homologa a licitação. Aliás, esse é ponto de destaque, visto que, ao contrário das demais modalidades, no *pregão* a adjudicação precede à homologação da licitação, conforme se infere do art. 4º, XXI e XXII, Lei nº 10.520/02. Prosseguindo, o próximo passo é a celebração de contrato entre a Administração Pública e o vencedor, de modo que este, uma vez convocado para tanto e não o fazendo, pode incorrer nas sanções previstas no art. 7º dessa Lei.

Por oportuno, apontamos também que o *sistema de registro de preços*, citado no art. 11 da Lei nº 10.520/02, será explorado no Capítulo 40 desta obra. É que pode transcorrer na modalidade *pregão*.

Afora a apresentação das características principais e do procedimento prático dessa modalidade, cremos serem interessantes algumas considerações. Acontece que o *pregão* surgiu destinado a valorizar os *princípios da economicidade e da celeridade*, afetos não apenas ao universo das licitações, mas a todo o direito administrativo. Propõe-se a tornar mais ágil e eficiente o procedimento licitatório, reduzindo o tempo entre sua publicização e a declaração do licitante vencedor; desburocratizar o procedimento, inclusive no tocante à habilitação, que é bastante simples; além de enaltecer o importante *princípio da transparência*, sobremaneira em sua vertente *eletrônica*<sup>1572</sup>.

1569 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 183-184.

1570 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico, p. 183-184.

1571 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 585.

1572 FERNANDES, André; OLIVEIRA, Antônio. *Compras na Administração Pública: o Pregão Eletrônico como Instrumento de Eficiência diante das Modalidades da*

Decerto, o *pregão eletrônico* homenageia ainda mais os propósitos inovadores do *pregão presencial*. Cediço que os mecanismos eletrônicos de acesso mediante a rede mundial de computadores são fatores encurtadores de distâncias, valoriza-se também o *princípio da competitividade*, ao ampliar as possibilidades de participação. Já no tocante à *transparência*, evidenciamos que a disponibilização de todas as informações e de todo o procedimento por vias virtuais coíbe fraudes e corrupção nos certames. Igualmente, a economia obtida pelo *pregão eletrônico* é tremenda, tendo em vista a drástica redução do material para sua realização, tanto para os pretendentes quanto para a Administração Pública, se comparado à vertente *presencial*<sup>1573</sup>.

## 36.8. A CONSULTA.

Finalmente analisadas as seis modalidades de licitação, entendemos por bem, para fins complementares, explicar brevemente a suposta modalidade denominada *consulta*. Desprezada por muitos administrativistas e, quando abordada, de maneira comezinha, a *consulta* é instituto citado na legislação federal somente na Lei nº 9.472/97 (“Lei da Anatel”) e na Lei nº 9.986/2000, que o mencionam apenas superficialmente. Nada obstante, seus contornos conceituais e funcionais foram delineados pela Resolução nº 5/1998 da Anatel, o que tornava bastante questionável sua aplicabilidade, visto que em tese uma norma infraconstitucional não poderia fazer as vezes da devida previsão e regulamentação legal propriamente dita<sup>1574</sup>.

Ocorre que, se com a disciplina traçada pela Resolução parte dos autores já consideravam a *consulta* inaplicável, dado que inválida ou quiçá inconstitucional, com muito mais razão haveremos, agora, de questionar sua continuidade prática no ordenamento jurídico, haja vista o advento da Resolução nº 708/2019 da Anatel, que revogou a nº 5/98. Dessa feita, a consulta praticamente se encontra desprovida de suporte normativo, motivo que nos leva a defender sua inconsistência jurídica e consequente inaplicabilidade, a despeito de ainda ser prevista nas Leis nº 9.472/97 e nº 9.986/00.

## 36.9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BRUNO, Reinaldo. Habilitação preliminar nas licitações. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 233, n. 2, p. 179-199, jul./set. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Livro eletrônico.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro eletrônico.

FERNANDES, André; OLIVEIRA, Antônio. Compras na Administração Pública: o Pregão Eletrônico como Instrumento de Eficiência diante das Modalidades da Lei nº 8.666/93. *Revista Controle – Doutrina E Artigos*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 262-283, jun. 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Livro eletrônico.

MEIRELLES, Hely. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NIEBUHR, Joel. O princípio da isonomia nas licitações públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 139-156, 1999.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico.

---

Lei nº 8.666/93. *Revista Controle – Doutrina E Artigos*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 262-283, jun. 2015.

1573 FERNANDES, André; OLIVEIRA, Antônio. Compras na Administração Pública: o Pregão Eletrônico como Instrumento de Eficiência diante das Modalidades da Lei nº 8.666/93. *Revista Controle – Doutrina E Artigos*, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 262-283, jun. 2015.

1574 MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 585.

# CAPÍTULO 37 - LICITAÇÕES: ATOS CONVOCATÓRIOS, FASES E PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BÁSICO.

*Layli Oliveira Rosado*

**SUMÁRIO:** 37.1. Fases da licitação. 37.1.1. Fase interna. 37.1.2. Fase externa. 37.2. Procedimento licitatório básico. 37.2.1. Instauração ou abertura. 37.2.1.1. Edital. 37.2.1.2. Carta-Convite. 37.2.2. Habilitação. 37.2.3. Classificação. 37.2.4. Julgamento. 37.2.4.1. Tipos de licitação. 37.2.5. Recursos. 37.2.6. Homologação e adjudicação. 37.3. Referências Bibliográficas.

## 37.1. FASES DA LICITAÇÃO

É sedimentado que a licitação é um processo administrativo, isto é, é composto por diversos atos sucessivos que influenciam e são determinantes para a Administração no momento da tomada de decisão. Ricardo Alexandre e João de Deus destacam que, ainda que cada modalidade licitatória tenha um procedimento administrativo com particularidades e especificidades própria, em todas elas é possível verificar a existência de duas fases, a interna e a externa.

No entanto, há juristas que discordam da premissa da existência das duas fases, e tratam ambas como uma só. Esses entendem o que seria a *fase interna* como uma etapa propriamente dita da *fase externa*, isto é, os preparativos anteriores à divulgação do edital fazem parte do procedimento licitatório ou, em outra corrente, não integram o processo. Não obstante, no presente trabalho se parte do pressuposto de que há a distinção entre a *fase interna* e a *fase externa*, de maneira que ambas são fundamentais para a adequada realização do processo de licitação.

### 37.1.1. FASE INTERNA

A *fase interna* é aquela que abrange todos os atos que são praticados anteriormente à convocação dos licitantes.<sup>1575</sup> Em outras palavras, consiste numa etapa em que a licitação está sendo formulada, permeando a verificação da necessidade e da conveniência para realizar a contratação. É nessa fase, também, que é estabelecida as regras que servirão de base para todo o procedimento licitatório.

Por conseguinte, a *fase interna* antecede a *fase externa*, e nela “[...] são praticados diversos atos que antecedem a convocação dos interessados, tais como designação da comissão de licitação, especificação do objeto a ser licitado, pesquisa de preços, elaboração de projeto básico”,<sup>1576</sup> dentre outros. Nos ensinamentos de Maria Sylvania Zanella Di Pietro,

1575 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 295-6.

1576 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 296.



A primeira fase é chamada de preparatória. Corresponde à chamada fase interna da licitação, embora o artigo 12 a inclua no procedimento da licitação. A lei nada estabelece sobre essa fase. Contudo, ela está disciplinada pelo Regulamento, nos artigos 4º e 5º. É uma fase que precede a abertura da licitação por meio do instrumento convocatório. [...] Nela deve ser definido o objeto, com a justificativa para contratação e para a adoção do RDC; o orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado; requisitos para apresentação das propostas e para a habilitação; as cláusulas contratuais; o procedimento da licitação; justificativa para: inversão de fases, fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, indicação de marca ou modelo, exigência de amostra, exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante. Nessa fase deve ainda haver indicação dos recursos orçamentários; declaração de compatibilidade com o plano plurianual, quando o investimento ultrapasse um exercício financeiro; termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos, podendo esse termo de referência prever requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 5º do Regulamento); projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia, com possibilidade de previsão dos requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 5º do Regulamento); parcelamento do objeto da licitação, preparo do instrumento convocatório e da minuta de contrato, designação da comissão de licitação.<sup>1577</sup>

Em outras palavras, é na *fase interna* que são delimitadas todas as condições que deverão ser observadas na *fase externa*. Sendo assim, a *fase interna* é indispensável para a fase seguinte e, por consequência, para todo o procedimento licitatório.

Ricardo Alexandre e João de Deus destacam que o Tribunal de Contas da União exarou o entendimento de que na *fase interna* é preciso e fundamental realizar a pesquisa de preços de mercado, anteriormente à fase externa, independente se for caso de dispensa ou de inexigibilidade. Sendo necessária a apresentação de três orçamentos de fornecedores diferentes e, na ausência destes, a justificativa adequada para não haver as cotações exigidas.<sup>1578</sup>

Somado a isso, na *fase interna*, quando o valor estimado para uma licitação for superior a R\$ 150.000.000,00, obrigatoriamente deverá ser realizada audiência pública pela autoridade responsável com antecedência mínima de quinze dias úteis da data prevista para a publicação do edital.<sup>1579</sup> Deve ser observada, também, a antecedência mínima de dias úteis de sua realização, conforme prevê a Lei n. 8.666/1993, no artigo 39. O mesmo deve ocorrer para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas, com valor superior ao supracitado. Sendo licitações simultâneas aquelas que possuem objetos similares e intervalos de realização inferior a 30 dias, e licitações sucessivas aquelas que possuem objetos similares e “[...] edital com intervalo anterior a 120 dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente.”<sup>1580</sup> De acordo com Ricardo Alexandre e João de Deus, essa exigência é justificada a partir da compreensão de “[...] quanto maiores os valores envolvidos, maior deve ser a publicidade dada ao procedimento, o que tende a gerar uma maior quantidade de interessados, uma maior competição entre eles e, provavelmente, um melhor contrato para o Poder Público”<sup>1581</sup>

### 37.1.2. FASE EXTERNA

Finalizada a *fase interna* dá-se início à *fase externa* do processo licitatório. É nessa fase que o procedimento passa a ser exteriorizado para a sociedade. Sílvio Luís Ferreira da Rocha defende que “a fase externa projeta efeitos para fora da Administração, na medida em que requer a participação de terceiros como protagonistas de certos atos.”<sup>1582</sup> Sendo assim, a *fase externa* é o processo licitatório propriamente dito, ou seja, é o procedimento destinado a escolher um contratante para a Administração.<sup>1583</sup>

1577 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 496/497.

1578 Acórdão TCU 2380/2013 – Plenário.

1579 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 296.

1580 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 296.

1581 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 296.

1582 Cf. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 382.

1583 Cf. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 382.

Apesar da *fase interna* ser formada por diversos atos e fatos que englobam a adequação, a necessidade e a conveniência do processo de licitação, a *fase externa* é dividida por etapas. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a segunda fase é a da publicação do instrumento convocatório. Nesse instrumento, deverá ser definido de forma clara e precisa o objeto da licitação, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (art. 50 da Lei no 12.462/11)”.<sup>1584</sup> Para alguns doutrinadores, como Ricardo Alexandre e João de Deus, só se deve dizer que houve a efetiva abertura da licitação quando o edital foi publicado ou quando o convite foi enviado aos licitantes, isto é, após a publicação do respectivo instrumento convocatório.<sup>1585</sup>

A doutrina, geralmente, divide a *fase externa* nas seguintes etapas: 1) *instauração ou abertura/divulgação* - faz referência à publicação dos instrumentos convocatórios; 2) *habilitação*; 3) *classificação*; 4) *juízo*; 5) *homologação*; 6) *adjudicação*.<sup>1586</sup> Insta salientar que cada modalidade licitatória possui especificidades no seu procedimento, e essas etapas podem ser suprimidas a medida do que for adequado. É o procedimento da concorrência que permite a compreensão de todas as fases supracitadas, visto que é a modalidade mais complexa. Por isso, fala-se que a concorrência consiste no procedimento licitatório básico, a qual permite a compreensão das demais modalidades.

## 37.2. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO BÁSICO

O procedimento licitatório básico é aquele entendido como o rito comum entre as diferentes modalidades de licitação. Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que trata-se de “[...] um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.”<sup>1587</sup> Nessa senda, o procedimento lembra uma competição isonômica entre aqueles que preenchem os requisitos necessários para que o contrato assumido seja cumprido de forma adequada.<sup>1588</sup>

Tendo em vista que são cinco modalidades de licitação, conforme a Lei n. 8.666/1993 instituiu, importa salientar que a *concorrência*, a *tomada de preços* e o *convite* destinam-se a contratação de obras, serviços e fornecimentos. Enquanto que o *concurso* e o *leilão* possuem objetivos diferenciados e específicos. Odete Medauar leciona que o “[...] processo licitatório segue fases ou momentos, segundo a lei determina. A maneira como as fases se realizam pode variar segundo a modalidade”.<sup>1589</sup> Sendo assim, é possível que etapas sejam suprimidas para que ocorra uma simplificação da *fase externa*, a exemplo do que ocorre na tomada de preços quanto à *habilitação*. O mesmo se verifica no *convite*, enquanto que o *concurso* e o *leilão* não ocorre adjudicação.<sup>1590</sup>

Isso significa que o procedimento licitatório pode mudar de acordo com a modalidade de licitação que for escolhida. Marçal Justen Filho explica que esse procedimento “[...] será subordinada às normas gerais da Lei 8.666/1993, naquilo em que for aplicável, com as complementações contidas na Lei 8.987/1995. Ademais disso, a lei pertinente a cada setor poderá contemplar regras peculiares e específicas”.<sup>1591</sup> Dessa maneira, é possível que determinadas fases, ou etapas, sejam exigidas, suprimidas, bem como invertidas pela lei, a depender das especificidades e das necessidades que cada modalidade de licitação apresenta.

### 37.2.1. INSTAURAÇÃO OU ABERTURA

A instauração ou abertura da licitação ocorre com a *divulgação*, ou seja, através da *publicidade* que é dada ao *instrumento convocatório*. O ato convocatório é ato unilateral da Administração, e vincula a todos os envolvidos, seja

1584 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 497.

1585 Tese essa defendida, por exemplo, por Ricardo Alexandre e João de Deus.

1586 Utilizou-se aqui a divisão das etapas conforme Odete Medauar.

1587 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

1588 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 524.

1589 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 187-8.

1590 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 187-8.

1591 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 772.

a própria Administração, bem como os licitantes. Deve ser escrito e conter todas as informações e regras pertinentes ao procedimento licitatório.

### 37.2.1.1. EDITAL

O *edital* é o ato convocatório de todas as modalidades de licitação, excetuando-se aquelas cuja convocação se dá pela *carta-convite*. É através do edital que é tornado público, pela Administração, que a licitação será realizada, bem como quais serão as regras estabelecidas no certame. Sendo assim, o edital consiste na lei interna da licitação, de maneira que não pode ser descumprido pelos licitantes ou pela própria Administração, nos termos do artigo 41 da Lei n. 8666/1993. De acordo com Maria Sylvia Di Pietro, é através do edital que a Administração realiza o ato em que “[...] divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas”.<sup>1592</sup>

O edital é composto por um preâmbulo, o qual deve constar o número de ordem da licitação, a modalidade, o regime de execução do contrato, o critério de julgamento,<sup>1593</sup> a legislação sob a qual será regido, local, data e hora para entrega dos documentos necessários, das propostas e do início da abertura dos envelopes, nos termos do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993.<sup>1594</sup> Além dessas informações, deve vir no edital

[...] o objeto da licitação; prazo e condições para assinatura do futuro contrato; local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico; condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas; critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos; critério de atualização financeira, se for o caso.<sup>1595</sup>

Somado a isso, é indicado no artigo 40 da referida lei, que anexo ao edital devem estar o projeto básico e executivo, se houver, o orçamento previsto e a minuta do contrato que será firmado.<sup>1596</sup> O original do edital deve ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade responsável, e deve ficar à disposição nos autos do processo de licitação. Qualquer alteração no edital significa o reinício do prazo para a apresentação de propostas e de documentos, nos termos do artigo 21, §4º,<sup>1597</sup> da Lei n. 8.666/1993, de maneira que há a vinculação ao instrumento convocatório. Destarte, o instrumento convocatório, seja o *edital* ou o *convite*, funciona como garantia do administrador e dos terceiros que estão suscetíveis ao procedimento licitatório. “[...] Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial”.<sup>1598</sup>

O edital deve ser divulgado a partir da publicação de aviso com um resumo, em que deve estar indicado o local em que é possível obter a sua versão na íntegra e as demais informações pertinentes aos interessados. Em que pese licitações de órgãos ou entidades federais, ou de obras que serão financiadas de forma parcial ou total por recursos federais, este deverá ser publicado no *Diário Oficial da União*. E quando se tratar de licitação que envolve órgãos ou entidades estaduais ou municipais deve ser publicado nos *Diário Oficial do Estado* ou no do *Distrito Federal*. Precisa,

1592 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 390.

1593 *Critérios de julgamento* ou *tipos de licitação* faz referência aos critérios estabelecidos para o julgamento da licitação.

1594 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 188.

1595 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 188.

1596 Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara; [...] IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico; V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido; VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas; VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos; VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; [...]

1597 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: [...]§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

1598 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 246.

também, ser divulgado através de jornal de grande circulação no Estado e, se for o caso, no Município em que for realizado o objeto do certame, bem como pode-se utilizar de outros meios de divulgação, conforme previsto no artigo 21 da Lei n. 8.666/1993.

É possível a impugnação do edital de forma administrativa, visto que o Estatuto a permite por pessoa que pretende participar do certame ou que já tenha apresentado seus documentos e proposta (“envelope”). Segundo Odete Medauar, é importante que o interessado o faça “[...] até o segundo dia útil: antes da abertura dos envelopes de habilitação (na concorrência); antes da abertura dos envelopes de propostas (no convite, tomada de preços, concurso); antes da realização do leilão (§2º do art. 41).”<sup>1599</sup> Na ocorrência da impugnação, isso não impede que o interessado participe do procedimento licitatório.<sup>1600</sup> Além disso, é possível também a impugnação do edital por qualquer cidadão que verifique irregularidades, tendo que protocolar tal pedido em até cinco dias úteis da data estipulada para a abertura dos envelopes com os documentos (habilitação) e as propostas apresentadas. Em ambas as hipóteses, o ideal é que a Administração responda à impugnação em um prazo de três dias úteis, que é o que defende Odete Medauar, visando a celeridade do procedimento. No entanto, a lei prevê esse prazo para os casos de impugnação por não licitante.<sup>1601</sup>

### 37.2.1.2. CARTA-CONVITE

O convite é uma modalidade em que os licitantes pertencem ao ramo objeto do futuro contrato. É uma forma simplificada de licitação e não há exigência legal da publicação de edital. A convocação, por sua vez, se faz por escrito através de uma carta-convite, a qual deve ter antecedência mínima de cinco dias úteis, conforme previsto pelo artigo 21, §2º, inciso IV da Lei n. 8.666/1993. Segundo Marçal Justen Filho, “convite é o procedimento mais simplificado dentre as modalidades comuns de licitação. No convite, a Administração Pública pode escolher potenciais interessados em participar da licitação. Esses convidados não necessitam estar cadastrados previamente”<sup>1602</sup>

O convite, portanto, é uma modalidade cabível em transações com valores mais, isto é, até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia, e até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para demais transações. Como é uma modalidade que não exige tanto formalismo como o edital, não há necessidade de publicação na imprensa oficial ou particular. Sílvio Luís Ferreira da Rocha descreve que

A administração convoca para a disputa pelo menos três pessoas que operam no ramo pertinente ao objeto, que estejam cadastrados ou não, e estende, pela afixação de cópia do instrumento convocatório, o convite aos cadastrados do ramo pertinente ao objeto que hajam manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação das propostas. [...] Nesta modalidade de licitação não há publicação na imprensa oficial ou particular.<sup>1603</sup>

Sendo assim, os candidatos que são convocados pela Administração possuem habilitação presumida, isto é, não há que se falar na etapa de *habilitação*, da qual será tratada adiante, na modalidade do convite. A *habilitação* apenas é obrigatória para aqueles que se apresentem sem convocação. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “[...] a habilitação dos licitantes, nessa hipótese, só é obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela Administração, porque têm que estar cadastrados; para os demais, é facultativa (art. 32, § 1º).”<sup>1604</sup> No entanto, para alguns juristas essa configuraria uma não observância do princípio da isonomia. Além disso, ainda que haja menos de três interessados na licitação, não se faz necessária a repetição do convite. O desinteresse dos licitantes, ou a baixa demanda do mercado, podem ensejar o prosseguimento do procedimento licitatório mesmo

1599 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 189.

1600 Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. [...] § 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

1601 Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada. [...] § 10 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 § 10 do art. 113.

1602 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 454-5.

1603 Cf. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 367.

1604 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 386.

que com número menor de interessados.<sup>1605</sup>

### 37.2.2. HABILITAÇÃO

Após a publicação do edital, cabe aos licitantes enviarem, no prazo estabelecido, os documentos necessários e as propostas apresentadas. A habilitação é o momento em que a Administração verifica se os licitantes interessados atendem às condições necessárias para a devida execução do contrato ora discutido.<sup>1606</sup> Tais exigências, entretanto, estão vinculadas ao instrumento convocatório, uma vez que “[...] o princípio da vinculação ao instrumento convocatório impede que o administrador, sem a previsão expressa no edital, exija um novo requisito”.<sup>1607</sup> Há a proibição também de que, após a sua divulgação, qualquer requisito não seja mais exigido, mesmo que todos os licitantes não o tenham cumprido.<sup>1608</sup> De fato, essa questão envolve, simultaneamente, o princípio da isonomia, pois se houver uma alteração, esta deve ser de conhecimento geral, permitindo que possam participar da licitação aqueles que antes não detinham todos os requisitos.<sup>1609</sup> Dessa forma, “[...] qualquer alteração nesse sentido gera a nulidade do procedimento, que deverá ser refeito”.<sup>1610</sup>

Partindo desses pressupostos, como nessa etapa ocorre a análise das condições pessoais dos licitantes pela comissão de licitação, geralmente é chamada pela doutrina como “fase subjetiva”.<sup>1611</sup> Fernanda Marinela aduz que “a análise dos documentos para julgamento da habilitação deve ser minuciosa, não bastando uma avaliação formal, devendo se considerar, inclusive, a autenticidade deles”.<sup>1612</sup> Por isso é possível, em caso de dúvida, a realização de diligência, no intuito de requerer esclarecimentos ou comprovação daquilo que esteja sendo alegado por algum licitante.<sup>1613</sup>

Dito isso, é permitido que a comissão, dependendo do caso concreto do certame, suspenda o processo, lavrando a ata para que a análise dos documentos seja feita posteriormente. Além disso, é importante frisar que a eventual desistência de um licitante apenas pode ocorrer, sem justificativas, até o término do julgamento da habilitação. Finalizada essa etapa, a desistência só é possível mediante fato superveniente que deve ser reconhecido pela comissão de licitação, aplicando-se a caracterização de acontecimentos de força maior, nos termos do §6º, do artigo 43, da Lei n. 8.666/1993.<sup>1614</sup>

Destarte, é nessa fase que os envelopes com a documentação relativa à habilitação dos licitantes são abertos, nos termos do artigo 43, inciso I, da Lei n. 8.666/1993. Para tanto, exige-se dos licitantes as seguintes documentações: *habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º<sup>1615</sup> da Constituição Federal de 1988*. Todos os documentos que comprovam o atendimento dessas condições estão prescritos em lei e devem ser reunidos e apresentados num envelope, o qual deve ser intitulado “documentos”.<sup>1616</sup>

A *habilitação jurídica* faz referência à comprovação da capacidade da pessoa física, ou jurídica, para contrair obrigação contratual. Pode ser comprovada mediante cédula de identidade, registro comercial, ato constitutivo,

1605 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

1606 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017.

1607 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506.

1608 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506.

1609 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506.

1610 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506.

1611 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017.

1612 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506.

1613 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506.

1614 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506; e Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017.

1615 O artigo 7º da Constituição Federal de 1988, no seu inciso XXXIII, trata da proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre por pessoas menores de 18 anos de idade, bem como de qualquer trabalho por pessoa menor de 16 anos.

1616 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 189.

dentre outros documentos previstos no artigo 28 da Lei n. 8.666/1993. Já a *qualificação técnica* é o atendimento dos requisitos para a aptidão profissional, visando a execução do contrato a ser firmado. Tal qualificação pode ser comprovada mediante aptidão para desempenho de atividade com características semelhantes com as do objeto da licitação, bem como e demais documentos previstos no artigo 30 do Estatuto.

A comprovação da *qualificação econômico-financeira*<sup>1617</sup> leva em consideração o fato de que a Administração apenas faz os pagamentos após a execução, seja parcial ou total. Dessa maneira, o licitante precisa ter condições de arcar com todas as despesas inerentes ao cumprimento do contrato. Para tanto, o artigo 31 da referida lei descreve documentos que permitem a aferição dessa condição, como balanço patrimonial e demonstrações contábeis de exercícios recentes.

A *regularidade fiscal e trabalhista*, por sua vez, atende à demonstração de que o licitante cumpre devidamente com suas obrigações tributárias e trabalhistas. No que tange aos documentos que comprovem o atendimento às obrigações tributárias e trabalhistas, a lei prevê:

[...]

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943.

[...]

Ainda quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, é importante que a Administração acompanhe se o contratado continua cumprindo com as contribuições previdenciárias no curso da execução, visto que responde solidariamente pelos encargos previdenciários oriundos durante a execução do contrato.<sup>1618</sup> Somado a isso, Ricardo Alexandre e João de Deus afirmam que “[...] o Tribunal de Contas da União possui jurisprudência firme no sentido de que é obrigatória a exigência de prova de regularidade para com o FGTS para contratação com a Administração Pública, precedida ou não de licitação”.<sup>1619</sup> Essa regularidade, inclusive, precisa se manter durante toda a execução do contrato.<sup>1620</sup>

Por fim, o *cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988* trata da necessidade do licitante demonstrar que não emprega em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de dezoito anos, e em qualquer trabalho, menores de dezesseis anos. Insta salientar, entretanto, que a partir dos quatorze anos é possível atuar na condição de aprendiz.

A abertura dos envelopes de documentos que dizem respeito à habilitação é feita em sessão pública, pela comissão de licitação, designada com antecedência. Os integrantes da comissão e os licitantes devem assinar a ata

1617 Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a: I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no “caput” e § 10 do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

1618 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

1619 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 298.

1620 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 298.

circunstanciada da sessão, examinarão e deverão rubricar os documentos provenientes do envelope. Se todos os documentos apresentados atendem às condições legais impostas, o licitante é considerado habilitado. Do contrário, o licitante estará inabilitado, sendo seu envelope contendo a sua proposta devolvido fechado, não podendo participar das fases subsequentes, conforme o §4º, do artigo 41, do Estatuto. Isto é, “[...] o licitante inabilitado sequer terá sua proposta aberta pela comissão de licitação”,<sup>1621</sup> e estará excluído do certame.

Na hipótese em que todos os interessados serem inabilitados, a Administração poderá determinar prazo de oito dias úteis para que uma nova documentação seja apresentada. Em caso de convite, esse prazo pode ser reduzido para três dias úteis.<sup>1622</sup> A premissa é de tentar envolver o maior número de interessados habilitados possíveis, visto que “quanto maior o número de licitantes, mais aumenta a possibilidade de obter melhores serviços, obras e materiais”.<sup>1623</sup> A própria lei permite que sejam feitas diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo, em qualquer etapa do procedimento, pela comissão de licitação ou pela autoridade superior. Porém, é vedada a inclusão de documentos ou informação que deveria constar na proposta posteriormente ao seu referido prazo, nos termos do artigo 43, §3º, do Estatuto.<sup>1624</sup>

Não obstante, contra decisão que habilita ou inabilita o licitante é possível interpor recurso (em sentido estrito), o qual terá efeito suspensivo até que seu julgamento, conforme artigo 109, §2º da Lei n. 8.666/1993.

### 37.2.3. CLASSIFICAÇÃO<sup>1625</sup>

Superada a etapa da habilitação, passa-se à abertura dos envelopes contendo as propostas e ofertas apresentadas por cada licitante habilitado. É nesse momento que, em ato público, são verificadas se cada proposta apresentada está de acordo com os requisitos do instrumento convocatório. Verifica-se, também, “[...] se o preço ofertado está acima do limite legal para a modalidade, se está adequado aos preços correntes no mercado ou fixados no órgão oficial competente ou aos inseridos em registro de preços (art. 43, III e IV).<sup>1626</sup> A título de exemplo, Ricardo Alexandre e João de Deus preceituam que “[...] se o edital de uma licitação prevê que o serviço licitado deverá ser executado no prazo de 30 dias, será desclassificada a proposta que mencionar que a execução do objeto contratado durará 60 dias”,<sup>1627</sup> uma vez que não estaria cumprindo com regra estipulada no ato convocatório da licitação.

São inadmissíveis propostas com preços genéricos, irrisórios, de valor zero, ou incompatíveis com preços e salários de mercado, isto é, propostas que não condizem com a realidade. A exceção ocorre quando os materiais e as instalações a serem utilizados são do próprio licitante que apresenta a proposta, e na qual ele renuncia parcialmente ou totalmente a remuneração que seria percebida, conforme previsto no artigo 44, §3º, do Estatuto.<sup>1628</sup>

1621 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 298.

1622 Art. 48. Serão desclassificadas: [...] § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

1623 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 191.

1624 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 191.

1625 Para alguns doutrinadores, como Ricardo Alexandre e João de Deus, a etapa de *classificação* integra a etapa de *julgamento*. Sendo assim, para esses juristas a etapa de *julgamento* consiste em dois momentos, ou duas subfases. Uma em que é feita a análise das propostas em confronto com as exigências dos instrumentos convocatórios, e outra em que é julgada a licitação. Para outros, como Fernanda Marinela e Odete Medauar, subdivide-se em duas etapas: a de *classificação* e a de *julgamento*.

1626 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 192. Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] III – abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

1627 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 299.

1628 Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei. [...] § 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

Por conseguinte, essa etapa consiste na definição das propostas que serão classificadas ou desclassificadas. Fernanda Marinela salienta que

Para evitar maiores dificuldades terminológicas, convém observar que o vocábulo “classificadas” pode ser utilizado em dois momentos diferentes: primeiro, quando da análise de regularidade das propostas, conforme regras previstas na lei e no edital, e segundo, após a análise de vantagem das propostas. Após a indicação da melhor proposta, as demais serão organizadas de acordo com uma ordem decrescente de vantagens apresentadas, o que também se denomina classificação.<sup>1629</sup>

As propostas desclassificadas são aquelas que não atendem às exigências do instrumento convocatório, ou que possuem valor global<sup>1630</sup> superior ao limite que a lei permite para a modalidade de licitação, ou com preços irrealizáveis, nos termos do artigo 48 da Lei n. 8.666/1993. Na hipótese de todas as propostas serem desclassificadas, semelhante à etapa da *habilitação*, a Administração poderá fixar prazo de oito dias úteis para que sejam feitas as devidas correções, podendo esse prazo ser reduzido para três dias úteis nos casos de convite. Somado a isso, das decisões aqui tomadas cabem recurso.

### 37.2.4. JULGAMENTO

Após a análise das propostas, são excluídas aquelas que forem desclassificadas, e são ordenadas aquelas que forem classificadas. Tanto para a *classificação*, conforme mencionado anteriormente, como para o *juízo*, todos os critérios utilizados devem estar determinados pelo ato convocatório, conforme a lei dispõe:

[...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

[...]

Além disso, a lei também prevê uma critério de desempate, caso ocorra, o que deve levar em consideração, sucessivamente, os bens ou serviços: 1) produzidos no país; 2) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; 3) produzidos ou prestados por empresas que investem em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país; e 4) produzidos ou prestados por empresas que demonstrem cumprir com reserva de cargos, conforme a lei, para pessoas com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.<sup>1631</sup> Além disso, há preferência por microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, se o empate persistir, a classificação será feita por *sorteio*, em ato público, conforme artigo 45, §2º, da Lei n. 8.666/1993.

1629 Cf. MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 506-7.

1630 “É permitida a fixação de preços máximos, mas é vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência”. Somado a isso, o Tribunal de Contas da União exarou entendimento que a estipulação de preços máximos não é uma faculdade do gestor, como a lei leva a crer, mas sim uma obrigatoriedade. Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 299.

1631 Art. 30 A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...] § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.



### 37.2.4.1. TIPOS DE LICITAÇÃO

Os critérios de julgamento, conforme mencionado anteriormente, devem estar estabelecidos no ato convocatório. Apesar da confusão terminológica que o uso da expressão *tipos de licitação* causa, muitas vezes confundido com as *modalidades de licitações* – que são os diferentes procedimentos licitatórios existentes, essa faz referência, efetivamente, aos *critérios de julgamento* determinados pelo edital ou convite.

Os *tipos de licitação* estão descritos no artigo 45 da Lei n. 8.666/1993, como se verifica:

[...]

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I – *a de menor preço* – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II – *a de melhor técnica*;

III – *a de técnica e preço*.

IV – *a de maior lance ou oferta* – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

[...]

Importa em se fazer duas observações. A primeira delas é que ainda que a lei proíba que outros *tipos de licitação* sejam usados, no §3º do artigo supracitado, outros diplomas legais acabaram os prevendo, os quais não são inválidos, visto que possuem a mesma hierarquia da Lei n. 8666/1993.<sup>1632</sup> Já a segunda, é importante destacar que o *concurso* é modalidade licitatória para a escolha de *melhor trabalho* técnico, artístico ou científico para recepção de prêmios ou de remuneração pelos participantes. Por isso, os critérios deverão constar no respectivo edital, o qual deverá ter publicidade com antecedência mínima de 45 dias.<sup>1633</sup>

Nesse sentido, o tipo de licitação de *menor preço* é quando a seleção da proposta considerada mais vantajosa para a Administração for determinada por ofertar o menor preço. Já o tipo de *melhor técnica* deve ser utilizado, exclusivamente, para serviços predominantemente intelectuais. De acordo com Alexandre Mazza, o procedimento para selecionar a melhor proposta segue conforme o artigo 46, §1º, do Estatuto, que dispõe que:

[...] 1) serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feitas, então, a avaliação e a classificação dessas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; 2) uma vez classificadas as propostas técnicas, passa-se à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório, iniciando a negociação, com a proponente mais bem classificada, das condições estabelecidas, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima.<sup>1634</sup>

Percebe-se que, mesmo no critério de *melhor técnica*, o *melhor preço* é ponto fundamental para a seleção da proposta. O tipo de licitação de *técnica e preço* deve ser utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, e seu procedimento está previsto no §2º, do artigo 46, da Lei n. 8.666/1993. E por fim, o tipo de licitação do *maior lance ou oferta* serve de critério exclusivamente para a modalidade de *leilão*.

Excepcionalmente, para a contratação de bens e serviços de informática, o Estatuto determinou que é obrigatória

1632 A título de exemplo, tem-se critérios diferenciados para contratos de concessão e permissão de serviços públicos (Lei n. 8.987/1995), bem como para licitações com o objetivo de contratação de parcerias públicas-privadas (Lei. 11.079/2004). Cf. MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019; e Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 301.

1633 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 301.

1634 Cf. MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 553.

a realização do tipo de licitação *técnica e preço*, apesar de permitir o emprego de outro tipo em casos previstos legalmente, nos termos do artigo 45 §4º. Não obstante, o *pregão* utiliza do tipo de licitação *menor lance ou oferta*, conforme preceitua o artigo 4º, inciso X, da Lei n. 10.520/2002.<sup>1635</sup>

### 37.2.5. RECURSOS

A Lei n. 8666/1993 prevê três espécies de recursos em sentido amplo: 1) recurso (em sentido estrito); 2) representação; e 3) pedido de reconsideração. O primeiro, no prazo de cinco dias úteis, poderá ser interposto do ato ou da lavratura do ato no casos previstos no artigo 109 do referido estatuto. Terão efeito suspensivo se interpostos contra decisão que habilitou ou inabilitou o licitante ou contra o julgamento de propostas. Para que haja efeito suspensivo em outros recursos é necessário a existência de interesse público, sendo que a autoridade competente terá que justificar sua atribuição, nos termos do §2º da mesma lei.

Com a interposição do recurso, os demais licitantes serão comunicados para impugná-lo, se houver interesse, em cinco dias úteis (§3º). É cabível reconsideração da autoridade que praticou o ato, sendo que tanto esta quanto a informação à autoridade superior deverão ser feitas em cinco dias úteis. A decisão, também, deve ser proferida observando mesmo prazo, a contar do recebimento do recurso (§4º).

Não obstante, o prazo para interposição de recursos na modalidade *convite*, nas mesmas hipóteses supracitadas, é de dois dias úteis, bem como para os demais licitantes impugná-lo.<sup>1636</sup> Já a representação,<sup>1637</sup> no prazo de cinco dias úteis após a intimação da referida decisão, é cabível nas hipóteses em que não caiba o recurso (em sentido estrito). E, por fim, o pedido de reconsideração é possível quando for caso de declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração, no prazo de dez dias úteis a partir da intimação do ato.<sup>16381639</sup>

### 37.2.6. HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO

Após a superação das etapas descritas nesse capítulo, o procedimento licitatório passa para a *homologação* e a *adjudicação*, que também o integram, e das quais serão tratadas adiante. A grosso modo, a *homologação* consiste no ato pelo qual se examina a regularidade do procedimento realizado, isto é, corresponde a divulgação do resultado. Já a *adjudicação* é o ato em que é selecionado o licitante com a proposta mais satisfatória. A partir de então ocorre a investidura, a partir da publicação do resultado em órgão oficial. Trata-se de um ato vinculado, em que o licitante se apresenta para assinar o contrato, assumindo o objeto do procedimento licitatório.

## 37.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013.

CARVALHO, Matheus. *Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

1635 Cf. MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 554.

1636 § 6º Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de “carta convite” os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º deste artigo serão de dois dias úteis.

1637 Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: [...] II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico.

1638 Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem: [...] III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

1639 Cf. ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 302.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ROSSI, Licínia. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

# CAPÍTULO 38 – LICITAÇÕES: HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO

*Julia Sanches Moreira de Rezende*

**SUMÁRIO:** 38.1. Homologação. 38.2. Adjudicação. 38.3. Referências bibliográficas.

## 38.1. HOMOLOGAÇÃO

A Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) prevê, dentre as fases do procedimento licitatório, a homologação de seu objeto em seu artigo 43, inciso VI<sup>1640</sup>. Consoante o que preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1641</sup>, em síntese, trata-se de “ato pelo qual se examina a regularidade do desenvolvimento do procedimento anterior”. Dita José dos Santos Carvalho Filho<sup>1642</sup> que “a homologação se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e tem a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação”. Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>1643</sup>, faz-se uma sorte de “despacho saneador” da licitação, precedido de um exame de todo o certame até então, sob as perspectivas da legalidade e da conveniência, realizado pela autoridade administrativa competente, que em suma, declara “anuência a todos os elementos dos autos, homologando a licitação e, portanto, aceitando a classificação apresentada pela comissão, se houver”<sup>1644</sup>. Essa autoridade competente deverá ser, destaca Hely Lopes Meirelles<sup>1645</sup>, “hierarquicamente, superior à Comissão de Julgamento e, em regra, é aquela que determinou a abertura da licitação, mas poderá ser qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei”.

Ao cabo das considerações havidas, cumpre precisar que, de tal análise do decurso licitatório, podem tomar espaço duas outras hipóteses. A uma, caracteriza-se pela verificação de ilegalidade, quando o reflexo se revela na forma de anulação do procedimento, ou na de convalidação, se viável, dos vícios apurados. A duas, por outro lado, configura-se pela “revogação da licitação por razões de interesse público, decorrente de fato superveniente comprovado, suficiente para justificar tal conduta”<sup>1646</sup>, atendendo-se as disposições do artigo 49<sup>1647</sup> do Estatuto

1640 Lei nº 8.666/90. “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] VI. deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

1641 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013. p. 597.

1642 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 360

1643 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico, p. 489.

1644 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.239

1645 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016, p.361.

1646 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.239.

1647 Lei nº 8.666/90. “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 10 A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade

supramencionado. Nesse sentido, dispõe a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal<sup>1648</sup>.

Importa grifar que a autoridade se vê obrigada a promover a homologação do certame desde que não configurada nulidade e que não seja caso de revogação, de acordo com o que expõe Marçal Justen Filho<sup>1649</sup>.

## 38.2. ADJUDICAÇÃO

Prevista também no inciso VI do artigo 43 da Lei de Licitações<sup>1650</sup>, está a adjudicação. Homologada a licitação, segue-se à tal, ato final do certame licitatório, no qual há a atribuição do objeto da licitação ao vencedor, ou seja, momento em que se dá seleção do “proponente que haja apresentado proposta havida como satisfatória”<sup>1651</sup>.

Esclarece Maria Sylvia Di Pietro<sup>1652</sup> que se trata de “ato declaratório que não se confunde com a celebração do contrato, pois, por meio dele, a Administração proclama que o objeto da licitação é entregue ao vencedor”. No entanto, assegura ao vencedor o direito de celebrar o contrato (ensejo que não constitui etapa do procedimento licitatório), salvo nas hipóteses de revogação, por razões de interesse público, ou invalidação, por vício de ilegalidade, da licitação na fase de homologação.

Ressalta Odete Medauar<sup>1653</sup>, ademais, que se faz impreterível que a Administração siga estritamente a ordem de classificação das propostas, de modo que é vedado desatendê-la ou celebrar o contrato com terceiros estranhos ao processo licitatório, sob pena de nulidade, conforme expõe o artigo 50 do Estatuto<sup>1654</sup>, sendo assim, ato vinculado diante do qual o primeiro colocado apresenta direito de preferência. A autora esclarece, demais disso, que no caso de o licitante vencedor ser preterido, terá direito à indenização, inclusive por lucros cessantes.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>1655</sup> apresenta questão controvertida no que compete à existência do direito do licitante vencedor a ser contratado.

Segundo o entendimento minoritário, a homologação acarretaria, *ipso facto*, no direito de o licitante vencedor ser contratado. Tal posição é defendida por José dos Santos Carvalho Filho. Já a corrente majoritária, composta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcos Juruena Villela Souto, Diógenes Gasparini, Lucas Rocha Furtado, Jessé Torre Pereira Junior e pelo Superior Tribunal de Justiça, alega que a homologação e a adjudicação não geram direito à celebração do contrato, mas, sim, mera expectativa de direito, uma vez que a Administração Pública tem o poder de, mesmo após esses atos, revogar ou anular o certame por fatos supervenientes. Sendo assim, a “celebração do contrato dependeria da análise discricionária (conveniência e oportunidade) do administrador”, reza o autor.

Quanto aos efeitos jurídicos da adjudicação, convoca Hely Lopes Meirelles<sup>1656</sup>:

- a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta; c) a sujeição

---

não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. § 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa. § 4º O disposto neste artigo e seus parágrafos aplica-se aos atos do procedimento de dispensa e de inexigibilidade de licitação”.

1648 Súmula 473 do STF. “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

1649 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 465

1650 Lei nº 8.666/90. “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...] VI. deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

1651 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013. p. 597

1652 DI PIETRO, Maria Sylvia, Direito Administrativo, ed. 30ª, Rio de Janeiro, editora Forense, 2017. Livro Eletrônico, p. 398

1653 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.239

1654 Lei nº 8.666/90. “Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”.

1655 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 490.

1656 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016, p.362.

do adjudicatário às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com outrem; e) a liberação dos licitantes vencidos de todos os encargos da licitação e o direito de retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal.

Diante da adjudicação, deverá a Administração convidar o adjudicatário para assinar o contrato, no prazo de 60 dias da data da entrega das propostas, o qual pode ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado durante seu transcurso pela parte e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração (artigo 64, § 1º<sup>1657</sup>); ultrapassado esse prazo, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos, de acordo com o artigo 64, § 3º<sup>1658</sup>.

Segue-se, do exposto, que faculta à Administração, no caso de o licitante vencedor não atender à tal solicitação, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, a fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 da Lei<sup>1659</sup>, como relata o § 2º do artigo 64<sup>1660</sup>.

Finalmente, urge salientar que “os licitantes remanescentes, porém, não são obrigados a aceitar o contrato, já que, se o fizerem, terão que se sujeitar às condições propostas pelo vencedor; assim, não ficam sujeitos às penalidades administrativas, conforme determina o artigo 81, parágrafo único<sup>1661</sup>”, explana Di Pietro<sup>1662</sup>.

### 38.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 30. ed., 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo: 32 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia, Direito Administrativo, ed. 30ª, Rio de Janeiro, editora Forense, 2017. Livro Eletrônico.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 19. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro / Hely Lopes Meirelles, José Emmanuel Burle Filho. - 42. ed. / atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. - São Paulo : Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 8ª ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. Livro eletrônico.

1657 Lei nº 8.666/90. “Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei. § 1º. O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração”

1658 Lei nº 8.666/90. “Art. 64. § 3º. Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos”.

1659 Lei nº 8.666/90. “Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”.

1660 Lei nº 8.666/90. “Art. 64. § 2º. É facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei”.

1661 Lei nº 8.666/90. “Art. 81. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos licitantes convocados nos termos do art. 64, § 2º desta Lei, que não aceitarem a contratação, nas mesmas condições propostas pelo primeiro adjudicatário, inclusive quanto ao prazo e preço”.

1662 DI PIETRO, Maria Sylvia, Direito Administrativo, ed. 30ª, Rio de Janeiro, editora Forense, 2017. Livro Eletrônico, p. 399



## CAPÍTULO 39 - EXTINÇÃO DA LICITAÇÃO: REVOGAÇÃO, ANULAÇÃO E DESISTÊNCIA

*Mariana Scaramussa Nigri do Carmo*

**SUMÁRIO:** 39.1. Anulação. 39.2. Revogação. 39.3. Desistência. 39.4. Referências bibliográficas.

O processo administrativo tem por escopo tornar os atos públicos mais transparentes, seguindo os princípios que norteiam o funcionamento da Administração Pública, em especial, os elencados pelo *caput* do art. 37 de nossa Magna-Carta.

Diante da necessidade de aquisição de produtos ou de prestação de serviço, o Ente público se obriga, na maioria das vezes, a instaurar processo licitatório. Acontece que, da análise do processo administrativo, é possível que se detectem vícios ou falhas responsáveis por colocar em cheque a regularidade ou a licitude deste procedimento.

Para salvaguardar seus interesses, as partes envolvidas poderão se valer de meios pelos quais a idoneidade do procedimento seja preservada. O que se preza, em última instância, é lisura da Administração.

Nessa esteira, imperioso observarmos que o processo licitatório é composto por um conjunto de atos suscetíveis de invalidação pelos institutos da anulação e da revogação (art. 49 Lei 8666/93), além da possibilidade de sua desistência. Em breve elucidação, podemos identificar que a anulação é a invalidação da licitação por motivo de ilegalidade. Revogação é a invalidação da licitação em razão do interesse público. Anula-se o que é ilegítimo; revoga-se o que é legítimo, mas inoportuno e inconveniente à Administração.

### 39.1. ANULAÇÃO

O desfazimento do procedimento licitatório por meio da anulação decorre da presença de vício de legalidade em seu trâmite, em linhas gerais, no que diz respeito à competência, objeto, motivo, finalidade ou forma. José dos Santos Carvalho Filho leciona que “há vício de legalidade quando inobservado algum dos princípios ou alguma das normas pertinentes à licitação; ou quando se escolhe proposta desclassificável; ou não se concede direito de defesa aos participantes, etc.”<sup>1663</sup>.

Destarte, neste caso, pode ser exercido juízo de legalidade pela Administração Pública, em cristalina aplicação do instituto da autotutela (Súmula 473 do STF), bem como é possibilitado o controle pelo Poder Judiciário, em homenagem ao princípio da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB).

Importa frisar que, anulado o procedimento, não surge instantaneamente obrigação de indenizar por parte do Estado, salvo já houver sido executada parte do objeto do contrato até o momento da invalidação (regra instituída com o condão de impedir o enriquecimento sem causa pelo Ente público), ou ainda, se os próprios agentes públicos



derem causa à anulação, obstando-se que o Estado se locuplete de sua própria torpeza. Conquanto, se é o licitante quem dá causa à invalidação, não há que se formular qualquer pretensão.

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, “se a Administração ou o Judiciário invalidam um edital de licitação ou o próprio certame já em andamento antes de conhecido quem deveria ser seu vencedor, todos os que afluíram à disputa e, destarte, foram compelidos a despesas para dela participarem fazem jus a indenização pelos dispêndios incorridos se atuaram de boa-fé e em nada concorreram para o vício invalidante. Ou seja: não importa minimamente que a invalidação seja, em si mesma, um ato legítimo destinado a fulminar o precedente ato ilegítimo”<sup>1664</sup>.

A anulação da licitação, por pautar-se em ilegalidade em seu procedimento, pode se dar a qualquer tempo e em qualquer de suas fases, antes da assinatura do contrato administrativo, desde que a Administração ou o Judiciário verifiquem e apontem de forma clara e fundamentada a infringência à lei ou ao edital, para evitar invalidação do ato anulatório ante o reconhecimento da falta de justa causa.

Importante nos atentarmos para os ensinamentos de Maria Sylvania Di Pietro, quando revela que “[...] A anulação pode ser parcial, atingindo determinado ato, como a habilitação ou classificação. Como desses atos cabe recurso, se a Comissão der provimento, reconhecendo a ilegalidade, ela deverá invalidar o ato e repeti-lo, agora escoimado de vícios; isto se a invalidação não for verificada posteriormente, quando já se estiver na fase subsequente; neste caso, deverá ser anulado todo o procedimento”<sup>1665</sup>.

A efetivação da extinção pela via anulatória possui efeito *ex tunc*, isto é, retroage às origens do ato anulado, porque, se este era ilegal, não produziu consequências jurídicas válidas, nem gerou direitos e obrigações entre as partes. Por essa razão, entende-se ser a anulação ato vinculado, exigindo cabal demonstração das razões que a provocaram, em atenção ao controle da legalidade por parte dos interessados. Além disso, urge apontar que o vício nas razões invocadas pode conduzir à invalidação do próprio ato anulatório.

Insta acentuar que o desfazimento da licitação, tanto pela via anulatória, quanto pela revocatória (de que trataremos logo adiante), compele a Administração a endossar o contraditório e a ampla defesa (art. 49, § 3º da Lei de Licitações) aos interessados no certame. O fito do referido dispositivo é o de impedir que o desfazimento seja maculado por intensões escusas, ferindo a obrigação de transparência que rege a atuação do Estado.

## 39.2. REVOGAÇÃO

A revogação do procedimento licitatório não é pautada em sua licitude, e sim, em critérios de ordem administrativa, ou por razões de interesse público. É uma faculdade da Administração Pública, materializada em um juízo de conveniência e oportunidade. Por essa razão, apenas esta pode proceder com a revogação.

Tal ato discricionário opera efeitos *ex nunc*, isto é, a partir da decisão revocatória, porque, até então, o ato ou procedimento revogado era eficaz e válido. Não é tolhido, porém, que o Judiciário examine o ato revocatório sob o prisma de eventual ilegalidade. O que não é oportunizado ao juiz é substituir o critério do administrador pelo seu próprio, em virtude da vedação constitucional à invasão de funções estatais.

Nesse diapasão, é de bom alvitre percebermos que a revogação do procedimento licitatório não pode ocorrer de maneira completamente arbitrária, devendo seguir diretrizes traçadas pelo legislador em forma de condições autorizadas do ato. Uma dessas condições é a obrigatoriedade de ser a revogação claramente fundamentada, com a determinação dos motivos pelos quais se deu. Caso contrário, restariam lesados os princípios da legalidade e da igualdade de oportunidades aos interessados.

Ademais, as razões de interesse público ensejadoras da revogação devem ser provenientes de fato superveniente explicitamente delimitado, fato este que possua condão suficiente para provocar a revogação. Devemos nos atentar para a necessidade de o interessado se certificar de que a revogação fora motivada por situação ocorrida após a instauração do processo licitatório.

1664 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2010, p. 626;

1665 DI PIETRO, Maria Sylvania, *Direito Administrativo*, 30ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017, p. 411;

Na mesma toada, alude Sílvio Luiz Ferreira da Rocha: “A administração pode, também, revogar a licitação em curso ou encerrada, mas o legislador, nessa hipótese, houve por bem restringir ou limitar o exercício da competência revogadora da Administração mediante a exigência de razões de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, conforme dispõe o art. 49”<sup>1666</sup>.

No que tange ao dever de indenizar, importa observarmos que o eventual vencedor da licitação possui apenas expectativa na celebração do contrato, não sendo considerado titular de direito subjetivo. Desse modo, parte da doutrina entende que, caso o procedimento licitatório seja revogado de maneira profícua, não há que se falar em reparação, seja para os licitantes, seja para o vencedor. Sendo imperioso reforçar que a não obrigatoriedade de indenização abarca apenas a revogação realizada até momento anterior à homologação, caso contrário, a reparação poderá ser determinada, respeitando-se a extensão do dano.

Celso Antônio Bandeira de Melo diverge: “Entendemos que, com ou sem previsão legal, o licitante vencedor cuja proposta haja sido satisfatória terá, no caso de revogação lícita, direito a ser indenizado pelas despesas em que incorreu para disputar o certame. Com efeito, se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público, deixar de atuar com seriedade e honrar a firmeza da convocação que fez, ignorando os gastos em que incorreu aquele que venceu o certame apresentando oferta satisfatória. Se a revogação for ilícitamente efetuada e, por qualquer razão, não mais existirem meios de assegurar a efetivação do contrato, aquele que teria direito a ele fará jus a uma indenização que acoberte, já agora, não apenas as despesas que efetuiu para disputar o certame, mas também o que perdeu e deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito que lhe frustrou os proveitos que auferiria com o contrato”<sup>1667</sup>.

Frisa-se, conforme aprendido anteriormente, que praticado o ato de revogação e explicitados os motivos que o conduziram, devem os interessados ser devidamente comunicados para que se manifestem sobre o referido ato. Ou seja, a Administração Pública tem o dever de oportunizar o contraditório e a ampla defesa aos licitantes, nos moldes do já mencionado art. 49, §3º do Estatuto.

### 39.3. DESISTÊNCIA

Por fim, nos cabe pincelar sobre a desistência do procedimento licitatório, possuindo esta modalidade nomeação autoexplicativa. A desistência se dá quando a licitação se encontra em andamento, porém o ente público licitante renuncia o seu prosseguimento, interrompendo seu curso.

Os aspectos que motivam a desistência devem estar vinculados ao melhor interesse público, além de atrelados à característica da superveniência. Contanto que contemplados estes critérios, a motivação é considerada válida. Nesta hipótese, corrente majoritária da doutrina assente que todos os licitantes participantes do certame no momento de sua ocorrência têm direito à indenização pelos gastos até então efetuados.

### 39.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*: 32ª ed., São Paulo, Editora Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia, *Direito Administrativo*, ed. 30ª, Rio de Janeiro, editora Forense, 2017.

MADUREIRA, Claudio. Poder público, litigiosidade e responsabilidade social. *Fórum Administrativo de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 11, n.126, ago. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Malheiros, 2013.

1666 ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Malheiros, 2013, p. 410;

1667 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo, Editora Malheiros, 2010, p. 626;



## CAPÍTULO 40 – LICITAÇÕES: CONTRATAÇÃO DIRETA, SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS E DISPOSIÇÕES RELATIVAS A EMPRESAS ESTATAIS.

*Lais Ribeiro Meyrelles*

**SUMÁRIO:** 40.1. Contratação direta. 40.1.1. Formas de dispensa de licitação. 40.1.1.1. Licitação dispensada. 40.1.1.2. Licitação dispensável ou dispensa de licitação. 40.1.2. Licitação inexigível ou inexigibilidade de licitação. 40.2. Sistema de registro de preços (SRP). 40.3. Disposições relativas às empresas estatais. 40.4. Referências bibliográficas.

### 40.1. CONTRATAÇÃO DIRETA.

Inicialmente, cumpre destacar o que dispõe o art. 37, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”.

Da leitura do dispositivo, tem-se a regra evidenciada pelo princípio da obrigatoriedade, por meio do qual a realização de contratos pela Administração Pública exige obediência ao certame licitatório. No entanto, o próprio artigo indica a relatividade da regra constitucional, ao admitir a ressalva aos casos previstos pela legislação.

Assim, partindo do pressuposto de que a contratação efetuada pela Administração deve objetivar a escolha da melhor proposta possível, em atendimento ao interesse público, em alguns casos a realidade imporá a inviabilidade da licitação, seja por ausência de competição ou pela própria inconveniência para que o interesse público seja atingido.

Para tais situações, a Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações) prevê as hipóteses de contratação direta pelo Poder Público, sendo elas:

- a) Licitação dispensada (art. 17 da Lei nº 8.666/1993);
- b) Licitação dispensável ou dispensa de licitação (art. 24 da Lei nº 8.666/1993);
- c) Licitação inexigível ou inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei nº 8.666/1993).

É imperativo ressaltar que, malgrado esteja afastado o processo licitatório, a contratação direta deve observar os princípios do Direito Administrativo, como a apuração e comprovação de que as hipóteses se adequam à legislação, por meio da motivação da decisão administrativa (art. 26 da Lei nº 8.666/1993), como ensina Rafael Carvalho<sup>1668</sup>.

Nessa ordem, a Lei nº 8.666/1993 exigiu a obediência às condicionantes da eficácia e a elementos de instrução, nos casos de contratação direta pela Administração Pública.

1668 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, Livro eletrônico p. 457.

Para tanto, as dispensas (com a ressalva das de pequeno valor, constantes no art. 24, I e II) e as inexigibilidades precisam ser justificadas e comunicadas, no prazo de 3 (três) dias, à autoridade superior, a fim de que esta ratifique e publique na imprensa oficial, em até 5 (cinco) dias, como condição de eficácia dos atos.

Ainda, o parágrafo único do art. 26 da Lei Geral de Licitações prescreve que, no processo de contratação direta, estejam presentes os seguintes elementos: a) caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública (quando for o caso); b) razão da escolha do fornecedor ou executante; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (quando for o caso).

#### **40.1.1. FORMAS DE DISPENSA DE LICITAÇÃO**

O que caracteriza, genericamente, a dispensa é a possibilidade real de que se estabeleça competição no procedimento licitatório, mas que, em função da escolha do legislador, optou-se por tornar as hipóteses circunscritas na lei como não obrigatórias, sendo taxativas ou “*numerus clausus*”.

Nesse cenário, a doutrina administrativista majoritária divide a dispensa de licitação em dois segmentos: a licitação dispensada e a licitação dispensável.

##### **40.1.1.1. LICITAÇÃO DISPENSADA**

O artigo 17 da Lei nº 8.666/1993 estabelece as situações em que a licitação será dispensada, ou seja, a Administração não poderá licitar, pois afastada a possibilidade de se realizar o procedimento prévio. A regra é que tais hipóteses versem sobre a alienação de bens e direitos da Administração. O inciso I do mencionado dispositivo lista as operações relativas a bens imóveis do Poder Público, enquanto as alíneas do inciso II enumeram as hipóteses para a alienação de bens móveis.

Assim, no que diz respeito aos bens imóveis, são fatores que a alienação deve obedecer: autorização legislativa, avaliação prévia e de licitação (na modalidade concorrência), esta dispensada justamente nos casos descritos pelas alíneas do inciso I do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993, sendo: dação em pagamento, doação, permuta, investidura, alienação e disposição de bens no âmbito de programas habitacionais de interesse social, procedimento de legitimação de posse, dentre outros. Por estar sendo continuamente modificado pela via legislativa, é fundamental a leitura atenta e atualizada dos dispositivos.

Quanto aos bens móveis, a regra é que a alienação esteja condicionada: à avaliação prévia e de licitação (na modalidade concorrência ou leilão), sendo dispensada se houver adequação aos casos das alíneas do inciso II do artigo 17 da Lei nº 8.666/1993, dentre os quais se destacam: doação, permuta, venda de ações, venda de títulos, venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública e venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

Neste ponto, importante mencionar a lembrança feita por Alexandrino e Vicente Paulo<sup>1669</sup>, quanto à hipótese de licitação dispensada estabelecida no art. 2º, §1º, inciso III, da Lei nº 11.107/2005. Segundo o dispositivo, será dispensada a licitação quando, havendo consórcio público celebrado entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a fim de que se cumpram os objetivos de interesse comum, os entes da Federação consorciados podem proceder à dispensa.

##### **40.1.1.2. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL OU DISPENSA DE LICITAÇÃO**

O artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 estatui a licitação tida pela doutrina como dispensável, indicando as hipóteses em que a licitação seria judicialmente viável, embora, por escolha do legislador, optou-se por dispensar o administrador de realizá-la.

1669 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado – 25. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, Livro Eletrônico p. 768.

Neste ínterim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro divide as diversas hipóteses trazidas pelo artigo 24 da mencionada lei em quatro categorias<sup>1670</sup>:

*Em razão do pequeno valor* (incisos I e II);

*Em razão de situações excepcionais* (incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV, XVIII, XXVII, XXVIII);

*Em razão do objeto* (incisos X, XII, XV, XVII, XIX, XXI, XXV, XXIX, XXX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXIV e XXXV);

*Em razão da pessoa* (cf. Lúcia Valle Figueiredo, 1980:32) (incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXII, XXIII, XXIV e XXVI).

Nesse diapasão, serão elencadas as hipóteses de licitação dispensável, nos termos do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, com um breve resumo em sequência, para as mais controversas:

*Dispensas de pequeno valor (incisos I e II)*: aqui, refere-se às obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo 23, o qual dispõe sobre a modalidade convite, desde que não se refiram às parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente. Feita a ressalva do §1º do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual o percentual será de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas;

*Guerra ou grave perturbação da ordem (inciso III)*: para melhor compreendê-lo, necessário observar os ditames dos artigos 21, II, 84, XIX e 49, II, todos relativos à Constituição Federal, os quais estabelecem que caberá à União declarar guerra, através de ato privativo do Presidente da República, mediante autorização ou referendo do Congresso Nacional. No que tange à perturbação da ordem, é tida como situação com capacidade de afetar a paz e a disciplina social e política;

*Emergência ou calamidade pública (inciso IV)*: como bem acentuado por Ronny Charles<sup>1671</sup>, os casos de emergência podem ser produto de fatores objetivos, quando este se apresenta como resultado de um acontecimento ou situação desvinculada da vontade administrativa (como uma enchente, um temporal) e de fatores subjetivos, quando se identifica a desídia do gestor, da qual decorreu a situação urgente (como na contratação tida como emergencial para aquisição de bens que poderiam ter sido licitadas anteriormente);

*Licitação deserta (inciso V)*: tal situação se apresenta quando, na licitação anterior, não houver interessado e a atual, de modo justificado, não puder ser repetida sem que haja prejuízo para a Administração;

*Intervenção no domínio econômico (inciso VI)*: trata-se de atuação da União com o fito de regular preços ou normalizar o abastecimento, no âmbito do domínio econômico;

*Propostas incompatíveis (inciso VII)*: caracteriza-se quando os preços das propostas forem manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou houver incompatibilidade com aqueles constantes dos registros dos órgãos oficiais;

*Contratação de órgão ou entidade da Administração Pública (inciso VIII)*: para tanto, é preciso que, anterior à vigência da Lei nº 8.666/1993, tenha sido criado para finalidade específica. Faz-se o destaque para a Orientação Normativa da AGU de nº 13/2009, segundo a qual “Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a administração pública, para os fins de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei nº 8.666 de 1993;

*Segurança Nacional (inciso IX)*: para tanto, necessário observar as disposições relativas ao Decreto nº 2.295/97 e o Decreto nº 8.135/2013. Trata-se da possibilidade de ameaça à segurança nacional, nos termos de Decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

*Locação de imóvel (inciso X)*: neste tópico, salienta-se o entendimento uniformizador da Advocacia Geral da União (Parecer nº 92/2017/DECOR/CGU/AGU), com as seguintes conclusões: (i) no âmbito federal, a compra ou locação de

1670 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, Livro eletrônico p. 484.

1671 NETO, Fernando Ferreira Baltar; de TORRES, Ronny Charles Lopes. Direito Administrativo. 10ª ed. rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, Bahia, 2020, p. 293.

imóvel deve necessariamente ser precedida de consulta à Secretaria do Patrimônio da União sobre a existência de imóvel público disponível. (ii) Inexistindo imóvel que atenda aos requisitos necessários para a instalação do órgão ou entidade, é recomendável a promoção de chamamento público para a prospecção do mercado imobiliário. (iii) Se somente um imóvel atender às necessidades da Administração, será constatada a inviabilidade de competição, o que permitirá a contratação direta por inexigibilidade com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993. (iv) Se após o chamamento público forem encontrados dois ou mais imóveis, é possível a realização de licitação ou, caso cumpridos os requisitos estampados no art. 24, X, da Lei nº 8.666/1993, poderá haver a contratação direta por dispensa licitatória;

*Contratação de remanescente (inciso XI):* sobre o tópico, observa-se o Acórdão nº 1443/2018 do Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU, segundo o qual é obrigatória a manutenção das condições oferecidas pelo licitante vencedor, incluindo o preço unitário, devidamente corrigido, e não somente a adoção do mesmo preço global;

*Compra de gêneros perecíveis (inciso XII):* trata-se da hipótese de aquisição de produtos perecíveis, como verduras, legumes, pão e outros;

*Instituição de pesquisa (inciso XIII):* não se trata de pessoa física, mas de instituição brasileira que detenha reputação ético-profissional ilibada e não possua fins lucrativos, nos termos da lei;

*Acordo Internacional (inciso XIV):* o Acordo Internacional, cujo objeto versar sobre a aquisição de bens ou serviços e estiver caracteriza a vantagem ao Poder Público, deve ter sido aprovado pelo Congresso Nacional;

*Obras de arte e objetos históricos (inciso XV):* tanto as obras de arte como os objetos históricos devem ter sua autenticidade certificada, devidamente compatível com a finalidade do órgão ou entidade;

*Impressões e prestações de serviço de informática (inciso XVI):* como exemplo, tem-se a impressão de formulários padronizados, diários oficiais, edições técnicas oficiais, dentre outros;

*Aquisição vinculada à garantia (inciso XVII):* a aquisição é feita com o fornecedor original de componentes ou peças nacionais ou estrangeiros, estando presente a sua manutenção durante o lapso temporal da garantia estabelecida;

*Abastecimento de embarcações, aeronaves e tropas (inciso XVIII):* no sentir do legislador, considerando que em tais hipóteses há o encerramento de operações ou adestramento, sendo rápida a permanência em determinado local, deve prevalecer o serviço público sobre o princípio da competitividade;

*Padronização de material militar (inciso XIX):* em tais situações, não estão abarcados os materiais de uso pessoal (como produtos de higiene para militares) e administrativo (móveis, por exemplo). A padronização de que trata o dispositivo decorre de parecer de comissão instituída por decreto, devidamente expedido pelo Chefe do Executivo, sendo decisão interna de natureza administrativo-institucional;

*Associação de portadores de deficiência (inciso XX):* no caso, deve-se atestar que a idoneidade da associação, bem como a não persecução de lucro, desde que haja compatibilidade do preço com o praticado no mercado;

*Produtos para pesquisa e desenvolvimento (inciso XXI):* insta destacar a alteração dada ao dispositivo pela Lei nº 13.243/2016, admitindo a hipótese de dispensa para a “aquisição ou contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a R\$ 300.000,00 (20% do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do art. 23). Ainda, segundo a mencionada lei, a definição de “produtos para pesquisa e desenvolvimento” é a de “bens, insumos, serviços e obras necessários para atividade de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica, discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante”;

*Energia elétrica e gás natural (inciso XXII):* como bem acentuado por Ronny Charles<sup>1672</sup>, caracterizado o caso de único fornecedor, será verificada uma situação de inexigibilidade, em que a contratação deve acontecer nos moldes do artigo 25 da Lei nº 8.666/1993, que será abordado nas páginas seguintes;

*Subsidiárias e controladas (inciso XXIII):* imperativo o entendimento do TCU sobre o tema que, em sede do Acórdão

---

1672 NETO, Fernando Ferreira Baltar; de TORRES, Ronny Charles Lopes. Direito Administrativo. 10ª ed. rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, Bahia, 2020, p. 300.

nº 2472/2017 – Plenário, é tida como controlada a empresa em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, em analogia ao conceito do art. 165, §5º, inciso II, da Constituição Federal, que baliza a noção de empresa controlada.

*Organizações sociais (inciso XXIV);*

*Instituição Científica e Tecnológica (inciso XXV);*

*Consórcio público ou convênio de cooperação (inciso XXVI);*

*Resíduos sólidos (inciso XXVII):* neste ponto, devem estar presentes as seguintes condicionantes: a associação ou a cooperativa deve ser formada por pessoas físicas de baixa renda; e o reconhecimento, pelo Poder Público, como catadores de materiais recicláveis;

*Complexidade tecnológica e defesa nacional (inciso XXVIII);*

*Contingentes militares (inciso XXIX);*

*Assistência técnica e extensão rural no PRONATER (inciso XXX);*

*Contratações de estímulo à inovação científica (inciso XXXI);*

*Transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema único de Saúde (SUS) (inciso XXXII);*

*Contratação de entidades sem fins lucrativos para combate à seca (inciso XXXIII);*

*Contratação de insumos estratégicos para a saúde produzidos, ou distribuídos, por fundação ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS (inciso XXXIV);*

*Construção, ampliação, reforma e aprimoramento de estabelecimentos penais, em situação de risco à segurança pública (inciso XXXV).*

#### **40.1.2. LICITAÇÃO INEXIGÍVEL OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

A chamada inexigibilidade de licitação caracteriza-se pela impossibilidade jurídica de competição, mas não só. Como bem acentua Ronny Charles, a inexigibilidade também ocorre quando a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual, pelo confronto e contradição com aquilo que a justifica, ou seja, o interesse público<sup>1673</sup>.

No que se refere às empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que atuam no domínio econômico, incluídas as prestadoras de serviços públicos que se adequem, genericamente, à atividade econômica, importante a ressalva de que o art. 30 da Lei nº 13.303/2016, que dispõe acerca do estatuto jurídico dessas entidades, impossibilita a aplicação da Lei Geral de Licitações à elas.

O artigo 25 da Lei nº 8.666/1993 elenca três situações em que a licitação é inexigível:

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”

Cabe destacar a vedação trazida pelo dispositivo à preferência de marca, sendo necessário que se comprove a exclusividade absoluta (quando só há um fornecedor no país) ou relativa (quanto ocorre somente na praça de aquisição do bem) através da chamada “carta de exclusividade”, por meio da qual demonstre que a empresa é fornecedora exclusiva de certo produto, junto à respectiva averiguação do documento pelo órgão de registro competente (Orientação Normativa AGU Nº 16, de 1º de abril de 2009).

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”;

1673 NETO, Fernando Ferreira Baltar; de TORRES, Ronny Charles Lopes. Direito Administrativo. 10ª ed. rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, Bahia, 2020, p. 305.



O comando do inciso II, portanto, exige o cumprimento de dois fatores: notória especialização do contratado (elemento subjetivo) e a natureza singular do serviço (elemento objetivo). Ainda que a regra geral seja de que a contratação de serviços técnicos profissionais especializados seja antecedida por licitação na modalidade concurso (art. 13, §1º), com estipulação prévia de prêmio ou remuneração, o preenchimento dos dois referidos requisitos é essencial para que se caracterize a inexigibilidade.

Sobre o tema, importante a leitura das Súmulas nº 252/2010 e nº 264/2011 do TCU.

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”.

O inciso III consagra a impossibilidade de sujeitar a arte a fatores objetivos de avaliação, dado o seu caráter personalíssimo. Na esteira de José dos Santos Carvalho Filho, consagração é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço, ou seja, o reconhecimento do artista pode se dar em locais determinados, por certo público ou críticos<sup>1674</sup>.

## 40.2. SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O Sistema de Registro de Preços (SRP), na forma do art. 15, II, da Lei nº 8.666/1993 e, a nível federal, do Decreto nº 7.892/2013, pode ser definido como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona as propostas mais vantajosas, mediante concorrência ou pregão, que ficarão registradas perante a autoridade estatal para futuras e eventuais contratações<sup>1675</sup>, na esteira de Rafael Carvalho Rezende.

O SRP não é uma modalidade de licitação. O sistema objetiva registrar formalmente os preços de variados itens (bens ou serviços) em ata que, no prazo estipulado em lei, poderá ou não ser utilizada pela Administração Pública para futuras contratações, a depender de sua necessidade.

Para tanto, não é exigida prévia dotação orçamentária do ente público para o SRP, pois, havendo o registro, a Administração não assume a obrigação de contratar. O que o sistema fará é a racionalização das compras e serviços para futuras licitações, mediante concorrência ou pregão, quando, só então, o licitante que tiver seus preços registrados irá adquirir preferência de contratação, garantindo-se igualdade de condições.

Como já dito, o Decreto nº 7.892/2013 regulamenta o sistema no âmbito federal, sendo de atribuição dos demais Entes Federados editar as suas próprias tratativas acerca do sistema de registro.

Ronny Charles destaca que, malgrado a Lei Geral de Licitações faça referência ao registro de preços em relação à compras, existe precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que amplia a extensão do registro de preços não só às compras, mas também aos serviços e às obras (STJ, ROMS 15647, DJ 14/02/2003)<sup>1676</sup>. No que tange aos serviços de engenharia, a questão ainda é tortuosa, apontando a doutrina como possível em casos de menor relevância e que podem ser definidos de modo objetivo. Porém, pelo conceito trazido pelo Decreto federal nº 7.581/2011 os serviços de engenharia estão abarcados pelo SRP.

Em atenção ao disposto pelo artigo 3º do Decreto nº 7.892/2013, tem-se que o SRP poderá ser adotado nas seguintes situações:

- a) Necessidade de contratações frequentes, tendo em vista as características do bem ou serviço;
- b) Conveniência da aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou da contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;
- c) Conveniência da aquisição de bens ou da contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou

<sup>1674</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018, Livro eletrônico p. 339.

<sup>1675</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, Livro eletrônico p. 442.

<sup>1676</sup> NETO, Fernando Ferreira Baltar; de TORRES, Ronny Charles Lopes. Direito Administrativo. 10ª ed. rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, Bahia, 2020, p. 327.

entidade, ou a programas de governo; e

d) Impossibilidade de definição prévia, em razão da natureza do objeto, do quantitativo a ser demandado pela Administração.

A chamada ata de registro de preços é o documento onde serão registrados os preços, órgãos participantes, fornecedores e as condições a serem praticadas, em consonância com o que foi disposto no instrumento convocatório e com as propostas apresentadas. O documento possui caráter vinculativo, obrigacional e estabelece compromisso para ulteriores contratações pelo Poder Público até o prazo limite de 12 meses (Orientação Normativa AGU nº 19/2009).

Para melhor entender tal sistema, necessária a diferenciação entre os seguintes sujeitos: órgão gerenciador, órgão participante e órgão não participante (carona).

O órgão gerenciador é aquele responsável pela condução do certame, que irá gerenciar a ata de registro de preços. Já o órgão participante é responsável por atuar nas tratativas iniciais e compõe a respectiva ata, sendo incluída a sua pretensão contratual. Assim, na fase interna da licitação, os órgãos e entidades administrativas convidados pelo órgão gerenciador (os órgãos participantes) devem apresentar estimativas de consumo, o cronograma de contratação, bem como as devidas especificações ou projeto básico.

Por fim, o órgão não participante, comumente chamado como “carona”, não participa do registro, mas tem a pretensão de se valer da ata de registro de preços para suas contratações, o que é admitido pelo art. 22 do Decreto nº 7.892/2013.

No entanto, a doutrina tem travado sérias discussões acerca do “efeito carona” na ata de registro de preços por órgão ou entidade administrativa de outra esfera da federação, como quando, por exemplo, um Município se utiliza da ata de registro de preços de âmbito estadual.

Existem, nesse sentido, duas posições adotadas pela doutrina:

A primeira, liderada por Flávio Amaral Garcia e pela Orientação Normativa/AGU nº 21, defende que, pela interpretação dada ao vocábulo “administração”, pelo art. 8º do Decreto nº 3.931/2001 e da redação dos incisos XI e XII do art. 6º da Lei nº 8.666/1993, o “efeito” carona seria exclusivo para órgãos e entidades administrativas federais.

A segunda prega a viabilidade do “efeito” carona por órgãos ou entidades administrativas de âmbito federativo diverso na ata de registro de preços, dado o respeito aos princípios da economicidade (pela superação de novos custos operacionais para se estabelecer uma licitação específica) e da isonomia (posto que foi garantido tratamento isonômico entre os interessados, inicialmente). Esta orientação é defendida por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes.

Por fim, insta destacar que o novo regulamento federal criou a possibilidade que licitantes formem cadastro de reserva, a fim de que, uma vez registrada a demanda na ata de registro de preços e comprovada a impossibilidade de o primeiro colocado atendê-la, será formado tal cadastro e o licitante será, posteriormente, habilitado.

### 40.3. DISPOSIÇÕES RELATIVAS ÀS EMPRESAS ESTATAIS

A Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, conhecida como Lei das Estatais, constitui o estatuto jurídico das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias, que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”.

A referida Lei atendeu ao mandamento constitucional contido no artigo 173, §1º, da Carta Magna, com considerável atraso, após a nova redação dada do dispositivo pela Emenda Constitucional nº 19/98. Com abrangência nacional, ou seja, aplicável a todas as esferas de governo, os ditames da Lei das Estatais trata de matérias que, por sua natureza, são de competência privativa da União, como licitações e contratos (art. 22, XXVII, CFRB), de modo que tal amplitude se justifica.

Nessa esteira, faremos a seguir um breve resumo das principais modificações concernentes à Lei nº 13.303/2016, com o devido enfoque aos dispositivos que regulam o procedimento de licitações das estatais, dado seu caráter

especial em relação à Lei nº 8.666/1993.

a) No que tange às *regras licitatórias*, importante destacar o entendimento exarado no §3º do artigo 28 da Lei nº 13.303/2016, que exige as empresas públicas e as sociedades de economia mista de observar os dispositivos de exigência de licitação (constantes no Capítulo I do Título II da referida Lei), nos casos de: comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas anteriormente mencionadas, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais, bem como nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

b) Ao tratar sobre as *hipóteses de dispensa e inexigibilidade das licitações*, a Lei das Estatais não fez grandes modificações, se comparada à Lei Geral das Licitações. Quanto ao regime de licitações dispensáveis, importante mencionar a alteração do valor limite para as dispensas de pequeno valor, com limites superiores aos constantes na Lei nº 8.666/1993. Para tanto, obras e serviços de engenharia terão o valor limite de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), enquanto para alienações, compras e outros serviços o quantum máximo é de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). No que tange à inexigibilidade, a nova lei reproduziu as situações em que houver inviabilidade de competição, em seu artigo 30.

c) Muito tem se debatido na doutrina sobre a *vigência das novas regras de licitação para as estatais*, do que se extrai da interpretação dos artigos 91, §3º, e 97 da Lei nº 13.303/2016. Nesse sentido, Ronny Charles aponta a existência de três correntes doutrinárias que defendem sua posição. Para a primeira, necessária uma interpretação lógica dos mencionados dispositivos, a partir da qual as regras da legislação anterior seriam mantidas para os contratos celebrados e as licitações já lançadas até a data de 30 de junho de 2016, com aplicação imediata da Lei nº 13.303/2016. A segunda defende uma interpretação literal do §3º do artigo 91 da Lei, segundo a qual as novas disposições somente valeriam a partir do prazo de 24 meses, preservando-se os contratos anteriormente celebrados e as licitações já iniciadas, em observação à legislação anterior. A terceira corrente, a qual o referido autor se filia, fundamenta-se numa interpretação sistemática, segundo o qual o prazo estatuído pelo §3º do artigo 91 deve ser compreendido juntamente com o caput e também com o artigo 97 da mesma Lei<sup>1677</sup>. Assim, o mencionado prazo de 24 meses funcionaria como um patamar máximo para que as estatais efetuem a preparação e adequação necessárias aos novos ditames. Após esse período, invariavelmente, as regras seriam aplicadas *in totum*.

d) No que diz respeito às *modalidades de licitação* a serem adotadas pelas estatais, o artigo 32, IV, enuncia a preferência pelo *pregão* (Lei nº 10.520) para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. Assim, as fases do procedimento de licitação devem seguir a ordem do pregão (com a qualificação das propostas e fase de lances antes de efetuada a habilitação dos licitantes), que preferencialmente deve ser o eletrônico.

e) A nova lei também dispôs, em consonância com o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), regulado pela Lei nº 12.462/2011, que a Administração poderá, a depender do desempenho da empresa contratada, estabelecer *remuneração variável*. Ainda, as estatais poderão efetuar *contratações simultâneas*, com a celebração de mais de um contrato para que um serviço de mesma natureza seja executado simultaneamente por mais de um contratado, dada a natureza do objeto da contratação.

1677 NETO, Fernando Ferreira Baltar; de TORRES, Ronny Charles Lopes. Direito Administrativo. 10ª ed. rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, Bahia, 2020, p. 376.

## 40.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado* – 25. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 32. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; de TORRES, Ronny Charles Lopes. *Direito Administrativo*. 10<sup>a</sup> ed. rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, Bahia, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo* – 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo* – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.



# CAPÍTULO 41 – REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: PRINCIPAIS INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À LEI Nº 8.666/1993

*Jordan Santos Rodrigues*

**SUMÁRIO:** 4.1.1. Fontes normativas, aplicação e aspectos gerais. 4.1.2. Principais inovações em relação à Lei nº 8.666/1993. 4.1.2.1. Regime de execução de contratação integrada. 4.1.2.2. Sigilo quanto ao orçamento. 4.1.2.3 Estrutura procedimental, modos de disputa e critérios de julgamento. 4.1.3 Referências bibliográficas.

## 4.1.1. FONTES NORMATIVAS, APLICAÇÃO E ASPECTOS GERAIS.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) foi instituído inicialmente pela Medida Provisória nº 527, posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.462/2011<sup>1678</sup> que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto Regulamentar nº 7.581/2011<sup>1679</sup>. O procedimento licitatório foi *originariamente* direcionado aos megaeventos esportivos realizados no país<sup>1680</sup>, como os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013 e a Copa do Mundo Fifa 2014<sup>1681</sup>. De igual maneira, a aplicação do regime também foi direcionada para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados, distantes até 350km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos eventos citados, conforme o art. 1º, III, da Lei nº 12.462/2011.

Nesse contexto, curioso apontarmos que o Regime de Diferenciado de Contratações foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro sob o argumento de que o país estava atrasado na realização das obras destinadas aos megaeventos esportivos. Com a proximidade dos campeonatos mundiais, à época com datas definidas, houve a necessidade de acelerar os procedimentos licitatórios, sob pena de ficarem inconclusas as obras necessárias a esse fim<sup>1682</sup>. Assevera Odete Medauar que “em essência, o RDC visa a tornar mais ágeis e céleres as licitações e a obter mais

1678 Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

1679 Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

1680 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*. p. 367.

1681 Lei 12.462/2011. “Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; [...]”

1682 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p. 538.

eficácia e eficiência nos contratos públicos relativos a essas situações, do que nas licitações e contratos comuns”<sup>1683</sup>.

Posteriormente, houve uma ampliação da aplicação do Regime Diferenciado de Contratação a partir de sucessivas modificações legislativas, em que novas hipóteses de aplicação do regime foram adicionadas no art. 1º da Lei nº 12.462/2011, a saber: a) nas ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (incluído pela Lei nº 12.688/2012); b) das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (incluído pela Lei nº 12.745/2012); c) das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação, reforma e administração de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (art. 1º, VI, da Lei nº 12.462/2011, alterado pela Lei nº 13.190/2015); d) das ações no âmbito da segurança pública (art. 1º, VII, da Lei nº 12.462/2011, alterado pela Lei nº 13.190/2015); f) das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (art. 1º, VIII, da Lei nº 12.462/2011, alterado pela Lei nº 13.190/2015); g) dos contratos de locação de bens móveis e imóveis (contratos *built to suit* ou “sob medida ou encomenda”), 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 (arts. 1º, IX, e 47-A, da Lei nº 12.462/2011, alterado pela Lei nº 13.190/2015); h) das ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (art. 1º, X, alterado pela Lei nº 13.243/2016); e i) das obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia (art. 1º, § 3º, da Lei nº 12.462/2011, alterado pela Lei nº 13.190/2015)<sup>1684</sup>.

No que se refere à utilização do Regime Diferenciado de Contratação, ressaltamos que esta é *facultativa*, de modo que o gestor público poderá optar ou não pela conveniência de sua utilização, podendo, ainda, decidir pela aplicação do regime disposto na Lei nº 8.666/1993<sup>1685</sup>, posto que ambos os regimes licitatórios coexistem em paralelo. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que “a adoção do RDC não é obrigatória para a construção dos estádios, aeroportos e obras de infraestrutura”, e acrescenta que “fica a critério da Administração Pública optar pelo regime de contratação que lhe parecer mais conveniente, dentre os da Lei nº 8.666/93 (empregada), da Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) ou da Lei nº 11.079/04 (parcerias público-privadas).”

Todavia, importante frisarmos que a opção pela utilização do RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/1993, salvo nos casos expressamente previstos na Lei nº 12.462/2011<sup>1686</sup>. Ademais, a lei prevê que, quanto aos *contratos administrativos* celebrados com base no RDC, estes deverão ser regidos pelas normas da Lei nº 8.666/1993, com exceção das regras específicas previstas na própria Lei nº 12.462/2011<sup>1687</sup>.

Por conseguinte, a Lei nº 12.462/2011, em seu art. 1º, §1º, indica que são *objetivos* do RDC: a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes (inciso I); b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público (inciso II); c) incentivar a inovação tecnológica (inciso III); d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública (inciso IV).

Em seguida, o art. 2º trata de elencar uma série de definições acerca dos termos utilizados para a aplicação do RDC, quais sejam: a) empreitada integral (inciso I); b) empreitada por preço global (inciso II); c) empreitada por preço unitário (inciso III); d) projeto básico (inciso IV); e) projeto executivo (inciso V) e f) tarefa (inciso VI). Quanto a esse ponto, cabe assinalarmos que as definições estampadas nos termos dos incisos I, II, III e VI são idênticas aquelas dispostas no art. 6º, da Lei nº 8.666/1993.

Ademais, salientamos a preocupação do legislador em elencar uma série de *princípios* a serem observados nas licitações e contratações realizadas pelo RDC, a saber: princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade,

1683 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*. p. 198.

1684 Cf. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*. p. 683–684.

1685 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4.ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016. p. 560.

1686 Lei 12.462/2011. “Art.1º [...] § 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei”.

1687 Lei 12.462/2011. “Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei”.

igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade<sup>1688</sup>, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. Acerca disso, acrescenta Odete Medauer que o *princípio da economicidade* é fruto de uma “inovação, pois os demais figuram na Lei nº 8.666/1993, salvo o da eficiência, inserido na CF, art. 37, caput, pela EC nº19/98”<sup>1689</sup>.

De mais a mais, a lei assinala em seu art. 4º, I a VII, que nas licitações e contratos realizados sob o Regime Diferenciado de Contratações, deverão ser observados uma série de *diretrizes*<sup>1690</sup>, como, por exemplo, a “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância” (art. 4º, VII).

Vale ressaltarmos que o legislador, em harmonia ao *princípio do desenvolvimento nacional sustentável* (art. 3º), prevê que as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar um conjunto de normas relativas à preservação do meio ambiente, o respeito à ordem urbanística, a proteção do patrimônio público e a promoção da acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida<sup>1691</sup>. A propósito, Rafael Oliveira afirma que o “RDC consagra a tendência da denominada ‘função regulatória da licitação’, segundo a qual a licitação não tem por objetivo apenas a busca pela economicidade nas contratações públicas, mas também a efetivação de outros valores constitucionais”<sup>1692</sup>.

## 41.2. PRINCIPAIS INOVAÇÕES EM RELAÇÃO À LEI Nº 8.666/1993.

### 41.2.1. REGIME DE EXECUÇÃO DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA.

A Lei do RDC prevê em seu art. 8º a admissão de cinco regimes na execução indireta de obras e serviços de engenharia, quais sejam: i) empreitada por preço unitário (inciso I); ii) empreitada por preço global (inciso II); iii) contratação por tarefa (inciso III); iv) empreitada integral (inciso IV); ou v) contratação integrada (inciso V). Nesse ponto, destacamos que o regime de execução de contratação integrada de obras e serviços de engenharia se caracteriza como uma inovação em relação aos demais regimes previstos na Lei nº 8.666/1993<sup>1693</sup>. Ademais, nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia, a Administração Pública deverá adotar, *preferencialmente*, o regime de contratação integrada, o da empreitada por preço global ou empreitada integral (art. 8º, §1º).

Na hipótese de inviabilidade de utilização dos regimes supramencionados, poderá ser adotado qualquer outro dos dispostos no art. 8º, sendo necessário, porém, que seja inserido nos autos do procedimento licitatório os *motivos* que justificaram a exceção adotada (art. 8º, §2º). Observamos que a utilização do regime de contratação integrada deverá ser técnica e economicamente justificada, de modo que o objeto envolva ao menos uma das seguintes

1688 Assinala Di Pietro, “o princípio da economicidade constitui aplicação da relação custo-benefício e já está inserido entre os aspectos submetidos à fiscalização contábil, financeira e orçamentária pelo Congresso Nacional, conforme artigo 70 da Constituição”. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p.538). Juarez Freitas, por sua vez, destaca que o princípio da economicidade tem por objetivo “vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor”. (FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 72).

1689 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*. p. 198.

1690 Ao ensejo, Rafael Oliveira observa que “são diretrizes que se encontram amparadas nos princípios da segurança jurídica (tanto no que tange à padronização dos objetos da contratação quanto dos instrumentos contratuais), da eficiência (no que se refere às variáveis de desempenho e de utilização das planilhas de custos dos licitantes) e da economicidade (na busca de maior retorno econômico para a Administração)”. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratos Administrativos*, 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *Livro eletrônico*. p. 171).

1691 Lei 12.462/2011. “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] § 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida”.

1692 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratos Administrativos*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *Livro eletrônico*. p. 171.

1693 Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratos Administrativos*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *Livro eletrônico*. p. 174.



condições: i) inovação tecnológica ou técnica; ii) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 9º, I, II e III). Assevera Rafael Oliveira, tratar-se de “contratação na modalidade *turn key* ou *EPC (Engineering, Procurement and Construction)*, similar ao que ocorre na empreitada integral, na qual o contratado fica obrigado a entregar a obra em condições de pleno funcionamento”<sup>1694</sup>.

Nesse contexto, é de grande importância sublinharmos, que no regime de contratação integrada o licitante vencedor deverá elaborar e desenvolver os projetos básicos 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 entrega final do objeto (art. 9º, §1º). Desse modo, não será necessário que haja um projeto básico previamente aprovado pela autoridade competente (art. 8º, §5º), já que a sua elaboração caberá ao contratado. Assim, concluímos que tanto o projeto básico quanto o executivo, além da execução da obra ou serviço de engenharia, constituem o objeto da contratação e se caracterizam como obrigação a ser cumprida pelo licitante vencedor<sup>1695</sup>.

Conforme dispõe a Lei do RDC, o instrumento convocatório deverá ser acompanhado do *anteprojeto de engenharia*, devendo este conter os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo outros requisitos expressamente previstos<sup>1696</sup>. Aliás, o Decreto Regulamentar nº 7.581/2011, em seu art. 3º, I, veda a participação direta ou indireta nas licitações da pessoa física ou jurídica que elaborar o anteprojeto de engenharia. De mais a mais, quanto ao *tipo de licitação*, *deverá ser* adotado no regime de execução de contratação integrada o critério de julgamento *técnica e preço* (art. 73, §2º, Decreto Regulamentar nº 7.581/2011).

No que tange ao *orçamento e o preço total* para a contratação, preleciona o art. 75 do Decreto Regulamentar que serão estimados com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em contratações similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica.

Por fim, destacamos que será vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados sob o regime de execução de execução integrada, exceto nas seguintes hipóteses: i) recomposição do equilíbrio econômico financeiro, devido a caso fortuito ou força maior; e ii) necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993 (art. 76, I e II, Decreto Regulamentar 7.581/2011).

#### 41.2.2. SIGILO QUANTO AO ORÇAMENTO.

A Lei do RDC dispõe de peculiar regramento quanto à *publicidade* dedicada ao orçamento estimado pela Administração para o objeto a ser licitado, denominado *orçamento sigiloso*. Conforme o disposto no art. 6º, da Lei nº 12.462/2011<sup>1697</sup>, o orçamento previamente estimado para a contratação será disponibilizado ao público *apenas e imediatamente após o encerramento do procedimento licitatório*. Nesse tocante, é imperioso observarmos que há expressiva diferença entre o regime de publicidade adotado pela Lei nº 12.462/2011 e aquele disposto na Lei nº 8.666/1993, afirmamos isso, pois, no que tange esta última, o orçamento estimado em planilhas de quantitativo e

1694 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratos Administrativos*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *Livro eletrônico*. p. 175.

1695 Neste ponto, é interessante observar que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 7º, §2º, I, ao contrário do regramento adotado no regime de contratação integrada, prevê que deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, devendo ser disponibilizado para exame dos interessados em participar do processo licitatório. Em seguida, o art. 4º, §2º, dispõe que o projeto básico constitui anexo do edital, dele fazendo parte integrante.

1696 Lei 12.462/2011. “Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: [...] § 2º No caso de contratação integrada: I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei; c) a estética do projeto arquitetônico; e d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade”.

1697 Lei 12.462/2011. “Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

preços unitários deverá ser anexado ao edital de licitação<sup>1698</sup>.

Ademais, ressaltamos que os parágrafos 1º e 2º do art. 6º da Lei do RDC, tratam de estabelecer *duas exceções quanto ao orçamento sigiloso*. A primeira hipótese é para o caso em que a licitação adote o critério de julgamento o *maior desconto*, assim, o orçamento previamente estimado constará do instrumento convocatório (art. 6º, §1º). Ainda, caso o julgamento por *melhor técnica* for o adotado, o valor do prêmio ou da remuneração deverá ser incluído no instrumento convocatório (art. 6º, §2º). Todavia, salientamos que a regra do orçamento sigiloso não se estende aos órgãos competentes para a fiscalização, pois o orçamento será estrita e permanentemente disponibilizado aos órgãos de controle externo e interno (art. 6º, §3º), de modo a preservar a fiscalização acerca da regularidade da atividade administrativa.

Outrossim, a lei prevê outra hipótese que excepciona a publicidade no Regime Diferenciado de Contratações, esta, porém, não relacionada especificamente ao orçamento. Preleciona o art. 15, §2º<sup>1699</sup>, que nos casos em que a licitação tenha por valor não superior a R\$ 150.000,00 para obras ou R\$80.000,00 para bens e serviços, inclusive de engenharia, é *dispensada* a publicação de extrato do edital no Diário Oficial ou em jornal diário de grande circulação. Neste caso, o edital poderá ser divulgado em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art. 15, §1º, II).

### 41.2.3. ESTRUTURA PROCEDIMENTAL, MODOS DE DISPUTA E CRITÉRIOS DE JULGAMENTO.

A estrutura procedimental do Regime Diferenciado de Contratações, conforme prevê o art. 12, da Lei nº 12.462/2011, é composta por *sete fases*, quais sejam: i) preparatória; ii) publicação do instrumento convocatório; iii) apresentação de propostas ou lances; iv) julgamento; v) habilitação; vi) recursal; e vii) encerramento. Nesse ponto, interessante destacarmos, diferentemente do disposto na Lei nº 8.666/1993, o legislador decidiu por estabelecer a *antecipação da fase de julgamento* em relação a de *habilitação*. Contudo, excepcionalmente, caso a autoridade competente entenda pela conveniência de se anteceder a fase de habilitação, a decisão deverá ser *motivada e expressamente* prevista no instrumento convocatório<sup>1700</sup>. Ademais, ressaltamos que a inversão de fases na licitação vem se tornando uma tendência legislativa e salutar na gestão dos procedimentos licitatórios, posto que acarreta maior celeridade à licitação, em que a Administração, após o término da fase de julgamento, procede a análise apenas dos documentos formais de habilitação do licitante vencedor<sup>1701</sup>.

O procedimento licitatório se inicia com a *fase preparatória*, correspondente à *fase interna*, em que se procede com a feitura dos atos preparatórios, como, por exemplo, a justificativa da contratação e da adoção do Regime Diferenciado de Contratação, a definição do objeto da contratação, dos requisitos de habilitação e demais exigências estabelecidas pelo art. 4º do Decreto Regulamentar nº 7.581/2011.

A *segunda fase* ocorre com a publicação do instrumento convocatório e dá início a *fase externa* da licitação. Acerca disso o art. 13º da Lei do RDC prevê que “as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial”, o parágrafo único, por sua vez, preleciona que a Administração Pública poderá determinar, como *condição de validade e eficácia*, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

O instrumento convocatório deverá conter, de forma clara e precisa, o objeto da licitação, vedadas especificações

1698 Lei 8.666/1993. “Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] § 20 Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...] II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários [...]”.

1699 Lei 12.462/2011. “Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório: [...] § 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo [...]”.

1700 Lei 12.462/2011: “Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: [...] Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório”.

1701 Cf. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitação e Contratos Administrativos*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Livro eletrônico. p. 178-179.

excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. Contudo, a lei estabelece a possibilidade de indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado<sup>1702</sup>. De mais a mais, salientamos a possibilidade de a Administração Pública exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, a solicitação de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, bem como a carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato (art. 7º, II, III e IV, Lei nº 12.462/2011). Por fim, o art. 8º do Decreto Regulamentar trata de minudenciar os elementos a serem definidos no instrumento convocatório, além dos anexos que o acompanharão (art.8º, §1º).

A terceira fase do procedimento corresponde a apresentação de propostas ou lances pelos licitantes, quanto a esta fase, a Lei do RDC e o Decreto Regulamentar nº 7.581/2011 tratam de diversos pontos que merecem destaque. Prevê o Regulamento que os licitantes deverão apresentar na abertura da sessão pública declaração de que atendam aos requisitos de habilitação, regra que também é estendida aos licitantes que se enquadrem como micro empresa ou empresa de pequeno porte (art.16, caput e §1º). Ademais, a comissão de licitação verificará a conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório quanto ao objeto e ao preço, sob pena de, motivadamente, os licitantes cujas propostas não estejam em conformidade com os requisitos serem desclassificados (art. 17º, caput e parágrafo único).

Cumpra salientarmos, que o art. 16<sup>1703</sup> da Lei do RDC assinala a possibilidade da adoção dos *modos de disputa aberto e fechado*, que poderão, ainda, ser combinados na forma do regulamento. No *modo de disputa aberto* os licitantes apresentarão suas propostas em sessão pública por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado (art. 18, caput, Decreto Regulamentar nº 7.581/2011).

Além disso, caso seja realizada sob a forma presencial, o Decreto Regulamentar prevê que os seguintes procedimentos deverão ser adotados: i) as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade; ii) a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e iii) a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas, exceto no caso de ser o detentor da melhor proposta, hipótese em que poderá apresentar novos lances sempre que esta for coberta, observado o disposto no parágrafo único do art. 18 (art. 19, I, II e III, Decreto Regulamentar nº 7.581/2011). Ainda, a possibilidade de apresentação de lances intermediários pelos licitantes durante a disputa poderá ser estabelecida pelo instrumento convocatório<sup>1704</sup>.

Por fim, o Regulamento prevê a possibilidade do *reinício* da disputa aberta, caso se verifique que a diferença entre a melhor proposta e a classificada em segundo lugar for de pelo menos dez por cento, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações (art. 21, Decreto Regulamentar nº 7.581/2011).

No que diz respeito ao *modo de disputa fechado*, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para sua divulgação e caso a licitação seja presencial, as propostas deverão ser apresentadas em envelopes lacrados, abertos em sessão pública e ordenadas conforme o critério de vantajosidade (art. 22, caput e parágrafo único, Decreto Regulamentar nº 7.581/2011).

É possível a *combinação dos modos de disputa aberto e fechado*, caso em que a disputa será realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória, conforme o art. 23 do Decreto Regulamentar. O art. 24, por sua vez, preleciona que os modos de disputa poderão ser combinados de duas formas: i) caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores

1702 Lei 12.462/2011. “Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá: I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses: a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão ‘ou similar ou de melhor qualidade’”.

1703 Lei 12.462/2011. “Art. 16. Nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento”.

1704 Decreto nº 7.581/2011. “Art. 20. O instrumento convocatório poderá estabelecer a possibilidade de apresentação de lances intermediários pelos licitantes durante a disputa aberta. Parágrafo único. São considerados intermediários os lances: I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotados os demais critérios de julgamento”.

propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e ii) caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas (art. 24, I e II, Decreto Regulamentar nº 7.581/2011)

O julgamento das propostas é a *quarta fase* do procedimento e deverá observar os parâmetros definidos no instrumento convocatório. Os seguintes critérios de julgamento são previstos pelo art. 25 do Regulamento: i) menor preço ou maior desconto; ii) técnica e preço; iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; iv) maior oferta de preço; ou v) maior retorno econômico.

O critério de *menor preço ou maior desconto* considerará o menor dispêndio para a Administração Pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório (art. 26), o critério de julgamento por *maior desconto* utilizará como referência o preço total estimado, fixado pelo instrumento convocatório (art.27).

No critério por *técnica e preço* deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, segundo fatores de ponderação objetivos previstos no instrumento convocatório (art. 29). Ademais, será utilizado *exclusivamente* nas licitações destinadas a contratar objeto de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica, ou, ainda, que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades oferecidas para cada produto ou solução (art. 28, I e II).

O critério de *melhor técnica ou conteúdo artístico*, por sua vez, poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, incluídos os projetos arquitetônicos e excluídos os projetos de engenharia e considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, segundo parâmetros objetivos inseridos no instrumento convocatório (art. 30 e 31). Em seguida, destaca o art. 32 que a comissão de licitação será auxiliada por uma *comissão especial*, de modo que esta deverá ser integrada por, no mínimo três pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame, que podem ser servidores públicos. Frisamos, ainda, que os membros da comissão especial responderão por todos os atos praticados, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que adotada a decisão (art. 32, parágrafo único).

O julgamento pela *maior oferta de preço* será utilizado nos contratos que resultem em receita para a Administração Pública (art. 33). Nas palavras de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “presume-se que se trate de contratos que têm por objeto a alienação de bens públicos ou a cessão de direitos, como, por exemplo, o de utilização de bens públicos, por meio de concessão, permissão ou autorização de uso”<sup>1705</sup>.

Quanto ao critério pelo *maior retorno econômico*, como é possível presumir pelo nome, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionar a maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato (art. 36). O critério deverá ser utilizado *exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência*, e este terá por objeto prestação de serviços, que poderá incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao órgão ou entidade contratante, na forma de redução de despesas correntes (art. 36, §1º e §2º). Ainda, a lei define como retorno econômico “o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço” (art. 36, §4º).

A *quinta fase* do procedimento licitatório é a *habilitação*. O art. 45 do Decreto Regulamentar nº 7.581/2011 assinala que será aplicado no RDC o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993, no que couber. Noutros termos, é dizer que deverá o licitante vencedor apresentar a documentação relativa à habilitação jurídica, a qualificação técnica, econômico-financeira, acerca de sua regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal<sup>1706</sup>.

Como já afirmamos, a *regra* é que a fase da habilitação ocorra posteriormente as fases de apresentação de proposta ou lances de julgamento, contudo, será possível anteceder-lá mediante ato motivado, desde que expressamente

1705 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*. p. 547.

1706 CRFB. “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...]”.

previsto no instrumento convocatório (art. 12, parágrafo único, Lei nº 12.462/2011). Malgrado, o art. 14<sup>1707</sup> da Lei do RDC estabelece ainda outras normas a serem observadas na fase de habilitação.

A *sexta fase* do procedimento corresponde à *fase recursal*, que será única e ocorrerá após o término da fase de habilitação. Prevê o art. 58 do Decreto Regulamentar, que havendo inversão de fases conforme alhures destacado, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas. Interessante observarmos que a lei prevê hipótese de preclusão (art. 53), caso os licitantes que desejarem recorrer em face dos atos de julgamento da proposta ou habilitação não manifestem imediatamente após o término de cada sessão.

Nesse sentido, as razões recursais deverão ser apresentadas no prazo de cinco dias contado a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, conforme o caso. Ademais, o prazo para contrarrazões recursais será de cinco dias úteis e começará imediatamente após o encerramento do prazo para apresentação das razões dos recursos (art. 54, §1º). Ainda, o art. 56 prevê que o recurso será dirigido à autoridade superior, mas por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, sendo que esta será responsável por apreciar a admissibilidade do recurso, bem como poderá reconsiderar da sua decisão anteriormente proferida no prazo de cinco dias úteis.

Diante disso, caso não ocorra a reconsideração, o recurso deverá ser remetido à autoridade superior, devendo, neste caso, a decisão ser proferida no prazo de cinco dias úteis, contado do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade. O acolhimento de recurso terá como efeito a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento (art. 57).

Por fim, o *encerramento* finaliza as fases do procedimento licitatório e corresponde a *sétima fase*. O art. 59 do Decreto Regulamentar nº 7.581/2011 expõe que após a finalização da fase recursal, a Administração Pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Por conseguinte, após a negociação o procedimento licitatório será encerrado e os autos encaminhados à autoridade superior, que poderá: i) determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis; ii) anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável; iii) revogar o procedimento por motivo de conveniência ou oportunidade; ou iv) adjudicar o objeto, homologar a licitação e convocar o licitante vencedor para assinatura do contrato, preferencialmente em ato único (art. 60, I, II, III e IV, do Decreto Regulamentar nº 7.581/2011).

### 41.3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 32. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. *Livro eletrônico*.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. *Livro eletrônico*.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed – Belo Horizonte: Fórum, 2018. *Livro eletrônico*.

OLIVEIRA, Rafael Rezende Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020. *Livro eletrônico*.

OLIVEIRA, Rafael Rezende Oliveira. *Licitação e Contratos Administrativos*. 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. *Livro eletrônico*.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. *Livro eletrônico*.

---

1707 Lei 12.462/2011. “Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte: I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação; II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases; III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado. Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC: I - será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável”.

---

# PARTE IX

## SERVIÇOS PÚBLICOS



# CAPÍTULO 42 – SERVIÇOS PÚBLICOS: PRESTAÇÃO DIRETA

*Monique Ahnert Kuster*

**SUMÁRIO:** 42.1. Conceito. 42.2. Limites Constitucionais. 42.3. Serviços públicos e outras atividades estatais. 42.4. Princípios inerentes aos Serviços Públicos. 42.5. Classificação. 42.6. Prestação dos Serviços Públicos. 42.7. Prestação Direta. 42.8. Referências bibliográficas.

## 42.1. CONCEITO

A Constituição Federal atribui, em seu artigo 175, a responsabilidade de prestação de serviços públicos ao Poder Público, seja de maneira direta ou em forma de concessão ou permissão.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Todavia, como se verifica, a Carta Magna não se ocupou de conceituar serviço público, nem mesmo as leis infraconstitucionais o fizeram, de modo que essa definição ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

Na concepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas”<sup>1708</sup>, sob regime jurídico de direito público.

Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1709</sup> define serviços públicos como atividades, também materiais, que o Estado compreende que não possam ficar relegadas à livre iniciativa, pois a prestação tem a finalidade de satisfazer um todo social que as consideram fundamentais em determinado tempo e lugar.

Neste sentido de definição por meio do marco local e temporal, Dinorá Adelaide Musetti Grotti ensina que “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico”<sup>1710</sup>. À luz do pensamento da autora, compreende-se que a qualificação de uma atividade como pública está intimamente relacionada à perspectiva do Estado sobre seu papel social. Sendo, portanto, uma escolha política, variável ao longo do tempo histórico.

1708 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 90.

1709 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 667.

1710 GROTTI, Dinorá. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.



Em sua obra, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>1711</sup> defendem que existem duas correntes principais na doutrina administrativista, que propõem conceituações distintas para serviços públicos: a corrente essencialista e a formalista. Na perspectiva essencialista, existiriam características essenciais que, quando presentes em determinada atividade, fazem com que esta, necessariamente, seja considerada serviço público. Em contrapartida, os defensores da corrente formalista entendem ser público todo serviço que a Constituição ou a legislação infraconstitucional assim determinam, independentemente de sua natureza.

Celso Antônio Bandeira de Mello, entretanto, entende que estas duas acepções não compõem, impreterivelmente, correntes distintas dentro da doutrina, mas elementos inerentes ao conceito de serviço público. Em suas lições, explica que

(...) a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu substrato material, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) traço formal indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa 'unidade normativa'.<sup>1712</sup>

Segundo o autor, o substrato material da atividade tida como serviço público diz respeito, portanto, às utilidades materiais que o Estado assume como próprias por serem entendidas como necessárias ou básicas para a Sociedade em dado período, como água, luz, transporte coletivo, etc.<sup>1713</sup> Essas atividades, salvo exceções, são excluídas da esfera de absoluta exploração da atividade econômica, do comércio privado.

Enquanto que, a atuação no âmbito econômico realiza-se conforme o regime do Direito Privado, a prestação de serviços públicos se dá, em regra, através das normas do Direito Público. E é nesta caracterização, pelo regime jurídico, que reside, à luz do que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1714</sup>, o outro elemento do conceito de serviços públicos, isto é, o elemento formal, que se refere à submissão das atividades a um regime jurídico-administrativo.

Há autores que incluem, ainda, um elemento material à definição de serviços públicos, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam conceito amplo, enquanto outros preferem um conceito restrito. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o material (atividades de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público).<sup>1715</sup>

Dessa forma, a autora defende a existência não apenas de dois elementos relativos ao conceito de serviços públicos, mas três: o material, o formal e o subjetivo. A noção dos aspectos materiais e formais aproximam-se daquela defendida por Bandeira de Mello, com a inclusão da defesa do componente subjetivo, que se refere à presença do Estado na prestação, titularização ou concessão do serviço.

Portanto, apesar de existirem distinções entre os diversos entendimentos doutrinários acerca da conceituação de serviços públicos, acredita-se que é possível auferir um conjunto de características que se apresentam na maior parte das doutrinas. Estes pontos de convergência são bem apresentados pelo autor Rafael Carvalho Rezende Oliveira que explica que "serviço público pode ser definido como uma atividade prestacional, titularizada, com ou sem exclusividade, pelo Estado, criada por lei, com o objetivo de atender as necessidades coletivas, submetida ao regime predominantemente público".<sup>1716</sup>

1711 ALEZANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 564.

1712 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 647.

1713 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 675.

1714 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 676.

1715 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 170.

1716 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 290.

## 42.2. LIMITES CONSTITUCIONAIS

Por óbvio, a definição de um conceito para serviço público é relevante para análise dos limites das possibilidades de conversão legislativa de atividades diversas em públicas. Poderia o Estado qualificar qualquer atividade como serviço público, submetendo-a ao regime de Direito Público?<sup>1717</sup> Existe uma natureza essencial intrínseca à atividade que a torna pública, como defende a chamada corrente essencialista?

É o Estado, por intermédio do Poder Legislativo, que converte em público ou não um dado serviço. Dessa forma, é possível a transformação de uma atividade em serviço público desde que respeite os limites constitucionais construídos em relação à ordem econômica.<sup>1718</sup>

Com efeito, o autor defende que “a atividade econômica caracterizada como serviço público, é retirada da livre iniciativa (*publicatio*), e a sua prestação por particulares somente será possível por meio de concessão e permissão”<sup>1719</sup>. Dessa maneira, a permuta do campo da livre iniciativa para o público não pode ser realizada com plena independência.

Bandeira de Mello explica que “à falta de uma definição constitucional, há de se entender que o constituinte se remeteu ao sentido comum da expressão, isto é, ao prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade”<sup>1720</sup>. Todavia, compreende-se que não há liberdade absoluta ao legislador.

A Constituição Federal elenca, “expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público federal”,<sup>1721</sup> como é o caso do serviço postal e do correio aéreo nacional, serviços de telecomunicações, aproveitamento energético de cursos d’água, entre outras atividades dispostas no art. 21, CRFB. Também prevê como públicos os serviços de seguridade social (art. 196, CRFB), saúde (art. 196, CRFB), assistência social (art. 203, CRFB) e educação (arts. 205 e 208, CRFB).

Destaca-se que “a enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva e (...) muitos serviços públicos serão da alçada exclusiva de Estados, Distrito Federal ou dos Municípios”<sup>1722</sup>, não apenas da União. Além disso, o fato de estes serviços serem incluídos no rol constitucional não significa que devam ser prestados exclusivamente pelo Poder Público ou excluídos, em absoluto, do campo particular. Mas este tema, que ingressa no campo da análise da prestação dos serviços, será tratado com maior detalhamento em tópico específico à frente.

O que é possível se concluir, pela análise do Texto Constitucional, é que existem algumas limitações para a definição de certas atividades como públicas. Existem serviços que não podem ser qualificados como públicos, assim como há aqueles que devem ser, obrigatoriamente. E no meio termo destes, existem aqueles que podem ser. Portanto, é neste meio termo (no caminho entre os dois extremos: “obrigação de ser” e “obrigação de não ser”) que há margem legal para a criação dos serviços públicos pelo legislador ordinário<sup>1723</sup>.

## 42.3. SERVIÇOS PÚBLICOS E OUTRAS ATIVIDADES ESTATAIS

De acordo com o Texto Constitucional, o Estado pode executar três tipos de atividade econômica: (1) intervenção no domínio econômico por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme art. 174, CRFB; (2) atividade econômica de monopólio do Estado, como é o caso da exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares (arts. 176 e 177, CRFB); e (3) serviços públicos<sup>1724</sup>.

Portanto, como se verifica, serviços públicos são uma modalidade de atividade econômica desempenhada pelo

1717 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 691.

1718 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 692.

1719 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 290.

1720 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 692.

1721 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 686.

1722 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 687.

1723 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 695.

1724 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 187.

Estado. Nesse sentido, Marçal Justen Filho<sup>1725</sup> explica que os serviços públicos se dão em situações de necessidades relevantes, cujo atendimento não pode ser deixado à sorte das leis da livre iniciativa, uma vez que há possibilidade de o mercado não ter interesse em realizar determinadas atividades, por serem estas pouco interessantes do ponto de vista financeiro.

Cotidianamente, é comum que toda atividade desempenhada pelo Estado seja designada como um serviço. Todavia, juridicamente é necessário estabelecer os limites entre as atividades que são enquadradas como serviços públicos e aquelas que, embora possam assemelhar-se à categoria, não podem ser assim classificadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello traz a distinção entre duas modalidades que muitas vezes são confundidas por se relacionarem intimamente no momento de prestação de determinadas atividades: os serviços e as obras públicas.

Em linguagem leiga, costuma-se designar como “serviço” tudo aquilo que o Estado faz ou, pelo menos, toda atividade administrativa por ele desempenhada. Assim, por exemplo, a construção de uma estrada, de uma ponte, de um túnel, de um viaduto, de uma escola, de um hospital, ou a pavimentação de uma rua podem aparecer, na linguagem corrente, como sendo um “serviço” que o Estado desempenhou. Juridicamente, entretanto, são obras públicas.<sup>1726</sup>

As obras públicas geram produtos estáticos, incorporados ao patrimônio imóvel de domínio público, enquanto que os serviços se caracterizam como uma atividade<sup>1727</sup>. Poderia se afirmar, portanto que a obra pública é um dos meios para a efetivação de determinados serviços públicos, seu suporte material. Enquanto uma obra pública é temporária, o serviço público é permanente.

O autor esclarece, ainda, a diferença entre os atos referentes aos serviços públicos e atos de poder de polícia administrativa, como perícias, exames e vistorias. Estas atividades podem ser interpretadas, por muitos, como uma modalidade de “serviço” que o Estado presta. Contudo, explica-se que estes visam restringir, limitar, condicionar os atos individuais em prol do interesse social, configurando-se como exercício do poder de polícia administrativa.<sup>1728</sup>

Assim, são inúmeras as atividades estatais que podem ser desempenhadas, dessa totalidade, apenas aquelas que atenderem às características elencadas no conceito de serviço público serão compreendidas juridicamente como tais.

## 42.4. PRINCÍPIOS INERENTES AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos são regidos, em regra, pelo regime do Direito Público e, portanto, obedecem aos princípios constitucionalmente definidos para a esfera da Administração Pública. Qualquer atividade administrativa, na realidade, deve atender ao interesse público e, portanto, deve se ater aos princípios do Direito Administrativo.<sup>1729</sup> Dessa forma, na prestação dos serviços públicos, o Estado deve observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme esculpido pelo art. 37 da Constituição Federal.<sup>1730</sup>

Nesse sentido, Maria Sylvania Zanella Di Pietro explica que “a sujeição ao regime publicístico é inerente ao próprio conceito de serviço público”,<sup>1731</sup> de maneira que, mesmo que estes sejam prestados por pessoa jurídica de direito privado ou entidade com esta natureza, como é o caso de uma empresa estatal, o prestador submete-se aos princípios que subordinam a Administração Pública.

Para além disso, a doutrina costuma identificar três princípios específicos inerentes à generalidade dos serviços

1725 JUSTEN FILHO, Marçal. *Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 536/566.

1726 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 682.

1727 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 683.

1728 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 684.

1729 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 291.

1730 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 635-636.

1731 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 180.

públicos, que são: os princípios da mutabilidade, continuidade e igualdade.<sup>1732</sup> Estes são comumente apontados como “leis do serviço público” ou “leis de Rolland”, por terem sido propostos pelo francês Louis Rolland, defendidos por doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, Jean Rivero, Jean Waline e Pierre Devolvé.<sup>1733</sup>

A Lei 8.987/1995, que disciplina a concessão e a permissão de serviços públicos, prevê em seu artigo 6º, §1º, a seguinte redação:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Na esteira do que define o referido diploma legal, Hely Lopes Meirelles<sup>1734</sup> enumera cinco princípios: (1) o da permanência, que seria referente ao princípio da continuidade; (2) da generalidade, que se assemelha ao chamado princípio da igualdade; (3) da eficiência, que corresponderia ao princípio da mutabilidade; (4) da modicidade, que exige que os serviços sejam prestados com tarifas razoáveis; (5) e o princípio da cortesia.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>1735</sup>, de modo semelhante, advoga pela existência dos princípios da continuidade, generalidade, mutabilidade e modicidade, mas exclui a ideia de princípio da cortesia e inclui o da igualdade.

O autor explica que o princípio da continuidade impõe a prestação ininterrupta do serviço; o da igualdade relaciona-se ao princípio da impessoalidade da Administração Pública, de modo que o serviço deve ser prestado de maneira igualitária a todos os destinatários, sem distinções; enquanto que o da generalidade refere-se ao princípio da universalidade, isto é, o serviço deve beneficiar o maior número possível de indivíduos. O princípio da mutabilidade abrange a ideia de atualidade prevista no art. 6º, §1º, Lei 8.987/1995; e, por fim, a ideia de modicidade corresponde à possibilidade de acesso financeiro ao serviço, impondo a prática de taxas e tarifas razoáveis.<sup>1736</sup>

Bandeira de Mello<sup>1737</sup>, por sua vez, elenca dez princípios, incluindo as noções de: obrigatoriedade, supremacia do interesse público, controle, motivação e transparência. O autor exclui os princípios de cortesia e eficiência (sendo este último criticado por parte da doutrina), mas mantém ideias como adaptabilidade e universalidade.

Em sua concepção, nos casos em que a prestação é exigida por lei, o Estado não pode ser omissivo, podendo ser responsabilizado por eventuais danos provenientes de sua omissão. Desta tese, extrai-se o princípio da obrigatoriedade.

Ao falar em supremacia do interesse público, Bandeira de Mello refere-se ao substrato obrigatório de quaisquer serviços públicos, que devem estar em conformidade com as necessidades e conveniências da coletividade. Por outro lado, ainda, ao defender o princípio do controle, o autor reporta-se à necessidade de fiscalização interna e externa das condições da prestação do serviço público. E, ao elencar a motivação como princípio inerente, faz referência ao dever de fundamentação das decisões tomadas pelo Poder Público ao tratar de tais serviços<sup>1738</sup>.

Independentemente das divergências doutrinárias quanto à definição de margens principiológicas, é nítido que os serviços públicos devem sempre atender aos princípios norteadores da função administrativa, tendo em

1732 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 677.

1733 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 291.

1734 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 677.

1735 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 291.

1736 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 292-293.

1737 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 678.

1738 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 678.

vista que o protagonista destes não é seu prestador, mas o usuário, sendo em função dele e em prol de seu interesse que o serviço existe.<sup>1739</sup>

## 42.5. CLASSIFICAÇÃO

Como asseveram Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, “não existe consenso na doutrina ou na jurisprudência no que concerne à adoção de uma classificação uniforme para os serviços públicos”<sup>1740</sup>. Os autores da doutrina administrativista estabelecem classificações de acordo com critérios diversos, seja conforme à natureza da prestação, ao objeto do serviço, destinatário, titular, dentre outros.

Uma linha de entendimento que originalmente foi defendida por Arnaldo de Valles<sup>1741</sup>, distingue os serviços públicos em próprios e impróprios. Para o autor, os serviços públicos próprios englobam aqueles prestados de modo direto (pelo Estado e seus agentes) ou indireto (por concessionários e permissionários). Enquanto que, os serviços impróprios são aqueles que não são assumidos pelo Estado, mas devido a sua necessidade coletiva, são autorizados, regulamentados e fiscalizados pelo Estado para serem exercidos por particulares. Estes últimos, na realidade, não seriam serviços públicos no sentido jurídico do termo, mas submetem-se ao regime destes, sendo denominados por alguns autores como serviços públicos autorizados.

(...) serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados; eles correspondem a atividades privadas e recebem impropriamente o nome de serviços públicos, porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.<sup>1742</sup>

Todavia, essa distinção é criticada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que sustenta que “essa classificação carece de maior relevância jurídica e padece de um vício que justificaria sua desconsideração”<sup>1743</sup>, uma vez que inclui atividades particulares no campo dos serviços públicos apenas pelo fato de esta atender ao interesse geral, o que não atende ao conceito jurídico de serviço público.

Hely Lopes Meirelles defende a classificação também em próprios e impróprios, mas em sentido diverso. Os serviços públicos próprios seriam aqueles relacionados às atribuições do Poder Público, como segurança, polícia, saúde, entre outros. Estes são executados diretamente pela Administração Pública, sem delegação a particulares. Por outro lado, os serviços públicos impróprios seriam aqueles que “não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente”<sup>1744</sup>. Essa prestação pode se dar através de órgãos da Administração Pública, entidades descentralizadas ou por delegação. Desse modo, percebe-se que o autor leva em consideração o tipo de interesse atendido e o sujeito que o exerce para classificar os serviços.

Alexandrino e Paulo<sup>1745</sup> apresentam uma classificação em linha semelhante, mas com denominação distinta e sem levar em consideração o caráter remuneratório do serviço. Trazem, pois, a discriminação entre: (1) aqueles que são propriamente estatais, ou típicos de Estado; e (2) aqueles que, embora sejam também públicos, podem ser prestados por particulares ou entidades de direito privado, mediante delegação.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira defende classificações a partir de cinco critérios distintos:

1739 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, p. 677.

1740 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 566.

1741 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 185.

1742 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editora Atlas, 20<sup>a</sup> edição, p. 185.

1743 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 185-186.

1744 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 186.

1745 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008, p. 566.

Os serviços públicos podem ser classificados a partir de critérios diversos, tais como: a) critério dos destinatários: *uti universi* e *uti singuli*; b) critério da titularidade federativa: federais, estaduais, distritais, municipais e comuns; c) quanto ao objeto: administrativos, econômicos e sociais; d) critério da essencialidade: essenciais e não essenciais; e) critério da titularidade estatal: próprios x impróprios (virtuais); e f) quanto à criação: inerentes e por opção legislativa.<sup>1746</sup>

A distinção entre os serviços públicos *uti singuli* e os *uti universi* também é defendida por Matheus Carvalho, que sustenta que os serviços *uti singuli* “são aqueles em que é possível mensurar o quanto cada usuário dele usufruiu e, por isso, a cobrança pode ser feita mediante o pagamento de taxas ou tarifas.”<sup>1747</sup> Nesse caso, o indivíduo, sem distinções discriminatórias, deve pagar a quantia proporcional à utilização do serviço, como ocorre na prestação de energia elétrica.

Os serviços *uti universi*, por sua vez, são os que, apesar de serem prestados a toda a coletividade, não podem ser mensurados individualmente, isto é, não é possível identificar a quantia utilizada por cada cidadão. Nesta modalidade o serviço é custeado pela receita arrecadada com a tributação, como ocorre com o serviço de limpeza pública.<sup>1748</sup>

A classificação quanto à titularidade diz respeito apenas às competências federativas previstas pelo texto constitucional, estando elas dispostas nos arts. 21, XII, “e”, art. 30, V e art. 23, todos da Constituição Federal.

Quanto ao objeto, esclarece-se que os serviços administrativos são aqueles que a Administração executa para atender suas necessidades internas. Os serviços sociais atendem necessidades coletivas, enquanto que os comerciais (econômicos ou industriais) são aqueles que produzem renda para seus prestadores, por meio de tarifas ou preço público, como é o caso do transporte público, serviços de água e energia.<sup>1749</sup>

Odete Medauar<sup>1750</sup> critica a expressão “serviços públicos administrativos”. Para a autora, essa classificação é equívoca por abranger todas as funções administrativas, incluindo atividades-meio, que não são usufruídas pela população diretamente e, portanto, não estariam inseridas na definição de serviço público.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>1751</sup> sustenta, ainda, a classificação quanto à essencialidade, sendo essenciais os serviços de necessidades pública, imprescindíveis à coletividade e que são,

prioritariamente, executados pela Administração Pública privativamente. Do lado oposto, os não essenciais seriam aqueles de utilidade pública, que podem ser dispensados e exercidos por particulares.

O próprio autor traz uma crítica a essa classificação explicando que, apesar de grande parte da doutrina relacionar a essencialidade à possibilidade ou impossibilidade de delegação do serviço, aquela não é critério desta, pois a forma de prestação é definida de acordo com a necessidade da autoridade estatal<sup>1752</sup>. Portanto, não é possível afirmar que a prestação exclusiva pelo Poder Público é consequência do grau de imprescindibilidade.

A classificação que discrimina os serviços de acordo com a forma de criação, através da qual se teriam: (1) serviços públicos inerentes e (2) serviços públicos por opção legislativa, parte do princípio de que existiriam serviços que são essencialmente públicos. Todavia, como foi visto anteriormente, é necessária a reunião de elementos e requisitos, formais e materiais, para que uma atividade será qualificada como serviço público.

## 42.6. PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Os serviços públicos são prestados pelo Estado visando atender às demandas de seus administrados. É justamente através da prestação do serviço público que o Estado faz valer os direitos dos cidadãos.

1746 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 294.

1747 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 647-648.

1748 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 648.

1749 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 422.

1750 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 313.

1751 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 296.

1752 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 296.

Verifica-se que nem todos os serviços públicos devem ser prestados exclusiva e diretamente pelo Estado. O Poder Público pode prestar esta modalidade de serviços de modo direto ou indireto, através de concessões ou permissões à iniciativa privada, na forma do art. 175, CRFB. Ressalta-se que o presente capítulo não se propõe a exaurir a totalidade de formas de prestação de serviços públicos, apenas apresentá-las genericamente e dar enfoque à prestação direta.

A Carta Magna prevê apenas dois serviços de prestação exclusiva do Estado: o serviço postal e o correio aéreo nacional, conforme se extrai do art. 21, X, CRFB. A partir deste mesmo artigo, interpreta-se, da leitura dos incisos XI e XII, que os demais serviços arrolados (como transporte rodoviário e ferroviário, energia elétrica, navegação aérea e aeroespacial, etc.), são atividades que o Estado não é obrigado a prestar por si mesmo, mas não o fazendo, deve promover-lhes a prestação mediante concessão ou permissão.

Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços de saúde, educação, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens constituem o grupo das cinco atividades que o Estado possui obrigação de prestar, mas sem exclusividade. Isso significa que são as “espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão”<sup>1753</sup>.

Acrescenta-se, ainda, que em relação aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, estes constituem a única modalidade que o Estado, “conquanto obrigado a prestar por si ou por criatura sua, é também obrigado a oferecer em concessão, permissão ou autorização”<sup>1754</sup>.

Deste modo, de acordo com o estabelecido pela legislação, resta esclarecido que, apesar de ser permitida a prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado ou sob forma de concessão ou permissão, a mera possibilidade não significa que todo serviço público pode ser concedido à iniciativa privada.

Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço. Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-los e a promover-lhes a prestação”<sup>1755</sup>.

Assim, distingue-se a (A) titularidade do serviço da (B) titularidade da prestação. O Estado detém a titularidade do serviço, mas pode conceder, permitir ou autorizar que entidades com natureza de pessoa jurídica de direito privado exerçam a titularidade da prestação. Ressalta-se, contudo, que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não há o que se falar em permissão ou outorga para a prestação, uma vez que “quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão”<sup>1756</sup>.

## 42.7. PRESTAÇÃO DIRETA

Na concepção de José dos Santos Carvalho Filho<sup>1757</sup>, a prestação direta dos serviços públicos é aquela em que o Estado é o titular e prestador do serviço. É a modalidade em que os órgãos da Administração Direta (desconcentração) ou entidades da Administração Indireta (descentralização) efetivam a prestação.

Como explica Hely Lopes Meirelles, a prestação direta é

(...) a realizada pelos próprios meios da pessoa responsável pela sua prestação ao público, seja esta pessoa estatal, autárquica, fundacional, empresarial, paraestatal, ou particular. Considera-se serviço em execução direta sempre

1753 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 689.

1754 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 689.

1755 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 681.

1756 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 681.

1757 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 246.

que o encarregado de seu oferecimento ao público o realiza pessoalmente, ou por seus órgãos, ou por seus prepostos (não por terceiros contratados). Para essa execução não há normas especiais, senão aquelas mesmas constantes da lei instituidora do serviço, ou consubstanciadora da outorga, ou autorizadora da delegação a quem vai prestá-lo aos usuários.<sup>1758</sup>

Ressalta-se, desse modo, que prestação direta não se confunde com a ideia de Administração Pública Direta, visto que aquela é possível de ser efetivada tanto por esta, quanto por autarquias, fundações e demais componentes da Administração Pública Indireta.

Hely Lopes Meirelles assevera que aqueles serviços que o Poder Público presta por seus próprios órgãos de Administração Direta seriam os chamados serviços centralizados, enquanto que aqueles em que há transferência de titularidade para as entidades autárquicas, fundacionais, empresas estatais, etc. seriam serviços descentralizados.

À exemplo de prestação direta de serviços públicos têm-se o ensino fundamental e médio, prestados pelos Estados e Municípios.

Cabe lembrar que os serviços públicos são de responsabilidade do Estado. Nesse sentido, há autores que entendem que, em certas atividades, é inapropriada a delegação de serviços públicos a particulares<sup>1759</sup>. Sobre esse tema, explica-se que:

Imaginar que todos e quaisquer serviços públicos – notadamente aqueles que demandam maior investimento na criação de infraestrutura – possam ser explorados diretamente pelo Estado é ingênuo, pois impossível. O Estado, por óbvio, não terá recursos para realizar todos os investimentos, e descumprirá seu dever constitucional de prestar os serviços públicos. Da mesma forma, imaginar que o Estado simplesmente deva delegar todos os serviços públicos para a iniciativa privada também não é uma visão adequada, eis que poderá haver casos em que a prestação de um serviço público é completamente antieconômica, sendo mais caro, ao fim e ao cabo, transferir a atividade a um privado do que atribuir sua prestação diretamente ao Estado.<sup>1760</sup>

Na perspectiva dessa discussão, o autor Fernando Vernalha Guimarães traz a sustentação de que “o sistema republicano impõe a reserva de certos poderes nas mãos do Estado com vistas a dotá-lo de condições suficientes para promover os valores e objetivos fundamentais constitucionais, como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana”.<sup>1761</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>1762</sup>, por sua vez, analisa que quando o serviço público é concedido ou permitido ao particular, entra um dado novo, a ideia de lucro. Ficando de um lado o objeto do serviço, que é o atendimento às necessidades coletivas e, de outro, a finalidade lucrativa da atividade empresarial privada.

Na realidade brasileira, em que se tem altas taxas de desigualdade social e elevado número de indivíduos que vivem em estado de pobreza ou miserabilidade, há dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de “obtenção de resultados bem sucedidos com o impropriamente chamado de movimento das ‘privatizações’, isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro”<sup>1763</sup>.

Recorda-se que há apenas duas espécies de serviços que são prestados exclusivamente pelo Estado e, dessa maneira, são indelegáveis: serviço postal e correio aéreo nacional.<sup>1764</sup> Portanto, aqueles serviços ligados diretamente

1758 MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 439.

1759 NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Prestação Direta e Indireta de Serviços Públicos: Limites à Transferência de Atividades Estatais para a Iniciativa Privada*. Revista Jurídica “Direito e Paz”. ISSN 2359-5035. Publicado em 08 de jun. 2016, p. 121-135. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3094318](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094318)>. Acesso em 31 de jun. de 2020.

1760 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 142-169.

1761 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 375-406.

1762 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

1763 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 679.

1764 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 688.



à garantia de direitos fundamentais, como saúde e educação, não foram incluídos no rol de serviços de prestação exclusiva, o que não significa que estes não serão prestados de forma direta pelo Estado. Pelo contrário, no caso destes “o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão”<sup>1765</sup>. O mesmo ocorre com os serviços de assistência social e de previdência social.

Conclui-se, portanto que, como demonstrado, a qualificação de um serviço como público, bem como as regras pertinentes a sua prestação, direta ou concedida, corresponde às preferências políticas de determinado contexto histórico-cultural.<sup>1766</sup>

A prestação direta dos serviços públicos é realizada pelo próprio Poder Público, que nesta hipótese detém a titularidade do serviço e da prestação, simultaneamente, e a exerce por meio de sua Administração ou entidades, nos moldes das disposições legais, levando em consideração a natureza e função da atividade desempenhada.

## 42.8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 31 ed. rev., atual. e ampl – São Paulo: Atlas, 2017.
- GROTTI, Dinorá. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As Parcerias Público-Privadas e a Teoria das Atividades Estatais Indelegáveis*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Contornos da atividade administrativa de fomento no direito administrativo brasileiro: novas tendências*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. *Direito Administrativo e Liberdade: Estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Prestação Direta e Indireta de Serviços Públicos: Limites à Transferência de Atividades Estatais para a Iniciativa Privada*. Revista Jurídica “Direito e Paz”. ISSN 2359-5035. Publicado em 08 de jun. 2016, p. 121-135 Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3094318](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094318)>. Acesso em 31 de jun. de 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense; São Paulo: Método, 2018.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Concessões de serviços públicos e investimentos em infraestrutura no Brasil: espetáculo ou realidade*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

1765 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 689.

1766 GROTTI, Dinorá. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 87.

## CAPÍTULO 43 – TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: PERMISSÃO, AUTORIZAÇÃO, CONCESSÃO E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP’S)

*Marinalva Maria da Conceição Silva Juvenato*

**SUMÁRIO:** 43.1. Terceirização dos serviços públicos. 43.1.1. Descentralização administrativa e delegação. 43.1.2. Novas formas utilizadas pelo Estado para a prestação dos serviços públicos. 43.2. Concessão de serviços públicos. 43.2.1. Legislação pertinente. 43.2.2. Conceito e noções gerais. 43.2.2.1. Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública. 43.2.3. Exigência de licitação. 43.2.4. Direitos e obrigações do concessionário. 43.2.5. Direitos e obrigações do Poder Público. 43.2.6. Direitos e obrigações dos usuários. 43.2.7. Prazo. 43.2.8. Remuneração da concessionária. 43.2.9. Responsabilidade na prestação do serviço. 43.2.10. Formas de extinção. 43.3. Permissão de serviço público. 43.4. Autorização de serviço público. 43.5. Parcerias público-privadas (PPP's). 43.5.1. Espécies de parcerias público-privadas. 43.5.2. Natureza contratual e objeto. 43.5.3. Características. 43.6. Referências bibliográficas.

### 43.1. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A fim de compreender a chamada terceirização ou prestação indireta dos serviços públicos, valioso é lembrar que a titularidade de tais serviços, dada sua importância e necessidade de atender as demandas da sociedade, pertence ao Estado. Porém, devido às diversas demandas e complexidades na prestação de tais serviços, optou, o Estado, em realizar parcerias, quando possíveis, para que os serviços sejam executados por pessoas diversas.

Paulo Macera ao tratar das acepções constitucionais dadas ao termo serviços públicos, afirma que “[...] esses seriam atividades revestidas de especial relevância social, com conteúdo econômico, cuja titularidade pertença por expressa disposição legal ou constitucional a determinada esfera federativa<sup>1767</sup>”.

Dessa forma, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que os serviços públicos podem ser prestados de maneira tanto direta, quanto indireta<sup>1768</sup>. A execução direta pressupõe que o próprio Estado, além de titular, é o prestador direto do serviço, ficando assim a carga da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, executá-los, através de seus órgãos (administração centralizada). Em contrapartida, na prestação indireta, a execução dos serviços é feita por entidades diferentes das pessoas federativas.

Na prestação indireta dos serviços públicos, continua sendo, o Estado, o titular dos serviços, que, de acordo com sua necessidade e conveniência, repassa a pessoas diversas dos entes federativos, a execução da prestação. Daí

<sup>1767</sup> MACERA, Paulo. Serviço público no século XXI: conceito e finalidades, *Revista digital de Direito administrativo da USP*, v. 3, n. 2, 2016, p. 336. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/114311>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

<sup>1768</sup> “Execução direta é aquela através da qual o próprio Estado presta diretamente os serviços públicos. Acumula, pois, as situações de titular e prestador do serviço. As competências para essa função são distribuídas entre os diversos órgãos que compõem a estrutura administrativa da pessoa prestadora.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 247).

porque ele, o Estado, continua exercendo um tipo de controle sobre essas outras pessoas, além de possuir ainda responsabilidades pela prestação dos serviços, ainda quando prestados de forma indireta.

Na esteira de tal discussão, tem-se o instituto da descentralização administrativa, assim definida por Celso Antônio Bandeira de Melo, como o atuar do Estado de forma indireta, “[...] pois o faz através de outras pessoas, seres distintos dele<sup>1769</sup>”, configurando, portanto, uma prestação de serviços descentralizada, que admite duas modalidades: a descentralização territorial e a descentralização institucional. Aquela definida como a transferência de funções de uma pessoa federativa a outra, e, esta, como a “[...] transferência do serviço do poder central a uma pessoa jurídica própria, de caráter administrativo, nunca de cunho político<sup>1770</sup>”.

Duas são as formas pelas quais o Estado processa a descentralização: (a) delegação legal, que é concretizada através de lei, e, (b) delegação negocial, a que se efetiva por meio de negócio jurídico público. Frisa-se que, em ambos os casos, ou seja, independente da forma, o Estado continua com a titularidade do serviço, delegando apenas sua execução. No primeiro modelo, o instrumento a ser utilizado é a lei, enquanto que no segundo, há formalização de um contrato<sup>1771</sup>.

### 43.1.1. DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E DELEGAÇÃO

Insta observar que a doutrina pátria, ao discorrer sobre a descentralização administrativa e suas formas, tem demonstrado entendimento divergente. Para Rafael Carvalho de Resende, na descentralização legal, o Estado transfere tanto a titularidade e a execução dos serviços para as entidades da administração indireta. Dessa forma, os serviços públicos seriam prestados de forma direta pelos entes da administração direta (desconcentração), bem como pelos integrantes da administração indireta (descentralização legal)<sup>1772</sup>. No mesmo sentido, Maria Sylvania Zanella di Pietro entende que na chamada descentralização por serviço, o ente descentralizado passa a deter a execução e titularidade dos serviços públicos<sup>1773</sup>.

Por conseguinte, a prestação indireta somente ocorreria quando, através de contrato de permissão ou concessão, o Estado delegaria a execução do serviço público a pessoa de direito privado (descentralização por colaboração).

Calha ressaltar o entendimento doutrinário de José dos Santos Carvalho Filho que esclarece que a titularidade do serviço público sempre será do Estado, cuja competência está prevista na Constituição Federal de tal forma que não pode ser renunciada ou transferida para outra pessoa. De tal modo, em ambos os casos, seja na delegação legal ou na negocial, o que diverge é apenas o instrumento operativo: de um lado a lei que cria a entidade e delega a ela a execução do serviço, e, de outro, o contrato, em que se concede ou permite a prestação de serviços públicos a pessoas já existentes<sup>1774</sup>.

### 43.1.2. NOVAS FORMAS UTILIZADAS PELO ESTADO PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Percebe-se que ao longo dos anos, o papel do Estado enquanto administrador e titular da prestação dos serviços públicos passou por profundas mudanças, verificadas principalmente a partir da década de 90, com a chamada reforma regulatória e, em decorrência de alterações de cunho econômico.

Nessa premissa, somente cabia ao Estado a prestação direta de tais serviços, sendo ainda mais exigido no período do então “Estado Social”, quando aumentou-se a demanda no campo social e econômico. Com o advento do “Estado social” surgiu para o Estado a necessidade de encontrar novas formas de gestão do serviço público em parceria com a atividade privada, dada as necessidades nos campos social e econômico, com a exigência de

1769 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed. 2019, p. 158.

1770 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.520.

1771 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 521.

1772 REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 297.

1773 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro digital, p. 939.

1774 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.521.

“investimentos financeiros e pessoal técnico especializado<sup>1775</sup>”.

Pode-se dizer que o incremento das formas contratuais de colaboração desenvolvidas entre a administração pública e os particulares esteve envolvido dentro do cenário do Estado liberal, através do desenvolvimento da economia e consequente expansão de prestação de serviços públicos. Necessário se fez a adequação a novos modelos para melhor executar suas atividades e atender as demandas da coletividade<sup>1776</sup>.

O Programa Nacional de Desestatização, incluído pela Lei nº 8.031, de 12.04.1990, posteriormente revogado pela Lei nº 9.491, de 09.09.1997, é considerado o primeiro grande passo para mudança de um Estado prestador, protecionista e interventor para atuar como agente regulador da atividade econômica<sup>1777</sup>. Dentre as mudanças observadas a partir de tal Lei destacam-se os objetivos do Programa, ao transferir à iniciativa privada a execução de atividades exploradas pelo setor público e, conseqüentemente, diminuir a dívida pública, além de permitir que o Estado concentre-se então, nas atividades que sejam prioritárias e fundamentais.

Insta observar que houve a passagem dos serviços descentralizados por delegação legal em serviços descentralizados por delegação negocial, já que as novas empresas (pessoas da iniciativa privada), através de concessão ou permissão, passaram a prestar os serviços.

Acrescente-se ainda à gama de mudanças: (1) a implementação da celebração de convênios de cooperação e consórcios públicos, como desdobramento da chamada gestão associada na prestação de serviços públicos<sup>1778</sup>, decorrente da reforma administrativa do Estado; (2) os Regimes de Parceria (Terceiro Setor) que também conferiu modernização estatal ao permitir a execução dos serviços públicos através de aliança entre o Poder Público e a iniciativa privada, as quais executará atividades para a coletividade de forma delegada pelo Poder Público; (3) A delegação contratual de serviço público que encontra-se consubstanciada pelo artigo 175 da Constituição Federal<sup>1779</sup>, permitindo a execução de serviços mediante delegação a particulares através de contratos de concessão, nos moldes da legislação específica.

Nessa senda, a fim de regulamentar a delegação contratual de serviços instituiu-se a Lei 8.987/95, que trata dos contratos de concessão de serviços públicos e dos contratos de permissão, assim como a lei 9.074/99 estabelece as normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos, no que tange a execução das atividades relacionadas ao serviço de energia elétrica.

Dessa forma, vê-se que a delegação contratual de serviço público fomenta as mais novas formas de gestão estatal, como, por exemplo, as parcerias público-privadas que são regidas pela Lei 11.079/04 e classificam-se como contratos de concessão de serviços públicos de natureza especial. Tais institutos serão doravante especificados.

## 43.2. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

### 43.2.1. LEGISLAÇÃO PERTINENTE

A concessão e permissão de serviços públicos encontram-se disciplinadas no texto constitucional e em leis infraconstitucionais. A Carta Magna, em seu artigo 22, XXVII, confere competência à União para legislar sobre licitações e contratos<sup>1780</sup>. Ainda, em seu artigo 175, afirma que: “*Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente*

1775 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público, *Artigo digital* v. 9, n. 42, 2007, p. 78. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/experiencia-brasileira-nas-concessoes-de-servico-publico>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

1776 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 523.

1777 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público, *Artigo digital* v. 9, n. 42, 2007, p. 80. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/experiencia-brasileira-nas-concessoes-de-servico-publico>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

1778 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 528.

1779 CRFB/98. ART. 175. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

1780 CRFB/98. ART. 22, XXVII. “Compete privativamente à União legislar sobre: 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, § 1º, III.”

ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” O mesmo artigo ainda estabelece o regime das empresas concessionárias e permissionárias, as condições de caducidade, fiscalização, rescisão contratual, dentre princípios que devem reger as concessões e permissões, como a política tarifária e a obrigação de manter o serviço adequado.<sup>1781</sup>

No âmbito infraconstitucional, em 1995, foi promulgada a Lei nº 9.074, reguladora das concessões e permissões, trazendo em seu bojo as regras atinentes a essas contratações. Vale observar que existem serviços públicos aos quais ela não se aplica, como o serviço de radiodifusão sonora de sons e imagens, que possui legislação específica.

A Lei nº 9.074/1995 trata da concessão comum, dividida em duas modalidades: (a) concessão comum de serviços públicos (art. 2º, II); (b) concessão comum de serviços públicos precedida de obra pública (art. 2º, III)<sup>1782</sup>, que serão tratadas a posteriori. Cabe destacar ainda, no âmbito normativo infraconstitucional, a Lei nº 11.079 de 30.12.2004 que instituiu o regime das parceiras público-privadas, tratando da concessão patrocinada e concessão administrativa, então modalidades especiais de serviços públicos.

Insta observar que ao art. 41 da Lei nº 8.987/1995, esclarece que as concessões, permissões e autorizações de rádio e televisão, não estão sujeitas à referida Lei.

### 43.2.2. CONCEITO E NOÇÕES GERAIS

Concessão de serviço público é definida, por José dos Santos Carvalho Filho, como o “[...] contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcios de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários”.

Alexandre Mazza, por sua vez, pontua que “[...] a concessão de serviço público é o mais importante contrato administrativo, sendo utilizado sempre que o Poder Público opte por promover a prestação indireta de serviço público mediante delegação a particulares”<sup>1783</sup>.

O serviço público, nessa relação jurídica, passa a ser executado pelo concessionário através de delegação feita pelo concedente, mediante concorrência, por prazo determinado e por conta e risco do executor, que pode ser pessoa jurídica ou consórcio de empresas (art. 2º, II).

Na concessão, estão presentes algumas relações jurídicas que conferem um caráter triangular para esse instituto. De um lado, o poder concedente transfere a execução dos serviços para o particular (vínculo principal). Este, o prestará para a coletividade, a quem caberá arcar com o ônus em prol do executor. Logo, há existências de vínculos sucessivos entre concedente/concessionário/usuário<sup>1784</sup>.

A concessão de serviços públicos disciplinada pela Lei nº 8.987/1995, trata das duas modalidades de concessão comum de serviços: a concessão simples e a concessão de serviço público precedida de obra pública. Naquela, o Poder Público somente delega o serviço público em si, enquanto nesta, além da prestação do serviço, delega-se a execução da obra<sup>1785</sup>. De todo modo, ambas são formas de delegação legal, apresentando características comuns e algumas divergências.

O objeto da concessão simples desdobra-se em dois aspectos: manifesta vontade da administração de dispor da execução de determinado serviço a terceiros (objeto mediato); e efetiva prestação do serviço para a coletividade (objeto imediato). Portanto, há, inicialmente, uma “diretriz administrativa pela qual se verifica a conveniência da concessão; depois, ajusta-se o contrato para atingir os fins alvitrados”<sup>1786</sup>.

1781 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.563.

1782 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.602.

1783 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.1003.

1784 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.566.

1785 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.313.

1786 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.566.

### 43.2.2.1. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PRECEDIDA DA EXECUÇÃO DE OBRA PÚBLICA

Conhecida na doutrina como concessão de obra pública, este tipo de concessão está disciplinada no art. 2<sup>a</sup>, III, da Lei nº 8.987/1995. Odete Medauar assim a conceitua:

Concessão de serviço público precedida de obra pública, também denominada concessão de obra pública consiste na construção, conservação, reforma, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder público, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para realizá-la por sua conta e risco, remunerando-se o investimento pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2<sup>o</sup>, III da Lei 8.987/95), por exemplo: construção de estrada com remuneração propiciada pelo pedágio<sup>1787</sup>.

Desta forma, o Estado além de transferir ao particular a prestação descentralizada do serviço, autoriza que ele previamente construa a obra, sendo o serviço público prestado após a execução dela.<sup>1788</sup> É, pois, uma concessão comum, com a particularidade de que antes de prestar o serviço, o concessionário deverá construir a obra às suas expensas, cuja posterior exploração será sua fonte de remuneração. Alexandre Mazza cita, a exemplo, a construção de uma ponte que, em seguida será cobrado pedágio dos usuários que a utilizarem como forma de amortizar o investimento.

Duplo será o *objeto* da delegação precedida da execução de obra pública: o primeiro é o contrato firmado entre concedente e concessionário para que este realize a obra; e, o segundo, desdobra-se na real concessão, momento em que o concedente, após a construção da obra, transfere sua exploração econômica para o concessionário.

O art. 2<sup>o</sup>, III da Lei nº 8.987/95, trata como concessão do serviço público precedida de execução de obra pública, a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público. Vale observar que a atividade de conservação prevista no referido inciso não guarda relação de antecedência ao serviço que será prestado, havendo, pois, coexistência, uma vez que poderá haver concessão em que a execução da obra ocorrerá de forma simultânea à prestação do serviço de conservação<sup>1789</sup>.

Quanto à *natureza jurídica* da concessão de serviço público não há integral conformidade entre a doutrina. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, define-a como uma relação jurídica complexa, que se compõe de um ato regulamentar do Estado, fixando de forma unilateral as condições da concessão; de um ato-condição em que o concessionário aceita o que fora estabelecido pelo Poder Público; e, de um contrato, que envolve as cláusulas estabelecidas<sup>1790</sup>.

Alexandre Mazza, por seu turno, considera que tanto a Constituição Federal (art. 175, parágrafo único, I), como a Lei nº 8.987/95 (art. 4<sup>o</sup>), consideram, de maneira clarividente, tratar-se de um contrato administrativo bilateral.<sup>1791</sup>

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho, também esclarece que a natureza jurídica das concessões é de contrato administrativo bilateral, que gera obrigações para os contraentes, sendo ainda, comutativo, formal e *intuitu personae*. A concessão, dada sua natureza, é submetida a regime de direito público e, supletivamente, admite-se a incidência de regras de direito privado.<sup>1792</sup>

A *natureza do concedente* é o Poder Público. No caso brasileiro, os entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios figuram como sujeitos concedentes. Quanto à *natureza do concessionário*, a Lei geral das licitações prevê que apenas as pessoas jurídicas ou consórcio de empresas podem ser delegatárias do serviço público.

Nos contratos de concessão, a *supremacia do poder concedente* ou desigualdade entre as partes é característica presente, visto que decorre da supremacia do interesse público sobre o privado, estando presente nesse tipo de contrato, as chamadas cláusulas exorbitantes, que conferem poderes contratuais especiais à Administração Pública.

1787 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 249.

1788 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 567.

1789 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p. 569.

1790 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed. 2019, p.757.

1791 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.1006

1792 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.572.

### 43.2.3. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO

O contrato de concessão sempre será precedido de procedimento licitatório, conforme previsão constitucional: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (art. 175, Caput, CRFB/88).

Por expressa previsão legal as regras gerais da Lei 8.666/1993 (lei das licitações), é aplicável aos contratos de concessão, não sendo possível aplicar-se dispensa de licitação ou sequer inexigibilidade de licitação. Nessa senda, o poder público, ao contratar, deverá revestir-se do seu caráter de impessoalidade, moralidade, igualdade, dentre outros, e, com o objetivo de buscar a melhor proposta, “proceder a uma licitação a fim de que se apresente os interessados, selecionando-se aquele que oferecer condições mais vantajosas.”<sup>1793</sup>.

A modalidade licitatória da concorrência é a estabelecida pela lei, tanto para a concessão simples como para a precedida de obra pública (art. 2º, II e III e 14, da Lei nº 8.987/95). Quanto à isso, Celso Antônio Bandeira de Mello faz a ressalva que na Lei nº 9.074/95, há previsão da modalidade de leilão em duas possibilidades quando nos serviços de telecomunicações, hipótese em que o serviço público esteja com empresas estatais e se queira retirar delas.<sup>1794</sup>

### 43.2.4. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONÁRIO

A Lei nº 8.987/1995, em seu art. 31<sup>1795</sup>, prevê as obrigações da concessionária, dentre as quais a de prestar adequado serviço<sup>1796</sup>, cumprindo as normas e cláusulas contratuais estipuladas e ser transparente na execução do serviço. No que tange aos direitos, Fernanda Marinela pontua a garantia contratual e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro<sup>1797</sup>, que deve ser mantido durante toda a execução contratual. Acrescenta ainda que “as empresas não podem ser obrigadas a desempenhar atividades estranhas ao objeto da concessão. Reconhecem-se o direito e a garantia de obediência a todas as limitações legais, instituídas ao poder concedente.”<sup>1798</sup>

Vale ressaltar ainda que cabe ao concessionário assumir o serviço em seu próprio nome, assumindo os riscos do empreendimento (art. 2º da Lei n. 8.987/95), respondendo pelos danos causados ao Poder Público, aos usuários e a terceiros.

Ao concessionário é permitido transferir seus encargos caso haja complexidade na atividade a ser desenvolvida. Dessa forma, poderá então contratar “com terceiros para o desempenho de atividades vinculadas, acessórias ou complementares ao serviço concedido”, através das regras de direito privado, já que não envolve a administração pública.

José dos Santos Carvalho Filho acrescenta que poderá ocorrer a subconcessão, através da qual o subconcessionário executa atividades no lugar daquele que lhe concedeu o encargo. A subconcessão somente é possível com autorização do Poder Público e previsão no contrato de concessão<sup>1799</sup>.

1793 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed. 2019, p.760.

1794 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed. 2019, p.761.

1795 Lei n. 8.987/95. Art. 31. Incumbe à concessionária: I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato; II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão; III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato; IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis; VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato; VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço. Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

1796 A noção de serviço adequado é assim definida no parágrafo 1º, art. 6º, da Lei n. 8.987/95: “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

1797 Dirley da Cunha Junior, ao tratar da tarifa na concessão de serviço público, esclarece que será “fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas na Lei nº 8.987/95, no edital e no contrato.” Dessa forma, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro, “os editais poderão prever mecanismos de revisão das tarifas”. Considera-se ainda mantido o equilíbrio financeiro sempre que as condições do contrato forem mantidas (art. 10, da Lei nº 8.987/95). Cf. JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Editora Jus Podivm, 2015, p. 528.

1798 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.607.

1799 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.593.

### 43.2.5. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO PODER PÚBLICO

Como já afirmado anteriormente, as concessões são contratos administrativos e, como tal, estão sujeitas às cláusulas exorbitantes, ou seja, aos poderes especiais, também conhecidos como prerrogativas de direito público, conferidas à administração pública, que garante a esta o caráter vertical na relação jurídica.

O art. 58, da Lei n. 8.666/1993 enumera essas prerrogativas de direito público conferidas à administração: (a) alteração unilateral do contrato; (b) extinção unilateral do contrato; (c) fiscalização da execução do contrato; (d) aplicação de sanções; (e) decretação de ocupação temporária de bens, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, nos casos de serviços essenciais.

Ressalta-se ainda que ao realizar contratos de concessão, o Poder público possui encargos ou deveres que estão expressos no art. 29 da Lei geral de concessões, dentre os quais podemos citar a regulamentação do serviço concedido e fiscalização permanente de sua execução; a obrigação de cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares e de permanentemente zelar pela boa qualidade do serviço.

Acrescenta-se ainda que, o art. 32 do referido diploma legal, prevê a possibilidade de ser decretada intervenção na concessionária, a fim de “assegurar a adequada prestação do serviço”, situação em que a gestão da empresa fica temporariamente sob o controle do poder concedente<sup>1800</sup>.

### 43.2.6. DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS USUÁRIOS

O usuário é a figura estelar da prestação do serviço público, tendo em vista que o serviço é instituído unicamente em seu favor.<sup>1801</sup> Dessa forma, a legislação confere o direito à prestação desses serviços, sendo atendidas todas as condições necessárias a essa obtenção.

Os direitos dos usuários são regulados pelas Leis n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), bem como pela Lei n. 8.987/1995 (Lei geral das concessões).

No Código de Defesa do Consumidor, são encontrados vários dispositivos referentes à política Nacional das Relações de Consumo, como o inciso X, do art. 6º ao afirmar que “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” constitui direito básico do consumidor. Por seu turno, o art. 22 dispõe a obrigatoriedade dos órgãos públicos fornecer serviços adequados, eficientes e seguros, seja através de si próprio ou de suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento.

O art. 7º da Lei geral de concessões estabelece diversos direitos aos usuários, dentre os quais: o recebimento de serviço adequado (definido no art. 6º, parágrafo primeiro, como o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas), a obtenção de informações para defesa de interesses individuais e coletivos, a liberdade de comunicar às autoridades competentes, os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço. Frise-se que o rol do art. 7º não é exaustivo, podendo-se encontrar mais direitos em outros dispositivos legais.

Insta observar que a Lei 13.460/2017, que trata da participação, proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos da Administração pública, trouxe medidas inovadoras de proteção em favor dos usuários, como a Carta de Serviços do Usuário, que estabelece a veiculação de informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados.<sup>1802</sup>

No que tange às obrigações dos usuários, destaca-se o dever de pagar a tarifa pelo serviço utilizado, bem como “contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos, por meio dos quais lhes são prestados os serviços.”<sup>1803</sup>

1800 MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro eletrônico, p.1014.

1801 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed., 2019, p.791.

1802 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed. 2019, p.795.

1803 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.609.



### 43.2.7. PRAZO

Quanto aos prazos dos contratos de concessão, a Lei n. 8.987/1995, estabelece que eles devem possuir prazo determinado (arts. 2º, II e III, 18, I). A concessão por prazo indeterminado privilegiaria um determinado particular, privando outros da possibilidade de participar da concorrência e colaborar com o Poder Público, caso fosse ganhador da licitação.<sup>1804</sup>

O limite do prazo, porém, não foi previsto. Dessa forma, caberá às legislações específicas dos entes federados estabelecê-lo, ou, o Poder concedente, o fará em cada contrato, na falta da legislação específica.<sup>1805</sup>

Existe possibilidade de prorrogação do contrato, desde que se inicie quando termine o prazo original e as condições da prorrogação devem figurar com cláusula geral do ajuste do contrato. Ocorre a possibilidade também de, antes do término do contrato, as partes já acordem a prorrogação, caso em que a Administração pública fará a “fundamentação detalhada e transparente, as razões técnicas e administrativas que o impeliram à antecipação.”<sup>1806</sup>

### 43.2.8. REMUNERAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA

Nos contratos de concessão disciplinados pela Lei n. 8.987/1995, a remuneração da concessionária é operacionalizada, basicamente, de duas formas: (a) através da cobrança de tarifas dos usuários do serviço público, e (b) instituição de receitas alternativas.

A previsão da cobrança de tarifas é fixada nos termos da proposta vencedora na licitação, devendo haver ainda, previsão de atualização e revisão durante toda a execução do contrato, para que o equilíbrio-econômico financeiro seja preservado. Quanto à instituição de receitas alternativas também deve haver previsão editalícia e do contrato de concessão (arts. 11 e 18, VI, da Lei n. 8.987/1995).

### 43.2.9. RESPONSABILIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

No que se refere à responsabilização civil das concessionárias de serviço público, há incidência do art. 37, parágrafo 6º, da CRFB/1998. Por conseguinte, a concessionária ou permissionária de serviços públicos, encontra-se sob o regime da responsabilidade civil objetiva caso ocorra danos relacionados à prestação do serviço público. Celso Antônio Bandeira de Melo, em relação à responsabilidade do concessionário, assinala que a “responsabilidade pelos prejuízos causados a terceiros e ligados à prestação do serviço governa-se pelos mesmos critérios e princípios retores da responsabilidade do Estado, pois ambas estão consideradas conjuntamente no mesmo dispositivo constitucional.”<sup>1807</sup>

Tal responsabilização será independente da comprovação de dolo ou culpa, bastando haver o nexo de causalidade entre a atividade e o dano sofrido.

Em relação à condição da vítima, são qualificados como sujeitos passivos do dano tanto o usuário do serviço, quanto os terceiros, não usuários.

Vale a ressalva que a doutrina e jurisprudência fazem em relação às condutas omissivas que podem ser praticadas pelas concessionárias, caso em que aplicável será a responsabilização subjetiva e, por conseguinte, a exigência da prova do elemento subjetivo, o dolo ou a culpa<sup>1808</sup>.

Em relação à responsabilidade do Poder concedente em decorrência de atos praticados pelos concessionários, Fernanda Marinela esclarece que será aplicada a teoria da responsabilidade subsidiária. Isso significa que, não sendo possível a delegatária indenizar os danos que causar, o particular não poderá ter seus direitos omitidos, cabendo então ao Estado, ressarcir os danos, já que a responsabilidade pela prestação do serviço é dele (Poder Público). No

1804 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.603.

1805 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p.277.

1806 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.603.

1807 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 34. ed. 2019, p.804.

1808 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.608.

momento em que decide transferir essa responsabilidade ao particular, não poderá “eximir-se de quaisquer danos causados em consequência dessas medidas.”

### 43.2.10. FORMAS DE EXTINÇÃO

A Lei n. 8.987/95 prevê as possibilidades pelas quais pode ocorrer a extinção da concessão. O art. 35 assim estabelece: (a) advento do termo contratual; (b) encampação; (c) caducidade; (d) rescisão; (e) anulação; (f) falência ou extinção da empresa concessionária ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

O advento do termo contratual ocorrerá sempre que se findar o término do prazo estipulado no contrato. Constitui, portanto, uma situação natural e automática de extinção da concessão. A encampação, por sua vez, é a extinção antecipada do contrato que, por razões de interesse público, será operacionalizada pelo Poder concedente. Há necessidade de lei autorizativa, além de pagamento prévio de indenização ao concessionário.

A caducidade decorrerá do descumprimento total ou parcial do contrato de concessão por parte da concessionária. Nesse caso, não haverá indenização prévia, vez que houve inadimplemento contratual. Ressalva-se, entretanto, os chamados bens reversíveis, ou seja, os bens da concessionária, necessários à prestação do serviço, que serão transferidos ao patrimônio do Poder concedente, ao final do contrato de concessão, mediante indenização, uma vez que não se admite o confisco.<sup>1809</sup> A caducidade será precedida de processo administrativo.

No que se refere à rescisão, ao contrário da caducidade, ocorrerá por motivos de descumprimento contratual por parte do Poder concedente, permitindo que parta da concessionária o pedido de extinção do contrato, que será declarado por sentença judicial. Ressalta-se que o inadimplemento deve ser grave e sério para ensejar a rescisão. Ao concessionário, nesse caso, é garantido o direito de indenização.

Sempre que for identificada alguma ilegalidade na licitação ou no contrato de concessão, a anulação será a forma de extinção da concessão a ser utilizada. Rafael Carvalho Rezende Oliveira pontua que a anulação pode ser declarada pela própria via administrativa, através do poder de autotutela, ou, pela via judicial. Em ambos os casos, garante-se o contraditório e a ampla defesa. Caso não seja o causador do vício e nem tenha agido de má fé, caberá indenização ao concessionário.

Extingue-se ainda, a concessão, caso ocorra o desaparecimento ou falência da empresa concessionária.

A extinção da concessão produzirá consequências, como o retorno ao Poder concedente de todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, bem como a imediata assunção do serviço pelo Poder concedente que poderá ocupar e utilizar de todos os bens reversíveis.

Insta observar que a lei não prevê de modo exaustivo todas as hipóteses de extinção da concessão, de modo que outros institutos possam complementar as formas de extinção dos contratos.

## 43.3. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Assim como na concessão de serviço público, a permissão é o instituto através do qual o Estado delega a prestação do serviço público a particulares. Sua previsão constitucional e infraconstitucional são as mesmas aplicáveis à concessão de serviço público.

É conceituada por Dirley da Cunha Júnior como um “[...] contrato através do qual a Administração delega, a título precário, e mediante licitação, a prestação de serviços públicos à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”<sup>1810</sup>

Através da conceituação, percebe-se que a permissão possui características que a igualam à concessão, sendo a ela aplicadas as mesmas regras de direito público, principalmente no que tange à exigência de prévia licitação, responsabilização pelos serviços prestados, cobrança de tarifas para remunerar-se, dentre outros.

1809 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.234.

1810 JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Editora Jus Podivm, 2015, p.534.

Em relação ao objeto da permissão, também iguala-se à concessão, de modo que o objeto mediato, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, indica uma diretriz administrativa a ser executada, e, o objeto imediato, é a própria execução do serviço em si. O mesmo autor acentua que a natureza jurídica da permissão sempre foi de ato administrativo, e isso a distinguiu da concessão de serviço público, em que a natureza jurídica é de contrato administrativo.<sup>1811</sup> Ressalta que com a edição da Lei n. 8.987/95, tal diferenciação não mais existe, visto que o art. 40 afirma que a natureza jurídica da permissão é de contrato de adesão. Além do mais, o próprio STF, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade 1.491/DF, decidiu que não há qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão. Por conseguinte, a doutrina majoritária entende que a permissão está submetida às mesmas regras da concessão.

De todo modo, há pontos divergentes que merecem ser pontuados. Esses são observados quando analisando a definição dos institutos (art. 2º, II e IV): (a) o contrato de permissão é firmado com pessoa física ou jurídica, ao passo que na concessão, pode-se contratar com pessoa jurídica ou consórcio de empresas; (b) no conceito de permissão, há “título precário”, o que não existe na concessão.

Essa “diferenciação”, por assim dizer, é criticada por alguns doutrinadores, como Matheus Carvalho e José dos Santos Carvalho Filho, que afirmam não ser possível conciliar a precariedade com o contrato, já que havendo formalização deste, o instituto não será precário, pois a administração pública não pode rescindir unilateralmente o contrato sem indenizar a permissionária. Dessa forma, não seria a precariedade elemento diferenciador entre a permissão e concessão de serviços públicos.

Rafael Carvalho de Rezende salienta que essas diferenças formais, apontadas pela doutrina, e que foram retiradas da interpretação literal da legislação, “não são suficientes para estabelecer a distinção entre concessão e permissão, especialmente pelas características comuns desses institutos jurídicos<sup>1812</sup>.”

No que se refere à remuneração das permissionárias, por força do art. 40 da Lei n. 8.987/95, será realizada através da exploração do serviço (cobrança de tarifas aos usuários), assim como ocorre com as concessionárias, bem como de outras fontes de receitas que estejam ligadas à prestação e exploração do serviço.

Em relação à modalidade de licitação, a Lei n. 8.987/95, previu a concorrência para as concessões (inciso II, art. 2º), porém, não o fez para as permissões (inciso IV, art. 2º). Como não há a mesma obrigatoriedade descrita na lei, poderá o Poder Público, escolher outras modalidades de licitação para contratar com seus permissionários.

## 43.4. AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Autorização de serviço público é conceituada por alguns doutrinadores, dentre eles, Dirley da Cunha Júnior, como “ato administrativo unilateral, discricionário e precário, por meio do qual a Administração Pública faculta ao terceiro interessado a prestação de serviços públicos.”<sup>1813</sup>

Fernanda Marinela, por sua vez, acrescenta que a “autorização de serviços públicos é efetivada na realização de um interesse particular, não podendo, de forma alguma, prejudicar o interesse coletivo.”<sup>1814</sup>

Esta autora afirma ainda que, sendo ato administrativo unilateral, poderá o Poder Público, sem obrigação de indenizar, revogar a autorização quando lhe for conveniente. Diferentemente da concessão e da permissão, a autorização não depende de licitação, sendo o serviço prestado no interesse do beneficiário, cabendo ao autoritário executá-lo por sua conta e risco.<sup>1815</sup>

José dos Santos Carvalho Filho, de modo incisivo, esclarece que “não há autorização para prestação de serviço público”. Para o referido autor, a delegação da prestação de serviço público é realizada através de concessão ou

1811 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.620.

1812 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p. 224.

1813 JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Editora Jus Podivm, 2015, p.232.

1814 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.631.

1815 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Livro digital, p.637.

de permissão, conquanto que, na autorização, o Poder Público realiza um consentimento para que o particular “desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público.”<sup>1816</sup> Afirma este autor que a autorização é o instituto adequado para que o próprio autorizatário desempenhe as atividades de seu interesse.

Contribuindo com esse entendimento, Matheus Carvalho apõe que o art. 175 da Constituição Federal, tratando da delegação de serviços públicos, o fez somente através da concessão e permissão. A autorização, desse modo, será cabível em duas hipóteses, quais sejam, no interesse do particular em utilizar determinado bem público e a autorização de polícia a fim de “permitir a particulares o exercício de atividades materiais que dependem de fiscalização estatal”.<sup>1817</sup> Cita-se a exemplo a autorização para portar arma de fogo.

Para tais autores, a Constituição Federal, no art. 175, ao tratar da delegação de serviços, menciona apenas as modalidades de concessão e permissão, não fazendo qualquer referência à autorização. Daí porque alguns autores citam que os serviços considerados de utilidade pública são os serviços que podem ser autorizados e prestados por particulares.

### 43.5. PARCEIRAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP'S)

Consagradas no ordenamento jurídico brasileiro como concessão especial de serviços públicos, as chamadas parcerias público-privadas (PPP's) estão disciplinadas na Lei n. 11.079/2004, cuja base normativa constitucional é o art. 22, XXVII, CRFB/1998, que fixa competência legislativa para editar normas gerais sobre contratação e licitação, com incidência sobre todas as pessoas federativas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ressalta-se que há particularidades na lei 11.079/2004 aplicáveis à União. Às parcerias público-privadas é também aplicável, de forma subsidiária, a Lei Geral das concessões (Lei n. 8.978/95) e a Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93).

As parcerias público-privadas são conceituadas como “acordos firmados entre o particular e o poder público com o objetivo de prestação de serviços públicos de forma menos dispendiosa que o normal, podendo-se ainda admitir o fornecimento de bens ou execução de obras.”<sup>1818</sup>

Fernanda Marinela adiciona ao conceito que este acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado, é realizado “[...] mediante o financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de riscos e dos ganhos entre os pactuantes.”<sup>1819</sup>

A mesma autora comenta que existem críticas doutrinárias em relação à terminologia aplicada às Parcerias público-privadas, pois como se trata de um contrato onde os interesses “são divergentes, contrapostos e não comuns”, além do mais, o parceiro é pessoa do setor privado, não trazendo consigo nenhum atributo considerado especial em relação às pessoas com quem o Estado contrata nas concessões simples. Dessa forma, a expressão torna-se imprópria.

No mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho<sup>1820</sup> também manifesta sua discordância com o termo “contrato de parceria”, alegando ser evidente que “onde há contrato (tipicamente considerado)”, será contraditório falar em “parceria em seu sentido verdadeiro”. Do mesmo modo, ao contratar com o setor privado, a Administração Pública, contrata com alguém que, por sua natureza, aspira lucros ou vantagens na execução do serviço ou da obra pública.<sup>1821</sup> Em contrapartida, parceria seria caracterizada como “cooperação mútua, técnica e financeira, com objetivos comuns (e não contrapostos, como ocorre nos contratos em geral) e sem fins lucrativos.”

1816 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.654.

1817 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Livro eletrônico, p.683.

1818 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Livro eletrônico, p.668.

1819 MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Livro eletrônico, p.617.

1820 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.633.

1821 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.633.

### 43.5.1. ESPÉCIES DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei n. 11.079/2004 prevê, em seu art. 2º, duas espécies de contratos de parcerias:

a) Concessão patrocinada – é o contrato de prestação de serviços ou de obra pública. Nesse tipo de concessão, além do concessionário obter remuneração através de tarifas pagas pelo usuário, haverá, ainda, contraprestação pecuniária realizada pelo poder público.

b) Concessão administrativa – é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, mesmo que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Nesse tipo de concessão, a remuneração do concessionário será feita integralmente pelo Estado, já que não há previsão de cobrança de tarifas aos usuários.<sup>1822</sup>

### 43.5.2. NATUREZA CONTRATUAL E OBJETO

A natureza jurídica das parcerias público-privada é de contrato administrativo, resultante do acordo de vontades entre o poder público e o concessionário do setor privado. Objetiva-se a implantação ou gestão de serviços públicos, geralmente de grande vulto, podendo ocorrer fornecimento de bens e ser precedido ou não de obra pública. O objeto é a prestação do serviço de interesse público.

Diferentemente das concessões comuns, nesse tipo de contrato administrativo, o particular presta o serviço em seu nome, porém, não assumindo sozinho todo o risco do empreendimento, visto que há prestação pecuniária. Isso significa que os custos com a prestação dos serviços incumbem à pessoa privada, mas essa será ressarcida pelo poder público no curso do contrato.<sup>1823</sup>

### 43.5.3. CARACTERÍSTICAS

Dentre outras características aplicadas às PPPs, podem ser citadas:

a) *Compartilhamento de riscos* – significa que a parceria público privada é permeada pela solidariedade entre os contratantes de modo que o “Poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro no caso da eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit”<sup>1824</sup> (“a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.” art. 5º, inciso III, da Lei n. 11.079/2004). Em decorrência de tal característica, fundamental é que o Poder concedente exerça efetivo controle sobre a gestão do empreendimento ou suportará as consequências desastrosas da má execução do contrato.

b) *Financiamento do setor privado* – tal característica é decorrente da necessidade que o setor público teve de utilizar-se da iniciativa privada, através de contratos de concessão, buscando recursos financeiros do particular para executar ou implementar serviços públicos do qual o Estado tenha dificuldades de realizar sozinho, como obras e serviços de grande porte. Por conseguinte, essa contratação com a iniciativa privada favorece a efetivação dos serviços e sua prestação para a coletividade, para que a Administração Pública não arque sozinha com a integralidade dos investimentos necessários.

Vale lembrar que esses contratos pautam-se segundo os princípios de transparência da administração pública, bem como nas regras de responsabilidade fiscal.

c) *Pluralidade compensatória* – também chamada de variabilidade remuneratória. É decorrente da contraprestação pecuniária, dever do Poder concedente para com a iniciativa privada. Desta feita, o parceiro privado goza de garantias de percepção diversas a serem pagas pelos cofres públicos, como a forma de pagamento direto, em que o Poder público disponibiliza valores em estabelecimento bancário. É a chamada ordem bancária, com previsão contratual, onde o Poder público irá pagar uma remuneração variável conforme desempenho, metas e padrões de

1822 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Livro eletrônico, p.238.

1823 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.633.

1824 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. Livro eletrônico, p.638.

qualidade executados pelo parceiro privado.<sup>1825</sup>

Outras formas de contraprestação ao investimento privado citadas por Matheus Carvalho são a cessão de créditos derivados de indenizações devidas por terceiros à fazenda pública e a outorga de direitos em face da administração pública, que deve recair sobre direitos que podem ser convertidos em pecúnia.<sup>1826</sup>

## 43.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO, Matheus. *Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público, *Artigo digital* v. 9, n. 42, 2007, p. 78. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/experiencia-brasileira-nas-concessoes-de-servico-publico>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

JUNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MACERA, Paulo. Serviço público no século XXI: conceito e finalidades, *Revista digital de Direito administrativo da USP*, v. 3, n. 2, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/114311>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

ROSSI, Licínia. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TOURINHO, Rita. O alcance do Ato Administrativo de Autorização no Ordenamento Jurídico Brasileiro.: IN: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro. n. 69, 2018. Disponível em: <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Rita\\_Tourinho.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1240456/Rita_Tourinho.pdf)>. Acesso em 01 de julho de 2020.

VASCONCELOS JUNIOR, Marcos de Oliveira. A natureza da permissão de serviços públicos na doutrina e jurisprudência pátrias, *Revista Digital Direito e Administração Pública II*, Editora Funjab. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=194>>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

1825 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Livro eletrônico, p.671-672.

1826 CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Livro eletrônico, p.671-672.



# CAPÍTULO 44 - REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS TERCEIRIZADOS: AGÊNCIAS REGULADORAS E REGULAMENTO ADMINISTRATIVO

Vitor Freitas Zumak Passos

**SUMÁRIO:** 44.1. Noção histórica e conceitual. 44.1.1. As agências reguladoras no Brasil. 44.1.2. Conceito e natureza jurídica. 44.2. Previsão legal. 44.2.1. Regime jurídico. 44.2.2. Regime de pessoal. 44.2.3. Licitações. 44.3. As espécies de agências reguladoras por área de atuação. 44.4. Referências bibliográficas.

## 44.1. NOÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, até o início da década de 1970, vigorou nos países liberais, notadamente representados por Estados Unidos da América e Inglaterra, a política do Estado de Bem-Estar Social. O advento dessa nova postura dos referidos estados deu-se após um período de graves guerras e de grandes depressões, ocasionadas basicamente por crises de superproduções industriais, em que o estado passou a ter papel interventor e determinante na manutenção da ordem social e econômica.

Entretanto, após efeitos inesperados de máquinas públicas estatais infladas pelo avultamento do funcionalismo público e pela incapacidade e insuficiência do estado em mitigar todas as questões atinentes à sociedade e à economia, teve início nos cenários apontados um processo de desestatização. Isto é, após uma época de aumento do tamanho dos estados, observou-se que seria impossível que os recursos públicos atendessem todas as demandas sociais e econômicas a partir de suas estruturas administrativas, que já apresentavam sinais de falência.

Foi nesta conjuntura que renasceu nestes mesmos estados o viés estritamente liberal que lhes era característico, com a opção por um aparato diminuto, cujo comportamento diretamente intervencionista seria reduzido e voltado às questões tidas por essenciais, como por exemplo, saúde, educação e segurança pública, no intuito de diminuir o déficit público e sanear o erário governamental<sup>1827</sup>. Quanto às demais questões, caberia ao estado uma atuação indireta e, principalmente para o nosso objeto de estudo, reguladora, devendo as leis do livre mercado reger o desenvolvimento das atividades e serviços que passariam a ser oferecidos, em regra, pela iniciativa privada – serviços estes que eram anteriormente prestados pelo próprio estado.

Destarte, a ação estatal nessa seara restringia-se ao controle e fiscalização das atividades que eram até então monopólio do estado<sup>1828</sup>. Importante salientar que este controle, mais do que repreender práticas abusivas e ilegais, ou seja, impor deveres de não fazer, pretendia, ainda, o ensejo de deveres positivos que visassem sempre o bem

1827 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 181.

1828 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 843.



comum e a primazia do interesse social e coletivo ante o interesse particular e individual<sup>1829</sup>.

Portanto, como uma das formas de incremento desta nova ordem político-econômica, que representou a transição do Estado de Bem-Estar Social para o conhecido Estado Mínimo ou Neoliberal, ganharam força as agências reguladoras. Para Washington Peluso Albino de Souza, o estado passou a ter uma atuação tendente ao absentismo no âmbito da relação Estado-Empresário, sem, contudo, abdicar completamente de sua posição interventora, tendo a regulação como uma das formas de manter o seu domínio sobre a atividade econômica.<sup>1830</sup>

Salientamos, neste ponto, que a regulação pelo estado sempre existiu, bem como sempre existiram instituições regulatórias. Contudo, com a derrocada do estado do papel de interventor direto na nova era descrita, com início na década de 1970, o papel de regulador ganhou força e mais específica e precisa regulamentação, tendo as agências reguladoras função angular neste sistema. Assim, a especialização da regulação de acordo com cada setor particular correspondeu ao pluralismo da sociedade e ao tecnicismo e complexidade das atividades econômicas fiscalizadas.<sup>1831</sup>

#### 44.1.1. AS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL.

No Brasil, embora seja comum que atribuamos ao movimento de privatizações e desestatização ocorrido na década de 1990 o surgimento das agências reguladoras, é imperioso acentuar que estas já existiam, embora com outra denominação, em similar fisionomia jurídica e estrutural havia muito tempo, a exemplo do Banco Central e do Conselho Monetário Nacional, criados na década de 1960, e da Comissão de Valores Mobiliários, instituída em 1976<sup>1832</sup>. Manoel Gonçalves Ferreira Filho reporta-se ainda a instituições mais antigas, como o Comissariado de Alimentação Pública, de 1918, o Instituto de Defesa Permanente do Café, de 1923, o Instituto do Alcool e do Açúcar, de 1933, o Instituto Nacional do Mate, de 1938, o Instituto Nacional do Sal, de 1940 e o Instituto Nacional do Pinho, de 1941<sup>1833</sup>.

Todavia, a necessidade de se conferir a essas instituições e às demais que estariam por surgir independência administrativa e efetiva em relação aos órgãos políticos vinculados à Administração Direta era patente. Em 1990, o governo federal sancionou a Lei n. 8.031/1990 – posteriormente revogada e alterada pela Lei n. 9.491/1997 –, em que se criava o Programa Nacional de Desestatização, assinalando o início de um tempo marcado pelo erguimento de grandes agências reguladoras.

Assim, a inovação maior que podemos verificar no movimento de “agencificação” identificado na década de 1990 foi a própria adoção do vocábulo agência, antes raramente utilizado para designar entes da Administração Pública, justamente por conta da natureza etimológica genérica deste termo, próprio para a descrição de autarquias com as mais diversas atribuições. Acerca dessa heterogeneidade apresentada pelas agências reguladoras brasileiras, confirmamos a lição do iminente professor Marçal Justen Filho:

“Não há um perfil único para ‘agência reguladora’. Cada agência apresenta estrutura, função e regime jurídicos próprios. Essa diversidade se verifica não apenas na comparação entre os diferentes países, mas também ao interno de cada país. A asserção é válida para o Brasil, cuja experiência vem repetindo as características do processo de difusão das agências nos outros países.

O vocábulo agência é utilizado para indicar figuras muito diversas. Egon Bockmann Moreira observou que a expressão ‘agência’ é utilizada ‘ora em sentido vulgar (agência telegráfica, agência do correio, agência das capitâneas dos portos), ora em sentido específico (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL...), ora em sentido técnico indefinido (Agência Espacial Brasileira e Agência de Água)’.<sup>1834</sup>

1829 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 452-453.

1830 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005. p. 331-332.

1831 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 105.

1832 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 844.

1833 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, mai. 2001.

1834 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 464-465.

Neste sentido, para além das dificuldades em se especificar nominalmente estes entes da administração indireta, nunca existiu no Brasil uma uniformidade de diplomas legais que regessem peculiarmente sua criação e seus regimes jurídicos a respeito de sua constituição, regime de pessoal, mandatos específicos, etc. Como trataremos adiante, inobstante haja atualmente um movimento de uniformização da legislação sobre agências reguladoras, a Constituição Federal tem exíguo texto acerca desta matéria, de modo que ainda seja necessária lei específica para cada agência.

Tal fenômeno deslinda, além disso, a já aludida heterogeneidade nas composições e formas dessas agências, bem como revela a dificuldade que encontraremos no presente capítulo em linearizar a descrição de suas características comuns; dificuldade esta que será em parte mitigada pela legislação já existente a este respeito (ainda que escassa) e pela própria existência das diversas agências que há tempos estão em funcionamento.

#### 44.1.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.

As agências reguladoras são, no sistema do direito público brasileiro, entidades autárquicas (logo, entes da Administração Indireta) que gozam de autonomia jurídica, financeira e administrativa em relação à Administração Direta para exercerem o poder de tutela administrativa de atos e serviços de determinados setores específicos da sociedade. Sendo assim, essas agências são regidas pelo postulado contido no princípio da especialidade do direito administrativo, segundo o qual o órgão criado deve destinar-se ao estrito exercício do fim para o qual foi criado, fim este que é explicitado na lei criadora de cada agência. É mister frisar, sobretudo, que este poder de tutela administrativa é concedido pela própria Administração Direta, quando da descentralização de suas funções não essenciais, a partir do processo de desestatização narrado alhures. No mesmo sentido, o enunciado do artigo 5º, inciso I, do Decreto-Lei n. 200/1967, confere às autarquias poder para executar atividades típicas da Administração Direta que tenham, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada<sup>1835</sup>.

Com efeito, por serem autarquias, as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, isto é, com personalidade jurídica própria e não vinculadas hierarquicamente aos órgãos estatais da Administração Direta, mas, tão somente, a seus eventuais controles finalísticos. Podemos definir estes entes, portanto, como pessoas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa<sup>1836</sup>. Possuem, pois, patrimônio próprio, oriundo de fundos da Administração Direta ou de recursos gerados por suas próprias atividades institucionais, independência administrativa na gestão de seus recursos financeiros e humanos e na exarcação de juízos técnicos.

Têm por função, sem adentrarmos nas peculiaridades de cada uma, o desenvolvimento de atividades que originariamente são próprias do poder estatal em sua atuação direta. Assim, objetivamente, as agências reguladoras desempenham função normativa, a partir de seus atos regulatórios, edições de resoluções e normas técnicas; função fiscalizatória e sancionatória em suas áreas de atuação especial; e função julgadora, à medida que têm autonomia para instaurar processos administrativos e decidi-los internamente. Isso explica, sobretudo, a natureza jurídica de pessoa de direito público das agências reguladoras, uma vez que, desempenhando um múnus intrinsecamente atrelado às funções exclusivamente estatais, tal qual o poder de polícia, não há que se admitir privatização desta atividade reguladora, dada a manifesta inviabilidade da delegação desta função a instituições privadas<sup>1837</sup>. A propósito, no ano de 2002 (acórdão publicado em 2003), o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717, asseverou ser inconstitucional a delegação do poder público de fiscalização a conselhos de fiscalização de personalidade jurídica de direito privado, função esta entendida como indelegável.

Sob a perspectiva assentada, assim, podemos concluir que as agências reguladoras têm por finalidade comum a fiscalização e refreamento de atividades prejudiciais ao interesse público, por meio de inspeções, vistorias, advertências e sanções administrativas àqueles que atentarem contra o bem coletivo. Outrossim, seus encargos não se limitam à mera imposição de condutas negativas, isto é, de deveres de não fazer, mas, também, têm como responsabilidade ações positivas que visem à satisfação das demandas sociais pelos entes regulados, mediante a edição de atos normativos e administrativos. Para tanto, devem delimitar as obrigações e os direitos de cada uma das

1835 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72-73.

1836 MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 164.

1837 MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 83.

pessoas abarcadas por suas competências públicas, quais sejam, o estado, as pessoas naturais, as pessoas jurídicas de direito privado e os próprios delegados das funções públicas. Assim, como intuito final, devem buscar, à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o equilíbrio entre os diversos interesses, dentre os quais, à guisa de suposição de eventuais conflitos, se sobressai sempre o interesse público.

## 44.2. PREVISÃO LEGAL.

Como já antecipamos, a legislação relativa às agências reguladoras é esparsa, de modo que desde a década de 1960, os primeiros órgãos reguladores tenham surgido a partir de leis específicas para o fim de sua criação. Ocorre que, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 8/1995 ao artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal, determinou-se que a criação de órgãos reguladores seria preceituada por lei própria para cada um destes órgãos. De igual modo, o artigo 177, § 2º, inciso III, da CRFB/1988, a partir da redação conferida pela EC n. 9/1995, estipulou que também por lei seriam estabelecidas a estrutura e as atribuições do órgão regulador. Temos, assim, que a Magna Carta não se incumbiu de discriminar a estrutura, a organização e que agências reguladoras haveriam de ser concebidas (com exceção de duas, a serem especificadas adiante), mas somente prescreveu a necessidade de sua existência e a forma de sua criação: por lei ordinária específica.

É oportuno consignarmos, de antemão, que a Constituição Federal somente previu a criação de duas agências reguladoras, em seus artigos 21, inciso XI e 177, §2º: a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Nestes artigos, além da determinação de criação de lei ordinária específica para a organização dos serviços de telecomunicação e a criação de um órgão regulador de suas atividades, estipulou-se também a criação de lei que dispusesse sobre a estrutura e as atribuições do órgão regulador do monopólio da União – no caso, o petróleo.

Ainda preliminarmente, ressaltamos, mais uma vez, que o termo “órgão” utilizado pela Carta Magna na descrição dos entes reguladores, para a doutrina, mostrou-se um erro linguístico, ou ao menos uma vagueza semântica, dada a abrangência de significados que possui a expressão, sendo o signo “agência” o mais adequado e preciso neste caso. Sobre isso, assim preleciona Maria Sylvia Zane:

“Assim, a inovação maior é o próprio vocábulo agência, antes raramente utilizado para designar entes da Administração Pública. A função normativa sempre foi exercida por inúmeros órgãos, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional. Tal como nos Estados Unidos, a própria lei que institui esses entes já lhes confere poder normativo ou regulador.

Regular significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor”.<sup>1838</sup>

Seguidamente, no ano de 1990, foi aprovada a Lei n. 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a qual abordaremos de maneira mais profunda nos tópicos subseqüentes. O que cabe adiantarmos, neste linde, é que, sendo as agências reguladoras autarquias, estas indelevelmente submetem-se ao regime jurídico previsto nessa legislação.

Ato contínuo, foram sancionadas pelo governo federal, nos anos de 1996 e 1997, as seguintes leis, instituindo as seguintes agências reguladoras: Lei n. 9.427/1996, criando a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica); Lei n. 9.472/1997, criando a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações); e Lei n. 9.478/1997, criando a ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), e muitas outras ulteriores. Esses órgãos tornaram-se responsáveis, assim, pelo controle da atuação dos serviços públicos e privados a serem prestados em cada área fiscalizada, consoante lição de José dos Santos Carvalho Filho:

“A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, cem como a própria atuação das pessoas privadas que

passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização”.<sup>1839</sup>

A disposição sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras, por seu turno, foi originalmente determinada pela Lei n. 9.986/2000. Contudo, alguns artigos dessa lei que ditavam que as agências reguladoras teriam suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho foram liminarmente suspensos pelo STF na ADI 2310, em 2004, tendo em vista o entendimento de que a função que desempenham constitui atividade típica do estado, com a qual é incompatível o regime celetista. Posteriormente, a supramencionada lei foi alterada em grande parte pela Lei n. 10.871/2004, que versa sobre a criação de carreiras e organização de cargos efetivos das agências reguladoras – tendo a ADI n. 2.310 perdido o seu objeto –, e por algumas regras trazidas pela recente Lei n. 13.848/2019, que trata da gestão, da organização, do processo decisório e do controle social das agências reguladoras.

No tocante à competência legislativa, é conveniente delucidar que não se trata de competência exclusiva da União a criação de leis para instituir agências reguladoras e sua forma de organização. Em verdade, um rápido raciocínio lógico permite-nos compreender que até mesmo pela finalidade do Programa Nacional de Desestatização, não faria sentido a reserva dessa competência legiferante à União. Dessa forma, como se apreende do art. 37, inciso XIX, da CRFB/1988, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios poderão criar autarquias e definir suas áreas de atuação.

Finalmente, muito embora essas instituições tenham independência jurídica, financeira e administrativa, trata-se de uma autonomia que é relativizada, como ocorre com os demais entes da Administração Indireta. Assim, sem prejuízo ao princípio da autotutela da Administração Pública, em contraposição ao princípio da legalidade, na medida em que atos ilícitos são cometidos a ponto de extrapolar a possibilidade de correção no âmbito meramente administrativo, estes atos são sujeitos à tutela jurisdicional e ao controle externo. A agência pode dirimir conflitos em última instância administrativa, da mesma forma que outros órgãos administrativos, mas isto não impede o controle das suas decisões pelo Poder Judiciário, tendo em vista a norma do artigo 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, em cujos termos “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Não obstante o dever de deferência do Poder Judiciário em relação às decisões administrativas, qualquer tipo de ato praticado pelas agências reguladoras, desde que cause lesão ou ameaça de lesão, pode ser objeto de revisão na esfera judicial.

E quanto à fiscalização financeira, contábil, orçamentária, operacional e patrimonial, estão sujeitos os entes da Administração Direta e Indireta, como previsto pelos artigos 70 e seguintes da CRFB/1988, ao controle parlamentar externo pelo Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, de modo que nos estados e municípios formas semelhantes de controle também são previstas.

#### **44.2.1. REGIME JURÍDICO.**

É pacífico na ciência jurídica brasileira que as agências reguladoras possuem regime jurídico especial. Isso se deve ao fato de que, sendo entidades autárquicas da Administração Indireta, possuem relevante autonomia administrativa, financeira e jurídica e um regramento diferenciado na escolha de seus dirigentes e na tomada de decisões internas, que em primeiro plano não se submetem ao controle da Administração Direta. Além disso, têm grande liberdade técnica e normativa em sua atividade reguladora para a edição de resoluções destinadas aos prestadores de serviços, ao mesmo passo em que para a penalização administrativa.

Em primeiro lugar, destacamos a nomeação diferenciada dos dirigentes. Estes ocupam, pois, cargos políticos, uma vez que decorrentes de nomeação do Chefe do Poder Executivo – no que tange às agências reguladoras federais, estas têm a escolha de seus dirigentes prevista pela Lei n. 9.986/2000, segundo a qual o Presidente da República deverá escolher o Presidente, Diretor-Presidente ou Diretor-Geral e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria Colegiada. Esta escolha passará, entretanto, pela chancela do Senado Federal, nos termos do artigo 5º da mesma lei.

O Presidente ou Diretor dessas agências, bem como os demais membros da diretoria, devem ter, segundo a própria lei, reputação ilibada, notório conhecimento no campo de sua especialidade e devem ainda atender os

requisitos elencados nos incisos do artigo 5º da Lei n. 9.986/2000, dentre os quais estão: (i) dez anos de experiência, no setor público ou privado, no campo de atividade da agência reguladora ou em área a ela conexas, em função de direção superior; (ii) quatro anos ocupando pelo menos cargo de direção ou de chefia superior em empresa no campo de atividade da agência reguladora, cargo em comissão ou função de confiança, cargo de docente ou de pesquisador no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas ou dez anos de experiência como profissional liberal no campo de atividade da agência reguladora ou em área conexas; e (iii) ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado.

Em caso de vacância do cargo de presidente/diretor, o § 7º do artigo 5º da Lei n. 9.986/2000 prevê que este será preenchido por sucessor investido na mesma forma de seu antecessor, podendo ocorrer recondução em prazo inferior a dois anos. Ademais, no que se refere ao tempo de mandato e à estabilidade do cargo, as agências reguladoras também se diferenciam das autarquias comuns, em que os dirigentes exercem função comissionada e podem ser exonerados *ad nutum*, isto é, por ato unilateral da autoridade administrativa competente<sup>1840</sup>. No caso das reguladoras, seus dirigentes têm mandato certo, variável de acordo com a lei que o criou. A nível federal, o artigo 6º da Lei n. 9.986/2000 determina que os dirigentes tenham mandato certo de cinco anos. Na sequência, os artigos 8º e 9º dessa lei fixam as regras atinentes às condições para a perda do mandato pelos dirigentes e aos impedimentos inerentes à saída de seu cargo. Os dirigentes somente sairão de seus cargos antes do termo final do mandato se renunciarem, por decorrência de processo administrativo criminal ou por condenação na esfera penal. No mais, ao fim de seu mandato, estarão sujeitos a um período de impedimento de seis meses, em que não poderão exercer atividade ou prestar qualquer tipo de serviço no setor regulado pela respectiva agência. Neste lapso temporal, os ex-dirigentes ficarão vinculados à agência, fazendo jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu e aos benefícios a ele inerentes. É preciso esclarecer, todavia, que a lei específica de cada agência poderá dilatar este prazo de impedimento, como no caso da ANEEL e da ANP, cujo prazo é de doze meses. O descumprimento desta regra importa prática ilegal de advocacia administrativa, impelindo ao ex-dirigente a responsabilização legal no âmbito administrativo e judicial.

É notória, portanto, a consubstanciação da especialidade do regime jurídico das agências reguladoras, manifesta na diferenciada indicação de sua chefia, no mandato certo exercido pelos dirigentes e, por conseguinte, na estabilidade que decorre deste mandato certo. Fica evidente, assim, a liberdade de atuação dessas entidades e a autonomia no exercício de suas atribuições, dado que além de sua independência financeira e jurídica, têm sua independência operacional garantida por uma mínima intervenção da Administração Direta, refletida nas escusas hipóteses de exoneração de seus dirigentes.

Reiteramos, todavia, que, como autarquias, essas agências compõem a Administração Indireta, sendo-lhes aplicáveis todas as normas constitucionais pertinentes; assim sendo, estão sujeitas à tutela ou controle administrativo exercido pelo Ministério a que se encontrem vinculadas e ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no artigo 49, inciso X, da CRFB/1998, não podendo escapar à “direção superior da administração federal”, prevista no artigo 84, II, também da CRFB/1998. Porém, como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo. Vale ressaltar, todavia, que embora a estabilidade outorgada aos dirigentes das agências lhes confira maior independência, não muito comum na maior parte das entidades da Administração Indireta, não raro os dirigentes, por ocuparem cargos de confiança do Chefe do Poder Executivo, inadequadamente, acabam por curvar-se a interferências, mesmo que ilícitas.

Em outro seguimento, uma das características que pode ser observada no regime jurídico das agências reguladoras é o seu poder normativo. As agências têm o poder delegado da Administração Direta, além do de polícia, de editar normas técnicas que obriguem os prestadores de serviços que atuam na área regulada pela agência, no sentido de resguardar o interesse social ante um serviço que tenha que observar estritamente as regras postas, obrigando-lhes, ainda, a cumprir eventuais sanções que também podem ser previstas.

Devemos nos atentar, entretanto, para não confundirmos o poder normativo com o poder legislativo. Este último não é conferido às agências reguladoras, cujas normas, regulamentos e resoluções têm natureza infralegal e vinculam apenas os prestadores de serviço de cada área regulado, nunca sendo oponíveis aos particulares que

usufruem destes serviços<sup>1841</sup>. Insta acentuar, também, que a autonomia conferida a essas autarquias encontra limites sempre no texto constitucional e nas regras de direito que tratam do funcionamento da Administração Indireta, de forma que assim como acontece em qualquer órgão público, todos os contratos das agências devem ser antecedidos de licitação pública, consoante prescrição do artigo 37, inciso XXI, da CRFB/1988.

#### 44.2.2. REGIME DE PESSOAL.

De acordo com a explicação já trazida no início deste tópico, apesar de a Lei n. 9.986 ter estabelecido originariamente, em seu artigo 1º, que as relações de trabalho das agências reguladoras seriam regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, após a decisão liminar na ADI n. 2.310 que impediu a incidência desta lei e da resolução definitiva da questão pela sanção da Lei n. 10.871/2004, o regime celetista foi afastado. Desde então, o regime jurídico de pessoal que vigora para as agências reguladoras é o estatutário, como ocorre em todo o serviço público da União e nas demais autarquias.

A Lei n. 10.871/2004, especificamente, dispõe sobre a nomeação de servidores públicos que prestarão serviços nas agências; prevê planos de carreira para os diversos setores de atuação destas autarquias; e direciona a atuação dos agentes quanto à atividade fiscalizadora, com a possibilidade de apreensão de bens ou de itens comercializados, de interdição de estabelecimentos/equipamentos e até mesmo, quando necessário, de uso de força policial para o cumprimento de suas atribuições. A lei prevê, ainda, as formas de promoção dentro da autarquia, de remoção e também de bonificação por prestações de serviços específicos<sup>1842</sup>.

No tocante à contratação de pessoal, a lei ratifica a imperiosidade de concurso público para a ocupação dos cargos disponíveis, de modo que, excepcionalmente, é permitida a contratação de servidores temporários, sob regras específicas, que observem o disposto no art. 37, IX, da CRFB/1988 e na Lei n. 8.745/1993.

#### 44.2.3. LICITAÇÕES.

Antes de adentrarmos na atual conjuntura legislativa que dita o procedimento de licitações das agências reguladoras, é preciso remontar novamente à década de 1990. Em 1997 foram criadas as notáveis Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP –, com esta última iniciando suas atividades propriamente em 1998, pelas Leis n. 9.472/1997 e n. 9.478/1997, respectivamente. Estas leis estipulavam modalidades especiais para o processo licitatório de contratação de serviços, produtos e etc., conhecidas como pregão e consulta.

O pregão, como explicado detidamente nos capítulos anteriores, é um tipo de licitação que se diferencia das demais por considerar o menor preço ofertado, normalmente adotado para bens e serviços hodiernos, sem grandes complexidades de aquisição, e também por inverter as fases comuns da licitação, isto é, primeiro analisa-se a proposta e, posteriormente, a documentação e procedência do fornecedor e de seu produto/serviço. De igual modo, a consulta se distingue por visar à contratação de bens e serviços tidos como incomuns, que não sejam serviços de engenharia civil e seu julgamento é feito por um corpo julgador devidamente qualificado que apreciará propostas de fornecimento de bens e serviços de cinco pessoas físicas ou jurídicas também de elevado reconhecimento. Feita esta breve explanação, podemos verificar que as referidas agências reguladoras optaram por modos de licitação que aliassem economia de tempo, desburocratização e eficiência na escolha.

Entretanto, as leis sobreditas não observaram a Lei n. 8.666/1993, que tem como objeto, entre outras providências, instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública. Deste modo, a Lei n. 9.472/1997 (que criou a ANATEL), foi sujeita a controle de constitucionalidade, em seus artigos que versavam sobre sua forma independente de normatizar o seu procedimento de licitações, pela Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668. Isso porque o artigo 54, inciso XXVII, da CRFB/1988 dispõe que compete privativamente à União legislar sobre normas de licitação para as autarquias. Mas, no que tange aos artigos da lei que instauravam e regulavam os novos métodos licitatórios, estes foram mantidos aplicáveis pela Suprema Corte.

1841 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 184.

1842 CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 186.

Em seguida, no ano de 2002, após edição de Medida Provisória anterior e de reedições desta medida, foi sancionada a Lei n. 10.520/2002, que instituiu, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, o pregão como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns. Assim, o pregão tornou-se possível para toda a Administração Pública, e não mais somente para as agências reguladoras<sup>1843</sup>. A consulta, por seu turno, continua sendo modalidade exclusiva das agências reguladoras, embora muito pouco utilizada.

Desta feita, para além das modalidades de licitação previstas na Lei Geral de Licitações – Lei n. 8.666/1997 –, quais sejam, concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão, e posteriormente o pregão, que hoje abrange toda a Administração Pública, após a Lei n. 10.520/2002, as agências reguladoras têm por peculiaridade a opção da consulta, como sétima modalidade de licitação.

### 44.3. AS ESPÉCIES DE AGÊNCIAS REGULADORAS POR ÁREA DE ATUAÇÃO.

As agências reguladoras podem ser divididas em diversas classificações, seja pela sua esfera territorial/federativa de atuação (União, estados, municípios), seja por sua autonomia de organização – a agência se autorregula ou seu regulamento é editado pela Administração Direta. Optamos neste capítulo por nos ater à discriminação das agências a partir de suas áreas de atuação, por assim ser de melhor didática, visualização e maior relevância prática, dispondo as agências já existentes em cada grupo de atuação.

Sendo assim, podemos separar as agências reguladoras em: (i) agências reguladoras de atividades econômicas privadas, (ii) agências reguladoras de serviços públicos, (iii) agências reguladoras da exploração de monopólios públicos e (iv) agências reguladoras de atividades de fomento.

As agências reguladoras de atividades econômicas privadas são responsáveis por fiscalizar e regular os serviços tidos por de utilidade pública, mas que não são de exclusividade prestacional do estado e, assim, podem ser prestadas por entidades da iniciativa privada. São exemplos deste tipo de agência a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS –, instituída pela Lei n. 9.961/2000, com a função de defender o interesse público na assistência suplementar à saúde e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil; e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA –, criada pela Lei n. 9.782/1999, para promover a proteção à saúde da população por meio da fiscalização da produção e consumo de serviços e produtos como alimentos, medicamentos, cosméticos, agrotóxicos e serviços de saúde em geral.

As agências reguladoras de serviços públicos, por sua parte, têm seu campo de atuação voltado para serviços que são prestados diretamente pelo estado, regulando e fiscalizando os próprios entes da Administração Pública, ou que são por delegação prestados por sociedades empresariais particulares. Entre essas agências, têm expressiva atuação a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, regulamentada pela Lei n. 9.427/1996; a Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT – e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ –, criadas pela Lei n. 10.233/2001; a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –, instituída pela Lei n. 9.472/1997; a Agência Nacional das Águas – ANA –, disciplinada pela Lei n. 9.984/2000; e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC –, criada pela Lei n. 11.182/2005.

As agências reguladoras da exploração de monopólios públicos, como a própria classificação sugere, têm como escopo a fiscalização de setores econômicos cujo monopólio de exploração é exclusivo do estado, mas que também podem ter sua exploração delegada ao setor privado, conforme previsão legal contida na própria Constituição Federal, como as atividades petrolíferas e a extração de minerais nucleares. Assim, neste cenário, tem desempenho destacado a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP –, instituída pela Lei n. 9.478/1997, responsável, no Brasil, pela regulação das indústrias de petróleo, gás natural e biocombustíveis, desde a prospecção de petróleo e gás natural, até os procedimentos para certificar a qualidade dos combustíveis vendidos ao consumidor final.

Por fim, as agências reguladoras de atividades de fomento são aquelas que fiscalizam e regulam atividades desempenhadas por entes privados, de utilidade pública, atinentes ao fomento de manifestações culturais, artísticas,

atividades de turismo, etc<sup>1844</sup>. Neste diapasão, a Agência Nacional de Cinema – ANCINE –, regulamentada pela Medida Provisória 2.228-1/2001, é um claro exemplo deste tipo de agência e tem como objetivos fomentar, regular e fiscalizar os mercados de cinema e audiovisual brasileiros.

#### 44.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de direito administrativo: parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração*. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado. O Papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. *Revista Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, n. 3, p. 253-257, mai. 2001.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

---

1844 NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 661.





---

# **PARTE X**

## **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E EMPRESARIAL**



# CAPÍTULO 45 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NOÇÃO, ATOS E SANÇÕES

*Marina Passamani Abrahão*

**SUMÁRIO:** 45.1. Noção. 45.1.1. Fundamento Constitucional. 45.1.2. Disposições Gerais. 45.2. Sujeitos. 45.2.1. Sujeito Ativo. 45.2.2. Sujeito Passivo. 45.3. Atos de Improbidade. 45.4. Sanções.

## 45.1. NOÇÃO.

### 45.1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.

O regime jurídico-administrativo, caracterizado pela prevalência de normas de Direito Público, tem como princípios norteadores da atuação do Estado-Administração o binômio da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público, o qual revela a busca pelo equilíbrio entre as prerrogativas e as restrições destinadas aos agentes representantes da vontade administrativa.

A constante preocupação em se garantir a observância do interesse público traduziu-se na eleição dos princípios regentes da Administração Pública, tais quais os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, expressamente previstos pela Constituição Federal (art. 37, *caput*) para modular não somente os atos do Poder Executivo, mas de toda a Administração Direta e Indireta, incluindo os Poderes Legislativo e Judiciário enquanto no exercício de suas funções tipicamente administrativas.

Neste contexto, a CRFB, ao trazer a seu âmbito a exigência da moralidade administrativa, introduziu o princípio como baliza para o controle da Administração, ampliando o espectro de análise de sua atuação e impondo, para além da legalidade estrita, deveres de lealdade, boa-fé e eticidade no manejo da *res pública*.

Nesta senda, a Constituição prevê, no §4º do art. 37, sanções aos atos atentatórios à probidade administrativa, quais sejam, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, deixando para regulamentação legal a discriminação dos atos ímprobos, assim como a forma de aplicação e gradação das penalidades. E com o escopo de dar exequibilidade à norma constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, conhecida como Lei da Improbidade Administrativa (LIA).

A CRFB não se limitou, contudo à previsão do art. 37, dispondo expressamente sobre a proteção à moralidade administrativa em três outros dispositivos: o que prevê a hipótese de lei complementar estabelecer outros casos de ilegitimidade e os prazos de sua cassação, além dos já estabelecidos na CRFB, afim de proteger a probidade administrativa (art.14, § 9º), o que prevê a improbidade administrativa como causa para suspensão ou perda de direitos políticos (art. 15, inciso V), e o que define como crimes de responsabilidade do Presidente da República aqueles que atentem contra a probidade na administração (art. 85, inciso V).

Ressaltamos, também, que os conceitos de moralidade e probidade, enquanto princípios, não comportam

relevante distinção; mas quando se referem a infrações, a improbidade apresenta conteúdo muito mais amplo e específico, uma vez que a violação à moralidade representa apenas uma hipótese dentre os diversos atos de improbidade previstos pela LIA<sup>1845</sup>.

### 45.1.2. DISPOSIÇÕES GERAIS

A Lei nº 8.429/92 dispõe sobre os atos de improbidade praticados no âmbito de toda Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de Território, sendo, por conseguinte, uma lei de caráter nacional. No que se refere à natureza jurídica dos atos por esta tipificados, a Doutrina e a jurisprudência posicionam-se majoritariamente no sentido de que se tratam de ilícitos de natureza civil.

Não obstante, parte da Doutrina atribui natureza essencialmente administrativa a algumas de suas disposições, o que resulta em sua vinculatividade, no que tange a tais matérias, apenas à União, haja vista a autonomia político-administrativa dos entes federados<sup>1846</sup>. Citamos, a título de exemplo, a hipótese do art. 13 da LIA, que trata da obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens e valores antes da posse, sob pena de demissão diante de recusa.

Ademais, é imprescindível frisar que um ato definido pela LIA como de improbidade administrativa pode corresponder também a um ilícito penal, assim como a uma infração administrativa, o que não prejudica sua apreciação uma vez que prevalece o princípio da independência entre as instâncias. Sendo assim, se determinado ato for subsumível concomitantemente a infrações descritas nas três instâncias, haverá apuração da responsabilidade em cada uma delas autonomamente, observadas as exceções relativas à condenação e à absolvição criminal por inexistência do fato ou ausência de autoria. Frisa-se, no que se refere à esfera criminal, que o legislador constituinte optou por dispor expressamente (art. 37, §4º, *in fini*) que a aplicação das sanções relativas ao ato de improbidade administrativa não prejudica eventual ação penal cabível.

Além disso, a Lei de Improbidade Administrativa dispõe que as sanções previstas são aplicáveis independentemente de efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, à exceção da cominação de ressarcimento ao Erário, e da aprovação ou rejeição das contas do agente público pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas (art. 21).

Outra questão a ser destacada diz respeito à possibilidade de extensão dos efeitos da condenação por improbidade administrativa ao sucessor do agente ímprobo. Quanto ao tema, segue a regra geral imposta pelo Direito Civil, pela qual sucessor se sujeita apenas às sanções patrimoniais nos limites das forças da herança, estando resguardado seu patrimônio pessoal.

## 45.2. SUJEITOS

### 45.2.1. SUJEITO ATIVO

A LIA estabelece que os atos de improbidade administrativa poderão ter como sujeito ativo qualquer agente público, servidor ou não, que incorrer nas condutas discriminadas pelo dispositivo legal (art. 1º). Importa destacar, ainda, que a própria Lei estabelece, para seus efeitos, a definição de agente público como toda pessoa física que “exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (art. 2º).

Ressaltamos que, adotando a Doutrina de Hely Lopes Meirelles<sup>1847</sup>, a classificação de agentes públicos se subdi-

1845 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1073.

1846 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual. 6. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 41-42.

1847 MEIRELLES, Hely Lopes. FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro. 42º ed. atual. Até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São

vide em cinco categorias, quais sejam, os agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, sendo todos, em regra, abarcados pelas disposições da LIA.

Questão relevante diz respeito a aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos sujeitos aos crimes de responsabilidade da Lei nº 1.079/50. As Cortes Superiores possuem entendimento cristalizado que os agentes políticos, à exceção do Presidente da República, se submetem a duplo regime sancionatório, de maneira que estão sujeitos tanto à responsabilidade civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade<sup>1848</sup>.

Além dos agentes públicos, a LIA também determina a sujeição legal de terceiros que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou que dele se beneficiem sob qualquer forma, direta ou indireta. Quanto a esse aspecto, é imprescindível frisar que o terceiro jamais responderá sozinho pela prática de ato de improbidade administrativa, devendo necessariamente estar vinculado à conduta de um agente público, sob pena de atipicidade em relação a LIA, ressalvadas as eventuais ações cíveis e penais cabíveis.

Portanto, há três hipóteses em que a LIA poderá ser aplicada a terceiro: quando este participar do ato, quando induzir o agente público a praticá-lo ou quando, dolosamente, auferir algum benefício decorrente do ato, ainda que não acarrete em prejuízo ao Erário.

No que tange ao elemento subjetivo, a Lei de Improbidade Administrativa exige a demonstração de dolo ou culpa para aplicação das sanções estipuladas. De certo que tal entendimento obedece a lógica do art. 37, §6º, da Constituição Federal, a respeito da responsabilidade do Estado; contudo, para além disso, ao tratarmos das infrações de improbidade, o elemento subjetivo se torna ainda mais relevante, afinal a norma tem como fim último a proteção da boa-fé, honestidade e moralidade na conduta dos agentes, não havendo, portanto, convergência com os propósitos da responsabilização objetiva<sup>1849</sup>. Destarte, a LIA exige, em regra, a comprovação do elemento dolo para configuração dos atos de improbidade, fazendo menção à culpa apenas em relação aos atos que resultam em prejuízo ao Erário (art. 10).

#### 45.2.2. SUJEITO PASSIVO

O art. 1º da LIA indica as pessoas jurídicas que podem ser sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, sendo elas a “administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual”.

A LIA, portanto, inclui em seu rol de incidência as ofensas praticadas em face de toda a Administração Pública, direta, indireta ou fundacional, de todos os entes políticos, dos órgãos dos três Poderes de Estado, assim como de empresas que, não integrantes da administração indireta, forem incorporadas pelo Poder Público ou das quais este tenha concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual.

O parágrafo único do mesmo dispositivo abrange, ainda, “os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

Tratam-se de entidades privadas nas quais o Estado atua na função de fomento. Nessas hipóteses, a parte final do dispositivo estabelece limitação à incidência da Lei de Improbidade Administrativa à “repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”, de modo que o prejuízo que ultrapassar este montante poderá ser pleiteado pela

---

Paulo: Malheiros, 2016. Livro Eletrônico, p. 79-86.

1848 Pet 3240 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-171 DIVULG 21-08-2018 PUBLIC 22-08-2018

1849 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1093.

entidade ofendida, não podendo, contudo, fazê-lo pela ação de que trata a Lei n° 8.429<sup>1850</sup>.

### 45.3. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Os atos de improbidade administrativa descritos pela LIA são divididos em quatro categorias, e podem corresponder às modalidades comissiva ou omissiva. Além disso, é imprescindível que tais atos sejam praticados no exercício da função pública, valendo-se desta para tanto.

São considerados atos de improbidade administrativa aqueles que importam em

enriquecimento ilícito (art. 9°), prejuízo ao Erário (art. 10°), concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10°-A) ou que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11°).

Os dispositivos originais da LIA, que tratam do enriquecimento ilícito, do prejuízo ao Erário e dos atos atentatórios aos princípios da Administração Pública, apresentam extenso rol de condutas que, notadamente, constituem atos de improbidade, todavia, importa frisar que tratam de rol meramente exemplificativo, devendo ser analisado cada caso concreto para se aferir a ocorrência do ato ilícito.

Sendo assim, o agente público incorrerá em enriquecimento ilícito (art. 9°, LIA) sempre que, valendo-se desta condição, auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida. Incorrerá, por sua vez, no ato de prejuízo ao Erário (art. 10, LIA) sempre que, por meio de ação ou omissão, causar lesão ao erário, dolosa ou culposamente, ensejando em perda patrimonial. No que tange ao art. 11, este é ainda mais amplo e prevê como ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que atente contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Quanto ao dispositivo que trata da concessão ou da aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A), este foi introduzido ao ordenamento pela Lei Complementar 157 de 2016 e pretende assegurar o disposto pelo § 1º do art. 8 da Lei Complementar 116, que dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência das Municípios e do Distrito Federal.

O dispositivo visa impedir que os Municípios ou que o Distrito Federal estabeleça, direta ou indiretamente, carga tributária inferior à alíquota mínima imposta pelo caput do art. 8 da Lei Complementar 116 para o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, que é de dois por cento, de modo a evitar a deflagração de “guerra fiscal”<sup>1851</sup>. Sendo assim, observamos que, ao contrário dos atos supramencionados, o ato de improbidade administrativa contido na norma do art. 10-A apresenta rol de hipóteses taxativas.

### 45.4. SANÇÕES

O § 4º do art. 37 da Constituição Federal dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Não se trata, contudo, de rol taxativo de sanções destinadas à repressão dos atos de improbidade administrativa, uma vez que a norma constitucional supramencionada é regulamentada pelo art. 12 da Lei n° 8.429, que introduziu novas hipóteses. A LIA prevê que, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito, além das sanções constitucionalmente impostas, às cominações de (i) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, (ii) multa civil e (iii) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente, as quais poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

1850 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1096.

1851 DO NASCIMENTO, Thomas Bryann Freitas. Análise da constitucionalidade da nova modalidade de Improbidade Administrativa (Art. 10-A da Lei 8.429/92). 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/analise-da-constitucionalidade-da-nova-modalidade-de-improbidade-administrativa-art-10-a-da-lei-8-429-92/>> Acesso em 19 de junho de 2020.

Destacamos, de pronto, no que se refere à indisponibilidade dos bens, que a sua decretação não constitui sanção, mas medida cautelar com o escopo de evitar eventual dilapidação, transferência ou ocultação dos bens durante o procedimento de apuração dos fatos, com vistas a assegurar a eficácia dos provimentos reparatórios e sancionatórios, estando limitada ao valor que assegure eventual condenação de ressarcimento ao Erário e de multa civil<sup>1852</sup>.

É sabido que para a decretação de medidas cautelares no âmbito do direito processual civil é necessária a demonstração de dois requisitos: o *fumus boni iuris*, quando há elementos que evidenciem a probabilidade do direito, e o *periculum in mora*, traduzido no risco de dano ou ao resultado útil do processo (art. 300, CPC). Entretanto, o STJ assentou entendimento pela desnecessidade de demonstração do *periculum in mora* nos processos relativos à improbidade administrativa para que se possa decretar a indisponibilidade dos bens, sendo, nesses casos, o risco presumido, haja vista a gravidade dos atos regulados pela Lei de Improbidade Administrativa e a necessidade de se garantir a integridade do patrimônio público<sup>1853</sup>.

Ademais, o STJ também consolidou entendimento que eleva o âmbito de incidência da medida preventiva, uma vez que, em que pese o art. 7º da LIA prever a possibilidade de indisponibilização de bens apenas no que tange aos atos de enriquecimento ilícito e prejuízo ao Erário, a Corte Superior, fazendo interpretação sistemática do dispositivo e considerando o poder geral de cautela do magistrado, considera possível a aplicação da medida cautelar também para os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública<sup>1854</sup>.

As sanções previstas pela Lei de Improbidade Administrativa podem ser divididas em duas categorias: graduadas e fixas. São sanções graduadas a suspensão dos direitos políticos, a multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; isso porque a intensidade na incidência de cada uma delas varia de acordo com a gravidade do ato praticado. São fixas, por sua vez, as sanções de perda da função pública, ressarcimento integral do Erário e perda dos bens acrescidos ilicitamente<sup>1855</sup>.

De análise atenta dos dispositivos originais da LIA, podemos perceber que a lei estabeleceu os efeitos sancionatórios com rigor distinto para cada uma das condutas elencadas no rol de atos de improbidade administrativa, evidenciando, por conseguinte, a adequação da resposta estatal ao comportamento ilícito considerado em seu potencial ofensivo. Nesses termos, o enriquecimento ilícito é o ato de maior gravidade, uma vez que as sanções são a ele cominadas com maior intensidade. Em seguida, de forma decrescente, estão o prejuízo ao erário e os atos atentatórios aos princípios da administração pública.

Nesse sentido, a LIA prevê, em seu art.12, que na hipótese de enriquecimento ilícito, poderão ser aplicadas as sanções de “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos”.

Na hipótese de prejuízo ao erário, por sua vez, impõe “ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos”.

No que se refere aos atos atentatórios aos princípios da administração pública, “o ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa

1852 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1093.

1853 STJ – AgRg nos EREsp 1315092 RJ 2012/0147498-0, relator Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 22/05/2013.

1854 STJ – AgRg no REsp 1311013/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012.

1855 FILHO, Marino Pazzagliani. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 137.



jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

Já na hipótese do art. 10-A, comina a “perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido”.

Por fim, resta destacar que, como em grande parte das hipóteses as condutas tipificadas podem se enquadrar em mais de um ato de improbidade administrativa, deverão ser aplicadas as sanções relativas ao ato mais grave, ou, no caso da concessão ou da aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, a previsão específica.

## 45.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DO NASCIMENTO, Thomas Bryann Freitas. Análise da constitucionalidade da nova modalidade de Improbidade Administrativa (Art. 10-A da Lei 8.429/92). 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/analise-da-constitucionalidade-da-nova-modalidade-de-improbidade-administrativa-art-10-a-da-lei-8-429-92/>> Acesso em 19 de junho de 2020.

FILHO, Marino Pazzaglini. Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. FILHO, José Emmanuel Burle. Direito Administrativo Brasileiro. 42º ed. atual. Até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de Improbidade Administrativa: Direito Material e Processual. 6. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

# CAPÍTULO 46 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL

*Rodrigo Fantoni de Brito Gomes*

**SUMÁRIO:** 46.1. Introdução. 46.1.1. Atos de improbidade administrativa e suas sanções. 46.2. Procedimento administrativo. 46.2.1. Legitimidade para denúncia. 46.2.2. Denúncia anônima. 46.2.3. Processo administrativo disciplinar (PAD). 46.2.4. Inquérito civil. 46.2.4.1. Núcleo de combate à corrupção (NCC/MPF) ou grupo de atuação especial de combate ao crime organizado (GAECO/MP). 46.2.4.2. Princípio do contraditório. 46.2.4.3. Princípio da publicidade. 46.2.4.4. Fases. 46.3. Processo Judicial. 46.3.1. Petição inicial. 46.3.1.1. Competência. 46.3.1.2. Qualificação das partes. 46.3.1.3. Fato e fundamentos jurídicos do pedido. 46.3.1.4. Pedido com suas especificações. 46.3.1.5. Valor da causa. 46.3.1.6. Provas. 46.3.1.7. Opção pela realização de audiência autocompositiva. 46.3.2. Defesa prévia. 46.3.3. Autocomposição na improbidade administrativa. 46.4. Referências bibliográficas.

## 46.1. INTRODUÇÃO

A improbidade administrativa pode ser compreendida como ato de inobservância dos padrões normativos do sistema pelo agente público, pretendendo favorecer interesses privados em troca de recompensa. Trata-se, pois, de uma forma particular de exercer influência ilícita, ilegal e ilegítima<sup>1856</sup>, na qual há o uso privado da coisa pública.

Nessa seara, entendendo a importância da ética na gestão dos recursos públicos tanto pelos agentes públicos quanto pelos particulares que se relacionam com a Administração Pública, foram publicadas as Leis 1.079/50 (Lei dos Crimes de Responsabilidade), 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e 12.813/2013 (Lei de Conflito de Interesses), que representam tentativas de legislar e disciplinar a moralização, a honestidade e o combate à corrupção no âmbito da Administração Pública.

Não parece haver distinção, *a priori*, entre os conceitos de improbidade e imoralidade. Numa análise mais minuciosa entre os termos, entretanto, é possível perceber que ambos não se confundem.

Conforme assevera o pós-doutor em Direito Rafael Carvalho Rezende Oliveira, improbidade é gênero que abarca a ideia de imoralidade<sup>1857</sup>, haja vista que além dos atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário, e que concedam ou apliquem indevidamente benefício financeiro ou tributário, também são atos de improbidade aqueles que atentem contra os princípios da Administração Pública<sup>1858</sup>, dentre os quais está

1856 PASQUINO, Gianfranco. Corrupção. In: BOBBIO, Norberto *et al.* (Org.). *Dicionário de política*. 7. ed. Brasília: UNB, 1995. v. 1, p. 291-292.

1857 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 26/27.

1858 É pacífica a jurisprudência do STJ de que os atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º, 10-A e 11 da Lei 8.429/92 exigem a demonstração

presente a moralidade, nos termos do art. 37, *caput*, da CRFB. Assim também se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, asseverando que:

“Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente (...) No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais”.<sup>1859</sup>

Neste atual cenário pós-positivista do Direito, que reintroduz as ideias jusnaturalistas valorativas de justiça e legitimidade ao direito posto<sup>1860</sup>, a constitucionalização do Direito<sup>1861</sup> reconheceu a normatividade dos princípios constitucionais, cuja obediência e aplicação devem ocorrer de maneira imediata.

Dessa forma, a ideia de aplicação subsidiária dos princípios apenas quando houver lacuna nas regras do diploma legal é obsoleta, sendo impositiva a incidência dos princípios constitucionais como normas jurídicas primárias, ainda que haja regra expressa, situação em que será necessária a atividade interpretativa do Estado-juiz na hipótese de conflito aparente entre princípios e regras<sup>1862</sup>.

Imperiosos são os ensinamentos do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a questão, aqui transcritos:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]”.<sup>1863</sup>

A aplicação dos princípios, portanto, enquanto proposições que irradiam o sistema jurídico e que refletem diretrizes interpretativas para incidência das regras<sup>1864</sup>, além de ser direta e imediata, impõe certa preponderância dos princípios constitucionais frente às regras quando do aparente conflito de normas, resolvido mediante a técnica da ponderação de Robert Alexy<sup>1865</sup>.

Nesse sentido, a disposição do legislador constituinte pretendeu sujeitar a Administração Pública não somente à legalidade estrita, mas também a comandos éticos superiores, calcados na conduta honesta e idônea do agente público em prol do interesse público.

#### 46.1.1. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS SANÇÕES

Tanto os atos expressamente previstos nos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92 quanto qualquer outro que viole quaisquer dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade ou eficiência,

---

de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico (AgInt no Resp 876.248/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe: 29.09.2016). Isso porque a LIA pretende a punição do agente público desonesto ou imoral, e não aquele imperito ou inábil. O entendimento foi sedimentado na Jurisprudência em Teses edição n. 38 – I. 1) do STJ. Por disposição legal expressa, os atos de improbidade elencados no art. 10 admitem a modalidade culposa (apenas na modalidade culpa grave), conforme entendimento majoritário do STJ (AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011).

1859 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 765.

1860 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm., 2001, p. 24.

1861 ZANETTI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51. Afirma o professor que: “[...] o direito se constitucionalizou, no conhecido movimento do pós-positivismo, com a principialização da Constituição (positivação dos princípios de direito natural: direito à vida, à dignidade, ao devido processo legal etc.) e a sua renovada postura de elemento unificador da ordem normativa: todo direito hoje ou é direito constitucional (conforme à Constituição) ou não é direito”.

1862 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009. p. 146.

1863 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Malheiros. 2014, p. 987.

1864 CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (o Constructivismo Lógico-Semântico)*. Tese de doutorado em Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

1865 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008.

elencados no art. 37 da Carta Magna, quando praticados por agentes públicos ou particulares que se relacionam com a Administração Pública, configuram hipóteses de ato de improbidade administrativa passíveis de punição administrativa, civil e/ou penal<sup>1866</sup>.

Ressaltamos que é necessária a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para configuração das condutas tidas como atos de improbidade administrativa, sendo descabida a alegação de responsabilidade objetiva. Nesse diapasão, as condutas elencadas nos arts. 9, 10-A e 11 da Lei 8.429/92 exigem a presença do dolo para sua configuração, enquanto os atos previstos no art. 10 admitem a modalidade culposa (culpa grave)<sup>1867</sup>.

Apontamos, ainda, que configuram atos de improbidade administrativa aqueles estatuídos nos arts. 5º e 6º da Lei 12.813/2013 que, quando praticados por agente público do Poder Executivo Federal no exercício de cargo ou emprego, ou depois dele, caracterizam conflito de interesses pelo uso indevido de informações privilegiadas, como prescreve o art. 12 da lei supracitada. Há, também, outros atos de improbidade tipificados esparsamente no ordenamento jurídico brasileiro, cujo tratamento global ocorreu mais detalhadamente no capítulo 45 deste trabalho.

Independentemente das sanções administrativa, civil e penal, está sujeito o responsável pelo ato ímprobo às seguintes cominações, que podem ser aplicadas cumulativamente: (i) a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio; (ii) o ressarcimento integral do dano; (iii) a perda da função pública; (iv) a suspensão dos direitos políticos; (v) a multa civil; e (vi) a proibição de contratar com o poder público<sup>1868</sup> e receber benefício ou incentivo fiscal e creditício, nos termos dos arts. 12 da LIA e 37, §4º, da CRFB.

A investigação e persecução do agente público que comete atos de improbidade administrativa, por sua vez, costuma ocorrer em duas etapas, havendo inicialmente uma fase pré-processual, com a instauração de procedimento administrativo para apuração e colheita de elementos probatórios mínimos da prática do ato ímprobo (processo administrativo disciplinar ou inquérito civil) e, posterior e eventualmente, uma fase processual, na qual esses elementos probatórios colhidos serão utilizados como substrato para o ajuizamento de eventual ação civil de improbidade administrativa<sup>1869</sup>.

## 46.2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente, fixar-se-á que o ordenamento jurídico, quando prescreveu o procedimento administrativo para a apuração de atos de improbidade no capítulo V da LIA, pretendeu, em verdade, disciplinar o processo administrativo. Salutar essa especificação pois, enquanto o procedimento é um complexo de atos<sup>1870</sup>, o processo é

1866 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal* – 7.ª ed. – São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico, p. 104. Importante destacar lição do autor sobre subsunção do fato a alguma das normas jurídicas elencadas no capítulo II da LIA: “Assim, se do ato violador de princípio constitucional administrativo resultar enriquecimento ilícito do agente público que o praticou, há absorção da regra do art. 11 (subsidiária), contida no art. 9º (principal), por esta. E, da mesma forma, se da afronta a princípio constitucional decorrer lesão ao Erário, configura-se somente ato ímprobo de lesividade ao patrimônio público que, em face do princípio da subsidiariedade, absorve aquela. Logo, a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10). E, por isso, sua aplicação subordina-se à não aplicação daquelas. Em síntese, pode dizer-se que a norma do art. 11 constitui *soldado de reserva* (expressão do saudoso jurista Nelson Hungria), configurando-se pelo resíduo na hipótese da conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade”.

1867 “[...] 3. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9o. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. [...]” (STJ, REsp 1530234/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015). [...] 1. A capitulação de condutas ao art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa exige para a sua caracterização a demonstração de: (a) prejuízo ao erário; e, (b) elemento subjetivo, que pode ser dolo ou culpa grave. Precedentes do STJ. [...]” (STJ AgInt no REsp 1580128/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016).

1868 DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 245-246. Questão interessante levantada pelos autores é que a proibição de contratar com o poder público impõe-se tanto ao agente ímprobo quanto à pessoa jurídica de que seja sócio majoritário, revelando hipótese de eficácia reflexa da sentença. Seguindo esse raciocínio, afirmam que a pessoa jurídica poderá integrar a lide como assistente simples de seu sócio majoritário.

1869 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 253.

1870 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 2.ª ed., vol. II, Madri, Civitas, 1981, p. 387.

o procedimento estruturado em contraditório<sup>1871</sup>, caracterizado por uma manifestação complexa de vontades<sup>1872</sup>.

A compreensão deste corolário que rege o procedimento administrativo é fundamental, pois essa estruturação em contraditório obriga o respeito ao princípio constitucional do *due process of law* e, conseqüentemente, resguarda o direito de influência e dever de debate<sup>1873</sup> do investigado no procedimento administrativo. Ocorre, entretanto, que a incidência do princípio do contraditório no PAD e no IC ocorre em graus diferenciados, justamente em razão da diferença entre suas naturezas.

Dito isso, o grau de incidência do princípio do contraditório na fase investigatória será determinante para sua qualificação, em termos abstratos, como processo ou procedimento. Assim, o PAD será sempre um processo administrativo, já que a finalidade desse procedimento exige o contraditório e ampla defesa para imposição de sanções. Já a incidência do contraditório no inquérito civil, apesar de encorajada, poderá ser mitigada a depender de algumas condições fáticas, como será tratado adiante no item 4.6.2.3.

O procedimento administrativo que disciplina a investigação e apuração de atos de improbidade administrativa praticados por agente público está previsto nos arts. 14, 15 e 16 da Lei 8.429/92.

O referido procedimento administrativo tratado no capítulo V da LIA, portanto, poderá ocorrer de 2 (duas) formas distintas, quais sejam: (i) mediante processo administrativo disciplinar conduzido pelo próprio órgão da Administração Pública, hipótese em que exercerá o poder de autotutela que lhe compete (art. 5º, inciso XXXIV, CRFB e art. 14, *caput*, da LIA) ou (ii) por intermédio de inquérito civil instaurado pelo Ministério Público (art. 129, incisos III e VIII, CRFB e art. 14, §2º, da LIA).

Nesse mesmo sentido afirma Marino Pazzagliani Filho ao interpretar o art. 14 da Lei 8.429/92, conforme transcrição abaixo, *in verbis*:

“Enfatiza a norma o direito de qualquer pessoa de representar tanto à autoridade administrativa competente, que tem o dever de exercer a autotutela dos atos administrativos praticados por seus agentes públicos (controle interno), quanto diretamente ao Ministério Público, que detém atribuição constitucional de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, da CF), e, conseqüentemente, para instauração de procedimento investigatório destinado a apurar a prática de ato que possa configurar improbidade administrativa”.<sup>1874</sup>

É importante salientar, contudo, que a instauração de procedimento administrativo não é condição obrigatória para o ajuizamento de ação civil de improbidade administrativa em desfavor do agente público que praticou o ato ímprobo<sup>1875</sup>.

A relevante pertinência da instauração desse procedimento investigatório prévio, no entanto, decorre do art. 17, §6º, da LIA, que estabelece que a petição inicial da ação civil de improbidade deverá ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas.

Dessa forma, uma vez que um dos requisitos do ajuizamento da referida ação judicial é o lastro probatório robusto da peça, mostra-se de grande conveniência essa fase administrativa para colheita de elementos e informações acerca do ato ilícito, ilegal e ilegítimo praticado. Importante destacar, ainda, que se pretendeu, através da inclusão *a posteriori* dos §§5º a 12º ao art. 17 da LIA em 2001, evitar a propositura de demandas temerárias de improbidade

1871 FAZZALARI, Elio. “Processo. Teoria generale”. *Novissimo Digesto Italiano*, v. 13, p. 1072.

1872 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Malheiros. 2014, p. 505.

1873 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p.180.

1874 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal* – 7.ª ed.– São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico, p. 158.

1875 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal* – 7.ª ed.– São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico, p. 160.

administrativa<sup>1876</sup>.

Ressaltamos, entretanto, que caso a denúncia realizada mediante representação ao Ministério Público já contenha elementos indiciários concretos e suficientes, não haverá óbice ao ajuizamento, de plano, da ação civil de improbidade administrativa pelo *parquet* ou pela pessoa jurídica interessada, nos termos do art. 17, *caput*, da LIA.

Essa representação ao MP ocorre nas seguintes etapas: (i) denúncia realizada na sala de atendimento ao cidadão (SAC), instrumentalizada em notícia de fato (NF) e distribuída ao gabinete do Promotor de Justiça (MP) ou Procurador da República (MPF) com a respectiva atribuição para sua apreciação; (ii) conversão da NF em procedimento preparatório para colheita de mais informações em sede de investigação preliminar<sup>1877</sup>, se necessário; (iii) instauração de inquérito civil para prosseguimento da apuração dos fatos e juntada de documentos; (iv) e, por fim, propositura da ação civil de improbidade (art. 1º, Resolução 174/2017 CNMP; arts. 1º e 2º, §4º, da Resolução 23/2007 do CNMP).

Cumpramos destacar, todavia, que a dispensa do procedimento administrativo somente é possível na hipótese da representação perante o *parquet*, não sendo compatível à finalidade do PAD. Logo, o fim último do inquérito civil, que é a propositura de ação civil de improbidade pelo MP, poderá ocorrer sem a sua instauração, mas a imposição de sanções administrativas ao servidor pela Administração Pública (art. 127 da Lei 8.112/90) não ocorrerá antes do devido trâmite legal do PAD.

Não obstante haver a possibilidade de dispensa do procedimento administrativo perante o MP, não há ofensa ao princípio do contraditório, pois o inquérito civil tem como finalidade principal a colheita de informações e documentos e, ademais, a participação do investigado será plenamente assegurada na fase judicial, momento em que as sanções poderão ser aplicadas.

A dispensa do processo administrativo, por sua vez, não é lícita para o alcance da finalidade do PAD. Considerando que um dos resultados do PAD, quando apurado e confirmado o cometimento do ato ímprobo pela comissão processante, é a própria demissão do agente público (art. 132, inciso IV, Lei 8.112/90), esta somente poderá ocorrer por meio de processo administrativo disciplinar em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Esse é o procedimento adequado pois, não obstante a robustez da prova trazida na denúncia à Administração Pública, o servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de PAD, nos termos do art. 22 da Lei 8.112/90.

Cabe destacar, ainda, que tanto no inquérito civil quanto no PAD poderá o órgão responsável pela instauração do procedimento administrativo agir de ofício (art. 2º, inciso XII, da Lei 9.784/99; art. 22 da LIA e art. 143 da Lei 8.112/90), desde que o ato administrativo instaurador do procedimento investigatório seja corroborado em algum indício mínimo da prática do ato ímprobo, devendo estar evidente o *fumus boni iuris*.

Salientamos, por fim, que não há qualquer impedimento à concomitância de ambos procedimentos administrativos (PAD e Inquérito Civil) sobre o mesmo fato, podendo as autoridades competentes para a instauração dos expedientes, inclusive, oficiarem-se para requisitar que cada uma inicie e proceda a investigação no âmbito de sua competência, nos termos do art. 15 da LIA, arts. 171 e 154 da Lei 8.112/90 e art. 26, inciso III, da Lei 8.625/93. Nesse mesmo sentido se posiciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

“[...] Nada, entretanto, impede que o Ministério Público officie à autoridade administrativa para que instaure o devido processo administrativo. A concomitância dessas duas investigações não gera qualquer espécie de *bis in idem*, até porque o inquérito civil é destinado exclusivamente para a colheita de elementos para a propositura da ação principal, enquanto o processo administrativo disciplinar visa também a aplicação de sanções administrativas”.<sup>1878</sup>

Conclui-se, por conseguinte, que a atuação conjunta e simultânea entre o *parquet* e o órgão da Administração

1876 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005, p. 77-124.

1877 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal* – 7.ª ed. – São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico, p. 166.

1878 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 255.

Pública competente para a instauração do processo administrativo disciplinar é possível, não havendo que se falar em *bis in idem*. Nesse panorama, vislumbra-se, ainda, a possibilidade de utilização de prova emprestada entre os procedimentos administrativos (Inquérito Civil, Inquérito Penal e PAD) para construção do convencimento, em sintonia ao princípio da economia processual<sup>1879</sup>.

#### 46.2.1. LEGITIMIDADE PARA DENÚNCIA

A legitimidade para denúncia de ato de improbidade praticado por agente público, instrumentalizada através de representação perante o órgão da Administração Pública ou do Ministério Público, é livre a qualquer pessoa, nos termos do art. 14, *caput*, da LIA.

Esse direito de petição, ou direito de acionar<sup>1880</sup>, é, inclusive, garantido constitucionalmente no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Carta Magna, que estabelece que é assegurado a todos o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Salientamos, ainda, que o exercício do direito de petição pelos servidores públicos não é uma faculdade, mas um dever (art. 116, inciso XII, da Lei 8.112/90), cujo descumprimento tipifica o ilícito penal de condescendência criminosa previsto no art. 320 do Código Penal.

A realização da denúncia, por sua vez, deve preencher os requisitos formais elencados no §1º do art. 14 da Lei 8.429/92, que determina que a representação será escrita ou reduzida a termo e assinada, contendo a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e as indicações das provas de que tenha conhecimento. A regra em comento vai ao encontro da norma constitucional presente no art. 5º, inciso IV, da CRFB, que estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

Cumprir destacar que a representação é livre e garantida a qualquer pessoa, tanto natural quanto jurídica, restando os representantes legais da pessoa jurídica responsáveis pela denúncia por ela apresentada<sup>1881</sup>.

#### 46.2.2. DENÚNCIA ANÔNIMA

A necessidade da qualificação do denunciante é de suma importância para evitar o denunciismo infundado<sup>1882</sup>, que diz respeito à representação vazia visando exclusivamente manchar a imagem e honra do agente público. O art. 19 da LIA, a seu turno, previu que essa denúncia contra agente público quando o autor o sabe inocente é crime, impondo sanções tanto penais quanto civis, sendo cabível pleitear cumulativamente indenização pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver sofrido.

A qualificação do denunciante se apresenta, portanto, mais uma vez necessária, haja vista que a denúncia apócrifa impediria a responsabilização do mesmo tanto pelo crime de denúncia caluniosa (art. 339, CP) quanto pelo delito previsto no art. 19 da LIA<sup>1883</sup>, tornando ineficazes as normas contidas em ambos os tipos penais.

Inobstante a preocupação do legislador com a denúncia apócrifa, existem determinadas hipóteses em que a qualificação do denunciante pode gerar óbice insuperável ao exercício do direito de petição<sup>1884</sup>. Isso porque há casos

1879 STJ, EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014. (Informativo de Jurisprudência do STJ nº 543). “É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será trasladada”.

1880 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005, p. 108.

1881 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 254.

1882 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 255.

1883 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272. Trata o autor de quando deve ser aplicado cada um dos tipos penais, afirmando que “Assim, nada impede que alguém atribua, falsamente, a algum agente público a prática de ato de improbidade administrativa que, no entanto, não seja tipificado como crime. Nesse caso, esse alguém incorre na previsão do art. 19 da Lei nº. 8.429/92; contudo, quando a representação, de qualquer forma, imputar, falsamente, a prática de ato de improbidade administrativa que, ao mesmo tempo, seja definido como crime incorrerá na previsão do art. 339 do Código Penal.”

1884 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev.,

em que o próprio denunciado é o responsável por receber e dar andamento à denúncia ou, ainda, hipóteses em que o agente público praticante do ato ímprobo ocupa posição hierárquica de poder tal na República que inibe a denúncia em seu desfavor por receio de represálias políticas.

Diante dessas condições, evidente se mostra a flexibilização das regras contidas no art. 14, §1º, da Lei 8.429/92 e no art. 5º, inciso IV, da CRFB, podendo o direito de petição ser exercido mediante denúncia anônima. Nesse panorama, visando garantir segurança ao denunciante anônimo sem, por outro lado, facilitar a ocorrência do denunciismo infundado, a representação apócrifa somente será admitida se contiver elementos e informações robustas, sérias e verossímeis, conforme entendimento exarado da súmula 611 do STJ<sup>1885</sup> e do art. 2º, §3º, da Resolução CNMP 23/2007<sup>1886</sup>.

### 46.2.3. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD)

O processo administrativo disciplinar, enquanto instrumento formal por meio do qual a Administração Pública apura infrações de seus agentes públicos e aplica as devidas sanções, de caráter acusatório<sup>1887</sup>, costuma ser precedido da sindicância. Apesar de ser instituto utilizado amplamente em todas as esferas de poder (municipal, estadual e federal), não há legislação que trate do PAD de forma global para todos os entes da Administração Pública.

Há previsão expressa que disciplina sua aplicação, no entanto, nos arts. 143 a 182 da Lei Federal 8.112/90. Apesar desse diploma legal tratar do PAD especificamente para os órgãos da Administração Pública Federal, as diversas legislações em âmbito estadual e municipal que o regulam em suas esferas de competência costumam basear-se nas regras estabelecidas pela Lei Federal.

Ressalvamos que a Lei 9.784/99 será aplicada subsidiariamente aos pontos omissos tanto da Lei 8.112/90 quanto das leis específicas em suas esferas de competência no que tange ao processo administrativo disciplinar, conforme estabelece o art. 69 da Lei 9.784/99.

A sindicância, a seu turno, é um procedimento administrativo de caráter não litigioso que objetiva apurar preliminarmente a existência da infração, sua autoria e seu elemento subjetivo<sup>1888</sup>. A sindicância, conforme prescreve o art. 145 da Lei 8.112/90, poderá resultar em: (i) arquivamento do processo; (ii) aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias; (iii) instauração de processo administrativo disciplinar.

Fazendo uma breve comparação, pode-se dizer que, no campo do direito administrativo, o inquérito civil está para a ação civil pública, assim como a sindicância está para o processo administrativo disciplinar<sup>1889</sup>.

O desfecho do PAD, nos termos do art. 127 da Lei 8.112/90, poderá resultar nas seguintes hipóteses: (i) advertência; (ii) suspensão; (iii) demissão; (iv) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; (v) destituição de cargo em comissão; (vi) destituição de função comissionada; (vii) reconhecimento da inocência do servidor, com o consequente arquivamento do PAD (art. 167, §4º, Lei 8112/90).

Ponto interessante a ser destacado é que, ainda que haja condenação do servidor público no PAD, quando a infração disciplinar também configurar crime tipificado pelo CP e houver propositura de ação penal que resulte em sentença absolutória, afastar-se-á a responsabilidade administrativa do servidor, revelando verdadeira vinculação da decisão administrativa à decisão judicial penal (art. 126 da Lei 8.112/90).

atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 256.

1885 Desde que devidamente motivada e com amparo em investigação ou sindicância, é permitida a instauração de processo administrativo disciplinar com base em denúncia anônima, em face do poder-dever de autotutela imposto à Administração. (Súmula 611, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJE 14/05/2018).

1886 No âmbito do inquérito civil, o conhecimento por manifestação anônima, justificada, não implicará ausência de providências, desde que obedecidos os mesmos requisitos para as representações em geral, constantes no artigo 2º, inciso II, desta Resolução.

1887 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 259.

1888 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 1051.

1889 DALLARI, Adilson de Abreu. Limitação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 38.



Importante destacar, por fim, que tanto o MP quanto o Tribunal de Contas poderão, a requerimento, designar representante para acompanhar o PAD instaurado pelo órgão da Administração Pública, conforme prevê o art. 15, Súnico, da Lei 8.429/92.

Os temas da sindicância e do processo administrativo disciplinar, especialmente no que tange às suas formas, prazos e efeitos, foram tratados com maior minúcia no capítulo 13 deste trabalho.

#### 46.2.4. INQUÉRITO CIVIL

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CRFB), tendo como uma de suas funções institucionais a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III, CRFB e art. 6º, inciso VII, da LC 75/93).

O inquérito civil, por sua vez, trata-se de procedimento administrativo investigatório, de caráter formal, tendencialmente inquisitivo, instaurado e presidido exclusivamente pelo Ministério Público<sup>1890</sup>, sendo disciplinado pela Res. 23/2007 do CNMP. Importante trazer à baila a definição do conceito de inquérito civil apresentada por Celso de Mello Filho:

“Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública”.<sup>1891</sup>

O objetivo desse procedimento administrativo, portanto, num primeiro momento, é a colheita de elementos acerca do ato ímprobo para que, eventualmente, seja ajuizada a ação civil de improbidade. Atualmente, todavia, além desse caráter instrutório do inquérito civil, a justiça multiportas<sup>1892</sup> possibilitou a autocomposição extrajudicial dos conflitos pelo próprio órgão ministerial, mediante utilização das técnicas da mediação, conciliação, transação, celebração de termo de ajustamento de conduta etc.<sup>1893</sup>

Dessa forma, além do caráter tendencialmente inquisitivo do IC, observa-se que ele serve de instrumento à atuação resolutiva do Ministério Público, que deixou de operar apenas visando levar o objeto da denúncia à tutela jurisdicional, passando também a atuar ativamente na tentativa de resolução extrajudicial do conflito, nas hipóteses em que cabe a autocomposição (Resolução 118/2014, CNMP).

##### 46.2.4.1. NÚCLEO DE COMBATE À CORRUPÇÃO (NCC/MPF) OU GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO (GAECO/MP ESTADUAL)

Os atos de improbidade administrativa são investigados, apurados, e levados à tutela jurisdicional por órgão interno específico do Ministério Público, destinado ao combate à corrupção, conforme determina a Recomendação nº 42/2016 do CNMP. Este órgão no MPF é o Núcleo de Combate à Corrupção (NCC), enquanto no MP estadual é o Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECO), ambos tendo como um de seus objetivos a persecução de agentes ímprobos.

Dessa forma, nos termos do art. 1º da Recomendação supracitada, tanto as iniciativas civis quanto as criminais

1890 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 286.

1891 Enquanto assessor do gabinete civil da Presidência da República proferiu essa manifestação no processo concernente ao projeto que veio a converter-se na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85). In: DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 285.

1892 A justiça multiportas, cujo objetivo é a instituição de meios alternativos de resolução de conflitos, é prestigiada no direito processual civil com sua positividade no art. 3º, §§2º e 3º e arts. 165/175, todos do CPC, e, ainda, na Resolução 118/2014 do CNMP e art. 36, §4º, da Lei 13.140/15.

1893 MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei da ação civil pública: revisada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 410.

contra atos de improbidade administrativa serão dirimidas pelo mesmo órgão ministerial, NCC no *parquet* federal e GAECO no *parquet* estadual.

O NCC no MPF/ES, por exemplo, é composto pelo 1º, 8º e 9º Ofícios Criminais Especializados da Procuradoria da República em Vitória. Esse núcleo tem como atribuição os autos judiciais e extrajudiciais, cíveis e criminais, pertinentes à temática da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, cuja esfera de atuação está delimitada na nova redação dada ao art. 2º, §5º, da Resolução CSMPF nº 20/96 pela Resolução CSMPF nº 14,8/2014<sup>1894</sup>.

#### 46.2.4.2. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Conforme já abordado no início do capítulo, a instauração de inquérito civil é facultativa e, portanto, não é condição para o ajuizamento da ação civil de improbidade (art. 1º, § único, da Resolução 23 do CNMP). Ademais, é possível que o contraditório seja diferido nessa fase pré-processual, haja vista que esse corolário do devido processo legal é plenamente assegurado na fase processual quando do ajuizamento da ação judicial e, por óbvio, em decorrência da própria função investigatória do inquérito civil<sup>1895</sup>.

A conveniência de sua instauração, entretanto, é latente pela necessidade de instrução da exordial da ação principal com indícios suficientes da autoria e materialidade do ato ímprobo praticado pelo agente público (art. 17, §6º, da LIA).

Percebe-se, portanto, que ainda que seja de bom alvitre o exercício do contraditório no inquérito civil, ele poderá ser mitigado, visando garantir a finalidade própria desse procedimento administrativo, qual seja, a colheita de provas para a formação de lastro probatório robusto que instruirá a peça inicial da ação coletiva<sup>1896</sup>.

A garantia deste corolário no IC, por sua vez, prestigia o princípio da economia processual, possibilitando a utilização de prova já produzida ao longo do procedimento administrativo na fase instrutória do processo judicial (art. 372 do CPC)<sup>1897</sup>, bem como a dispensa da prova pericial (art. 472 do CPC). O princípio do contraditório no IC, a título de exemplo, foi expressamente disciplinado no art. 22 da Resolução 006/2014 do Colégio de Procuradores de Justiça do MPES<sup>1898</sup>.

1894 § 5º À 5ª Câmara de Coordenação e Revisão incumbe atuar nos feitos relativos aos atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8429/92 e conexos, bem como nos crimes previstos no Capítulo I, do Título XI, do Código Penal (crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral), exceto nos enunciados nos artigos 323 e 324); nos previstos nos artigos 332, 333 e 335, do Capítulo II, do Título XI, do Código Penal (crimes praticados por particular contra a administração em geral); nos enumerados no Capítulo II-A, do Título XI, do Código Penal (crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira); nos enumerados no Decreto-Lei nº 201/67 (crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores); nos previstos nos artigos 89 a 98, da Seção III, do Capítulo IV, da Lei 8666/93 (Lei das Licitações) e seus conexos.

1895 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 296.

1896 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 298.

1897 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 307. Acerca do instituto da prova emprestada, assim se posicionam Didier Jr. e Zaneti Jr. “Justamente pela simultaneidade das investigações resultar em colheita de provas relevantes em procedimentos diversos, as decisões do STJ são firmes em admitir a possibilidade da prova emprestada entre o inquérito policial e o procedimento administrativo; a mesma possibilidade existe também quanto ao processo coletivo. O CPC disciplinou a possibilidade da utilização da prova emprestada no processo civil, art. 372. Há, respeitado o contraditório, a possibilidade de um intercâmbio de provas entre os distintos processos e entre os distintos procedimentos investigatórios”.

1898 Art. 22. O presidente do inquérito civil ou do procedimento preparatório, deverá ouvir, ao final, o(s) investigado(s), podendo o(s) mesmo(s) se fazer (em) acompanhar por advogado, facultada a apresentação de informações por escrito, no prazo máximo de 15 (quinze) dias. § 1º Não se aplica o disposto no *caput*, deste artigo, nas hipóteses seguintes: I - quando haja dificuldade justificada em fazê-lo; II - quando em situações justificadas de urgência; III - quando, de qualquer modo, possa refletir prejuízo à eficácia da investigação; IV - quando já fora ouvido em outro procedimento investigatório sobre os fatos investigados, mediante a juntada da respectiva prova emprestada. § 2º Ao ser notificado, o investigado será cientificado dessa condição e da faculdade de se fazer acompanhar por advogado e de trazer os subsídios que entender necessários. § 3º A critério do presidente do inquérito civil, o momento da(s) oitiva(s) do(s) investigado(s) poderá ser antecipado. § 4º No caso do investigado ou seu advogado requerer diligências, o presidente apreciará a conveniência e a oportunidade da sua realização, arcando o(s) investigado(s) com eventuais despesas. § 5º É facultado ao investigado, no curso do inquérito civil, requerer pessoalmente ou por seu advogado, a juntada de documentos aos autos do procedimento, cujo deferimento dependerá da pertinência com o fato investigado. § 6º O defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos.

### 46.2.4.3. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Enquanto é possível a mitigação do princípio do contraditório no IC, a aplicação do princípio da publicidade é quase absoluta, salvo algumas exceções. Sabe-se que a publicidade, enquanto um dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública (art. 37, CRFB), serve à garantia do controle dos atos administrativos do Estado, caracterizando-se como instrumento facilitador da transparência e da fiscalização de eventuais arbitrariedades praticadas pelo Poder Público<sup>1899</sup>.

O princípio da publicidade é disciplinado, no âmbito do IC, pelos arts. 7º e 8º da Resolução 23/2007 do CNMP, impondo a publicização dos procedimentos como regra, e o sigilo como exceção (Lei 12.527/2011). Pretendendo-se a transparência no controle dos atos da Administração Pública, a instauração do IC ocorrerá através de portaria e conterá os requisitos formais exigidos em lei (art. 4º da Resolução 23/2007 do CNMP).

O sigilo previsto no *caput* do art. 7º da Res. 23/2007 do CNMP decorre das hipóteses em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações (art. 23, inciso VIII e art. 25, ambos da Lei 12.527/2011) ou, ainda, quando os autos do procedimento administrativo contiverem informações sigilosas do investigado (art. 6º, inciso III, Lei 12.527/2011)<sup>1900</sup>. Também haverá mitigação do princípio da publicidade quando a ampla divulgação puder causar dano significativo à imagem do investigado<sup>1901</sup>.

### 46.2.4.4. FASES DO INQUÉRITO CIVIL

O inquérito civil pode ser dividido em três fases<sup>1902</sup>, quais sejam: (i) instauração, através de portaria (art. 4º, Resolução 23/2007 do CNMP); (ii) produção das provas (art. 6º, Resolução 23/2007 do CNMP); (iii) conclusão. O resultado da apuração dos fatos no inquérito civil pelo órgão ministerial pode resultar em: (a) arquivamento do inquérito (art. 10, Resolução 23/2007 do CNMP e art. 9º da Lei 7.347/85); (b) celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 14, Resolução 23/2007 do CNMP e art. 1º, §2º, da Resolução 179/2017 do CNMP), que possui natureza de título executivo extrajudicial<sup>1903</sup> ou (c) ajuizamento da ação civil de improbidade.

Cabe ressaltar que as hipóteses de indeferimento liminar de requerimento de instauração do inquérito civil estão previstas no art. 5º da Resolução 23/2007 do CNMP, cabendo interposição de recurso administrativo, no prazo de 10 (dez) dias. Destacamos, por fim, que o inquérito civil deverá ser concluído no prazo de um ano, prorrogável pelo mesmo período e quantas vezes forem necessárias, por decisão fundamentada de seu presidente, conforme prescreve o art. 9º, também da Resolução 23/2007 do CNMP.

## 46.3. PROCESSO JUDICIAL

A ação civil de improbidade administrativa pretende a tutela jurisdicional coletiva adequada, tempestiva e efetiva de um direito difuso, qual seja, a proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa<sup>1904</sup>. Processo coletivo, por sua vez, pode ser definido como aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa – art. 81, CDC) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva de titularidade

1899 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 178. Cumpre destacar que o Ministério Público (tanto da União quanto do Estado) no estado do Espírito Santo, alcançou índice de 99,8% no Portal da Transparência do Ministério Público durante o segundo semestre de 2019, cujo desempenho diz respeito ao controle social da execução orçamentária, financeira e administrativa e, ainda, quanto à garantia do direito ao acesso à informação ao público (resoluções 86 e 89 do CNMP). Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/datatransparencia/transparentometro> >. Acesso em: 01.07.2020.

1900 MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 428.

1901 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. In *Processo Civil Coletivo*. MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 224.

1902 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 112.

1903 Dessa forma prescreve o art. 5º, §6º, da Lei 7.347/85. Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [...] § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

1904 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 189.

de um grupo de pessoas<sup>1905</sup>.

Dessa forma, considerando que o direito material tutelado pela ação civil de improbidade é um interesse ou direito difuso, haja vista ser transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (art. 81, § único, inciso I, CDC), deverá ser exercido em juízo a título coletivo e, portanto, será regido pelas normas e princípios do microsistema coletivo<sup>1906</sup>. Nesse mesmo sentido se posiciona Daniel Amorim Assumpção Neves ao afirmar que:

“Não parece haver dúvida que o direito à proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa seja um direito difuso, nos termos do art. 81, § único, inciso I, do CDC. Trata-se de direito que tem como titular a coletividade, sendo, portanto, transindividual. A natureza é indiscutivelmente indivisível, não sendo possível proteger ou violar o patrimônio público ou a moralidade administrativa somente para alguns sujeitos que compõem a coletividade e não para outros. Os sujeitos beneficiados pela tutela são indeterminados ou indetermináveis, sendo reunidos por uma situação de fato, qual seja, o ato de improbidade administrativa”.<sup>1907</sup>

A importância da caracterização da ação civil de improbidade como uma ação coletiva está na identificação da prioridade na aplicação das regras de determinados diplomas legais em detrimento de outros e, ainda, em conferir interpretação alinhada às diretrizes do processo coletivo na aplicação de regras que estão fora desse microsistema coletivo.

Dito isso, a aplicação do CPC na ação de improbidade não é subsidiária, mas eventual<sup>1908</sup> e, quando aplicada, deve ser interpretada conforme os princípios do processo coletivo, em especial o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado<sup>1909</sup> ou, como prefere Sundfeld, princípio da autoridade pública<sup>1910</sup>. Nesse diapasão, a incidência das normas do CPC aos processos coletivos deve ocorrer apenas quando houver lacuna nas regras do núcleo duro do microsistema coletivo e, ainda, em consonância com ele.

O núcleo duro do microsistema coletivo é composto pelas Leis 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública - LACP), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 4.717/65 (Lei da Ação Popular - LAP), tendo como demais diplomas desse microsistema a Lei 8.429/92 (LIA), a Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança Coletivo) e outras leis avulsas<sup>1911</sup>.

Sendo assim, sempre que for caracterizada a demanda como coletiva, em decorrência de seu interesse público, da dimensão do dano e do manifesto interesse social, aplicar-se-ão as normas do microsistema coletivo (diálogo de fontes<sup>1912</sup>), conforme arremata Zaneti Jr.:

“Retomando, são aspectos que ressaltam o interesse público e o manifesto interesse social dessas demandas: a) a natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, saúde, educação, probidade administrativa, ordem econômica etc.); b) as dimensões ou características do ato ilícito ou da lesão; c) o elevado número de pessoas atingidas. [...] Daí a obrigatória e constitucional intervenção do Ministério Público nos processos coletivos,

1905 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 37.

1906 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 177.

1907 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 189.

1908 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 177.

1909 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Malheiros. 2014, p. 70.

1910 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009, p. 154.

1911 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 70.

1912 MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004, p. 29. A autora introduz a ideia de que: “Aceite-se ou não as razões a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microrrecodificação (como a do CDC) trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema)”.

quer nos processos coletivos das ações coletivas (microsistema, em que atuam como núcleo a LACP e CDC), quer no processo coletivo das questões repetitivas (art. 928, CPC)”.<sup>1913</sup>

Cumpra destacar que a ação civil de improbidade é de natureza cível, conforme exegese do disposto no art. 37, §4º, da CRFB. O enunciado normativo em comento dispõe que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, *sem prejuízo da ação penal cabível*.

Assim, os atos de improbidade que também se enquadrarem como crimes contra a Administração Pública (título XI do Código Penal) terão a persecução penal pelo órgão ministerial, enquanto os atos de improbidade previstos nos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92, arts. 5º e 6º da Lei 12.813/2013 e demais leis avulsas que tratem de atos de improbidade serão dirimidos na seara cível, com a aplicação das penas previstas no art. 12 da LIA<sup>1914</sup>. Cabe ressaltar que a persecução em ambas as esferas (cível e criminal) será conduzida pelo órgão especializado do Ministério Público.

Ressaltamos, ainda, que determinados agentes políticos estão sujeitos ao duplo regime sancionatório, podendo ser responsabilizados civilmente pela LIA e político-administrativamente pela Lei 1.079/50<sup>1915</sup>, à exceção do Presidente da República, a quem se aplicará exclusivamente as sanções previstas na Lei 1.079/50, já que o ato de improbidade administrativa praticado configura crime de responsabilidade, conforme previsão constitucionalmente expressa (art. 85, V, CRFB)<sup>1916</sup>.

A legitimidade ativa para propositura da ação civil de improbidade administrativa é conferida tanto ao Ministério Público (legitimação extraordinária<sup>1917</sup> – art. 18, CPC) quanto à pessoa jurídica interessada e, ainda que essa ação coletiva pretenda uma tutela jurisdicional diferenciada<sup>1918</sup>, com a possibilidade de efetivação de medida cautelar típica, seguirá o rito ordinário (comum), como prescreve o art. 17, *caput*, da LIA.

Inobstante a possibilidade de propositura da ação tanto pelo MP quanto pela pessoa jurídica interessada, observa-se estatisticamente que as ações civis de improbidade são majoritariamente ajuizadas pelo Ministério Público, pelo menos no âmbito do *parquet* estadual do Espírito Santo<sup>1919</sup>. A análise em âmbito nacional restou prejudicada em razão da insuficiência de informações num banco de dados geral do CNJ.

1913 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 64.

1914 WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, v.35, n.138, abr./jun. 1998, p. 213-216. Segundo os autores: “Não é preciso dizer, também, que muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que também podem dar ensejo à perda do cargo ou da função pública como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de ‘atos de improbidade’, constante do art. 9º da Lei nº 8.429/92, e os delitos contra a Administração praticados por funcionário público (Código Penal, arts. 312 e seguintes, especialmente os crimes de peculato, art. 312, concussão, art. 316, corrupção passiva, art. 317, prevaricação, art. 319, e advocacia administrativa, art. 321)”.

1915 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. –8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 77. No mesmo sentido se posicionam os autores, afirmando, ainda, que: “[...] o agente político pode ser responsabilizado, pelo mesmo fato, com fundamento na legislação especial, que trata do crime de responsabilidade, e na Lei 8.429/1992, ressalvada a aplicação de sanções políticas, sem que isso configure *bis in idem*. No processo e julgamento por crimes de responsabilidade serão aplicadas as sanções políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), enquanto na ação judicial de improbidade administrativa o magistrado aplicará as demais sanções elencadas na Lei 8.429/1992 (ressarcimento ao erário, multa civil etc.)”.

1916 STF, Pet 3.240 AgR/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-171 22.08.2018 (Informativo de Jurisprudência do STF 901).

1917 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64. Ademais, além da previsão expressa do art. 17 da LIA, *caput*, da LIA, a súmula 329 do STJ estabelece que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

1918 ARMELIN, Donald. *Tutela jurisdicional diferenciada*. *RePro*, São Paulo, n. 65, jan.-mar. 1992. p. 45; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*. 2.ed. São Paulo: RT, 1997. p. 14-15. Segundo os autores, a tutela jurisdicional diferenciada é aquela por meio da qual são adotadas técnicas e procedimentos diferenciados para melhor tutelar o direito material objeto da demanda.

1919 LINO, Daniela Bermudes; ZANETI JR., Hermes. *Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil*. In: Revista Consultor Jurídico, 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opiniao-dados-efetividade-acoes-coletivas-brasil#:~:text=J%C3%A1%20na%20Justi%C3%A7a%20Federal%20e,coletivas%20e%20325%20a%C3%A7%C3%B5es%20populares.>>. Acesso em 30/06/2020. Afirmando os autores que: “[...] Um exemplo pode ser dado a partir do número de ações de improbidade administrativa. Segundo o CNJ, ingressaram, em 2017, no Espírito Santo, 201 ações de improbidade administrativa. Já os dados do MP-ES registraram 171 ações de improbidade administrativa. Essa diferença de 30 ações permitiria trabalhar com três hipóteses: a) problema na pesquisa, como má alimentação (erro humano); b) o eventual ajuizamento de ação de improbidade administrativa sem a instauração de procedimento extrajudicial; ou, ainda, c) o ajuizamento de ações de improbidade pela própria pessoa jurídica interessada, na qual o Ministério Público atuaria apenas como fiscal do ordenamento jurídico”.

A ação principal tratada pelo art. 17, *caput*, da LIA, é, pois, uma ação de conhecimento que pretende o reconhecimento do ato ímprobo e a condenação do réu, com a consequente imposição das penas previstas no art. 12 da LIA<sup>1920</sup>.

Esse processo coletivo poderá se valer da técnica diferenciada das tutelas cautelares que, em sede de improbidade administrativa, subdividem-se em três espécies típicas: (i) indisponibilidade de bens<sup>1921</sup> (art. 7º, LIA); (ii) sequestro (art. 16, LIA); e (iii) afastamento temporário de cargo, emprego ou função (art. 20, § único, LIA).

A tutela cautelar na improbidade administrativa pode ser requerida em ação autônoma cautelar acessória típica<sup>1922</sup>, que caducará na hipótese de não ajuizamento da ação principal em 30 (trinta) dias (art. 17, *caput*, LIA), ou através de pleito de tutela de urgência de natureza cautelar no bojo dos próprios autos da ação principal, com a devida demonstração do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que comprovem o risco de dilapidação ou ocultação patrimonial<sup>1923</sup>, nos termos do art. 300 e seguintes do CPC.

Dessa forma, considerando que o processo principal é o instrumento para a composição da lide ou para satisfação do direito, o processo cautelar é o instrumento para que essa composição ou satisfação seja viável de forma prática no mundo dos fatos<sup>1924</sup>.

Além das cautelares típicas, a defesa prévia (art. 17, §7º, LIA) e a intimação da pessoa jurídica interessada para integrar quaisquer dos polos da demanda ou se manter inerte (art. 17, §3º, LIA) configuram certa especialidade procedimental à ação civil de improbidade que, no entanto, não afastam o rito comum dessa ação de conhecimento<sup>1925</sup>.

### 46.3.1. PETIÇÃO INICIAL

A única regra que trata da petição inicial na Lei 8.429 é o art. 17, §7º, que disciplina apenas a instrução de tal peça e não ela em si. Dessa forma, mostra-se necessária a aplicação do art. 319 do CPC que, por sua vez, contém os requisitos da exordial.

- 
- 1920 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Livro eletrônico, p. 267.
- 1921 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 396. Cumpre destacar o posicionamento do autor acerca da desnecessidade de demonstração do *periculum in mora* para deferimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens: “A indisponibilidade de bens exige os pressupostos gerais da medida de cautela (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), considerando que o *periculum in mora* é presumido porque o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, ao determinar de modo expresso que ‘os atos de improbidade administrativa importarão ... a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário...’ (sublinha-se), e sendo a primeira figura nitidamente acautelatória – diversamente da segunda –, evidentemente manda presumir, em relação a ela, o requisito do ‘*periculum in mora*’. O dispositivo constitucional demonstra claramente a imprescindibilidade da providência quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público. Daí a razão do artigo 7º da Lei nº 8.429/92 não esclarecer quais os requisitos exigíveis para a sua concessão, diferentemente de outras medidas acautelatórias”.
- 1922 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 270.
- 1923 Ressalta-se, novamente, que a demonstração do *periculum in mora* é desnecessária para fins de pedido cautelar de indisponibilidade de bens, conforme jurisprudência do STJ. Há “desnecessidade de prova de *periculum in mora* concreto, ou seja, de que o réu estaria dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de *fumus boni iuris*, consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade” (STJ, AgRg no REsp 1.235.176/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 16/12/2013). Segundo entendimento da Corte, o requisito do *periculum in mora* está implícito nos enunciados normativos do art. 37, §4º, da CRFB e do art. 7º da LIA, bastando a presença de fortes indícios da prática de atos de improbidade para que seja decretada a medida a cautelar de indisponibilidade de bens, sendo, ainda, possível o deferimento da medida cautelar sem a oitiva da parte adversa e, pois, antes mesmo da notificação do agente ímprobo para apresentar defesa prévia. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 38: improbidade administrativa – I. 11) É possível o deferimento da medida acautelatória de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, §7º, da Lei n. 8.429/92. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3%020N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 03.07.2020.
- 1924 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 351; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 309; THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 44, p. 65-66; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.553.
- 1925 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 271.

### 46.3.1.1. COMPETÊNCIA

O art. 319, inciso I, do CPC, estabelece que a inicial deverá ser endereçada ao juízo competente. Isto posto, é necessário atenção às regras de competência, uma vez que a ação civil de improbidade, a princípio<sup>1926</sup>, será proposta em primeira instância.

Sempre houve divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da competência originária de tribunal nas ações de improbidade em razão do foro por prerrogativa de função de determinados agentes públicos, cuja justificativa sustentava-se na natureza das sanções aplicadas nessa ação civil de “forte conteúdo penal”<sup>1927</sup>. O STF, contudo, fixou entendimento recente no sentido da não extensão do foro privilegiado às ações de improbidade administrativa, sob o fundamento de que o foro é aplicado restritivamente às ações penais<sup>1928</sup>.

A competência, portanto, a princípio, será do primeiro grau de jurisdição (Justiça Federal ou Justiça Estadual). Considerando que a competência da JE é residual<sup>1929</sup>, as hipóteses de fixação da competência da JF nas ações de improbidade decorrem do inciso III do art. 109 da CRFB e, principalmente, do inciso I do mesmo dispositivo legal. Há, ainda, hipótese de competência superveniente da JF, quando a pessoa jurídica lesionada intimada a integrar a lide (art. 17, §3º, LIA) for alguma daquelas previstas no art. 109, I, da CRFB, impondo-se a prorrogação da competência com a remessa dos autos à JF<sup>1930</sup>.

A definição da comarca (JE) ou seção judiciária (JF) para dirimir o litígio seguirá o princípio da competência adequada<sup>1931</sup>, a partir da análise do fato *in concreto*, impondo-se a competência territorial absoluta<sup>1932</sup> prevista no art. 2º da Lei 7.347/85, que reputa adequado o foro do local onde ocorrer o dano. Caso a extensão do dano seja regional ou nacional, será competente o foro da capital do estado que melhor proporcionar a facilitação: (i) da produção da prova; (ii) da defesa do réu; (iii) da publicidade da ação coletiva; e (iv) da adequada notificação e conhecimento pelo grupo (TRF-2, CC 11965, Des. Federal Guilherme Calmon Nogueira da Gama, E-DJF2R, 30.07.2012).

Finalmente, após a definição do foro, caberá a individualização da vara. É possível que normas de organização judiciária dos tribunais criem varas especializadas em razão da matéria ou da pessoa para julgar determinadas lides.

As varas especializadas para dirimir ações de improbidade administrativa na justiça estadual do Espírito Santo, a título de exemplo, são as denominadas Varas da Fazenda Pública Estadual, Municipal, Registros Públicos, Meio ambiente e Saúde (art. 2º da Resolução nº 47/2014 do TJES).

O art. 5º da Resolução nº 47/2014 do TJES atribuía competência exclusiva ao Juízo de Vitória para conhecer, processar e julgar, na Comarca da Capital (Vitória, Vila Velha, Cariacica, Serra, Viana, Guarapari e Fundão), as ações de improbidade administrativa. Ocorre, porém, que a Resolução nº 18/2018 do TJES revogou o art. 5º da Resolução nº

1926 Exceatua-se a hipótese de ato de improbidade praticado pelo Presidente da República que, a seu turno, qualifica-se como crime de responsabilidade, cujo julgamento compete originariamente ao Senado Federal, nos termos dos arts. 85 e 86 da CRFB e arts. 4º, inciso V, e 9º da Lei 1.079/50.

1927 WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, v.35, n.138, p. 213-216, abr./jun. 1998. Afirmam os autores que: “[...] tendo em vista os graves efeitos da decisão para o equilíbrio político-institucional, afigura-se difícil, senão impossível, sustentar que as autoridades que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns e de responsabilidade possam perder o cargo e ter os seus direitos políticos suspensos em decorrência de sentença condenatória proferida por juiz de primeiro grau, mesmo fora do contexto específico do direito penal [...] Impõe-se, assim, reconhecer a incompetência absoluta dos juízes de primeiro grau para julgar ação de improbidade em relação a Ministros de Estado e membros de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, sendo o Supremo Tribunal Federal detentor de competência para processar e julgar as referidas ações”.

1928 STF, Pet 3.240 AgR/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe-171 22.08.2018 (Informativo de Jurisprudência do STF 901).

1929 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 229.

1930 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 235.

1931 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 147. Ainda sobre a competência adequada, sustenta-se que quando o dano for de âmbito regional ou nacional, para fins de fixação de competência, deve ser levada em consideração a facilitação da produção da prova e da defesa do réu, a publicidade da ação coletiva e a facilitação da adequada notificação e conhecimento pelo grupo afetado (TRF-2, AG 240840, Des. Federal Carmen Silva Lima de Arruda, 6ª Turma Especializada. E-DJF2R, 04.09.2014).

1932 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 120-121; MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A expressão ‘competência funcional’ no art. 2º da lei da ação civil pública”. In: MILARÉ, Edis (coord.). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 247-255.

47/2014, de forma que todas as Varas Fazendárias da Comarca de Vitória passaram a ser competentes para processar e julgar ações de improbidade administrativa.

Salienta-se, ainda, que em decorrência da modificação da competência absoluta exclusiva da Vara Fazendária da Comarca de Vitória, hipótese que excepciona o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* (art. 43, *in fine*, CPC), a Resolução nº 10/2019 do TJES estabeleceu que as ações de improbidade administrativa que estejam em curso no Juízo de Vitória e ainda não sentenciadas, deverão ser distribuídas aos juízos de Vila Velha, Cariacica, Serra, Viana, Guarapari e Fundão, em razão da revogação do art. 5º da Resolução nº 47/2014 do TJES.

As varas especializadas para dirimir as ações de improbidade administrativa na Seção Judiciária da Justiça Federal do Espírito Santo, por sua vez, são: (i) 3ª e 5ª Varas Federais Cíveis da Subseção da Capital (art. 1º da Resolução nº TRF2-RSP-2018/00019); (ii) 2º Juizado Especial Federal Cível (art. 1º da Resolução nº TRF2-RSP-2018/00019); (iii) Vara Única Federal da Serra (art. 15 e art. 40, Súnico, da Resolução nº TRF2-RSP-2016/00021); (iv) Juizado Especial Federal de Cachoeiro de Itapemirim e 1ª Vara Federal de Cachoeiro de Itapemirim (art. 1º da Resolução nº TRF2-RSP-2017/00069); e (v) as Varas Únicas nas Subseções de Linhares, Colatina e São Mateus (art. 1º da Resolução nº TRF2-RSP-2017/00061).

#### 46.3.1.2. QUALIFICAÇÃO DAS PARTES

A qualificação das partes é requisito formal da petição inicial, prevista no art. 319, inciso II, do CPC, e contera todos os dados necessários à individualização dos sujeitos processuais parciais, a fim de que possa ser possibilitada a citação válida e a definição precisa dos limites subjetivos da demanda<sup>1933</sup>.

Salientamos que a pessoa jurídica lesionada, sempre que não for autora da ação, será intimada, podendo ingressar em quaisquer dos polos da demanda ou se manter inerte, regra nomeada pela doutrina como intervenção móvel<sup>1934</sup> (art. 17, §3º, LIA).

A LIA pretende a responsabilização pessoal do agente ímprobo, podendo este ser pessoa natural ou jurídica, cuja sanção imposta será repressivo-ressarcitória e/ou repressivo-punitiva. Logo, ainda que mais de um agente concorra para prática do mesmo ato de improbidade, não há litisconsórcio necessário entre eles<sup>1935</sup>, por falta de disposição legal, sendo hipótese apenas de litisconsórcio simples e facultativo. Destacamos, ainda, que os efeitos da sentença que proibir o agente ímprobo de contratar com o Poder Público se estendem à pessoa jurídica de que seja sócio majoritário<sup>1936</sup>.

Ademais, quando houver prática de ato de improbidade por agente público em que particular induza, concorra ou se beneficie (art. 3º da Lei 8.429/92), não poderá ser proposta ação civil de improbidade exclusivamente em face do particular, devendo o agente público integrar, obrigatoriamente, o polo passivo da demanda<sup>1937</sup>.

#### 46.3.1.3. FATO E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

O inciso III do art. 319 do CPC aponta que a inicial indicará o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Trata, portanto, do dever da parte de descrever a ocorrência dos fatos do mundo fenomênico que a ensejaram a buscar a tutela jurisdicional. Assim, os fundamentos jurídicos são o liame jurídico entre os fatos e o pedido, que deverá trazer

1933 DIDER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, v.1, 2015, p. 549.

1934 MAZZEI, Rodrigo. A 'intervenção móvel' da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, §3º da LAP e art. 17, §3º da LIA). In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, ano 104, vol. 400, nov-dez, 2008, p.228.

1935 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 38: improbidade administrativa – I. 9) Nas ações de improbidade administrativa, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%20C7%20C3%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 03.07.2020.

1936 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 244-245.

1937 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 38: improbidade administrativa – I. 8) É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%20C7%20C3%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 03.07.2020.



uma explicação à luz do ordenamento jurídico do porquê de merecer o que está pedindo diante dos fatos que narrou<sup>1938</sup>.

O autor da ação de improbidade administrativa deverá descrever os atos ímprobos cometidos pelo agente público e, ainda, enquadrá-los em alguma das hipóteses previstas nos arts. 9º, 10, 10-A e 11 da Lei 8.429/92 da LIA, pleiteando, ainda, a imposição das sanções presentes no art. 12 da mesma lei.

Cabe ressaltar, contudo, que ainda que o autor da ação enquadre os atos ímprobos de maneira equivocada dentre aqueles elencados no capítulo II da LIA, deverá o juiz interpretar os fatos realizando a correta subsunção do fato à norma, em obediência aos princípios do *iura novit curia* e *mihi factum dabo tibi ius*. Nesse íterim, já que é lícito ao juiz adequar a conduta à norma, também deverá julgar conforme a adequação, ainda que isso importe em condenar em sanção diversa daquela pleiteada pelo autor<sup>1939</sup>.

#### 46.3.1.4. PEDIDO COM SUAS ESPECIFICAÇÕES

O art. 319, IV, do CPC, estabelece que a petição inicial indicará o pedido com as suas especificações. Na ação de improbidade administrativa, excetuando-se as medidas cautelares, são geralmente 3 (três) os pedidos formulados: (i) declaração de improbidade do ato apontado na exordial; (ii) aplicação das penas previstas no art. 12 da LIA; (iii) condenação ao ressarcimento por danos causados ao patrimônio público<sup>1940</sup>, se houver. Considerando que a improcedência do primeiro pedido torna os demais prejudicados, observa-se que a cumulação dos pedidos é subsidiária<sup>1941</sup>.

Admite-se, inclusive, em sede de ação civil de improbidade administrativa, o pleito de dano moral coletivo<sup>1942</sup>, cuja importância será revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD)<sup>1943</sup> que trata o art. 13 da LACP. A despeito do posicionamento do ex-ministro Teori Zavascki, que afirmava que a vítima do dano moral é necessariamente uma pessoa natural, já que o dano envolve a dor, o sentimento e a lesão psíquica<sup>1944</sup>, o STJ parece ter pacificado a questão decidindo que basta à configuração do dano moral coletivo a prova que o dano ultrapassou os limites do tolerável e atingiu, efetivamente, valores coletivos<sup>1945</sup>.

Finalmente, destacamos que nas ações de improbidade administrativa não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação do MP ou da pessoa jurídica interessada que integrar o polo ativo da demanda em honorários de advogado, custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé, conforme aplicação do art. 18 da LACP.

Da mesma forma, por analogia, salvo comprovada má-fé, também não será condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios o réu da ação de improbidade administrativa.

Após o trânsito em julgado da sentença, havendo condenação do réu pela prática de ato de improbidade administrativa, será: (i) oficiado o Tribunal de Contas e a Controladoria Geral, dando-lhes ciência da sentença para fins de informá-los da proibição imposta ao réu de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio

1938 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 274.

1939 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 280.

1940 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 279.

1941 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 9.1, p. 711.

1942 STJ, 2ª Turma, Resp n. 1.666.454/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 27.06.2017, publicado no DJe de 30.06.2017 e STJ, 2ª Turma, Resp n. 960.926/MG, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 18/03/2008, publicado no DJe de 01.04.2008.

1943 O FDD é regulamentado pelo Decreto 1.306/94 e pela Lei 9.008/95.

1944 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 41. Bruno Di Marino e Álvaro Ferraz comungam com o pensamento do ex-ministro, não reconhecendo a natureza indenizatória do pleito em questão e alegando que: “[...] o fruto da condenação por dano moral coletivo não reverte a ninguém especificamente; antes, reverte a todos, indistintamente; ou seja, não indeniza nem compensa a vítima; pior: não reverte nem sequer para a melhoria do serviço ou do produto específico, questionado na ação coletiva”. DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. *A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o ministro Teori*. In: Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opinioao-saga-jurisprudencial-dano-moral-coletivo>>. Acesso em 03/07/2020.

1945 STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 809.543/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 08.03.2016, publicado no DJe de 15.03.2016.

majoritário; (ii) lançado o nome do réu no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa (Resolução nº 44/2007 do CNJ).

#### 46.3.1.5. VALOR DA CAUSA

O valor da causa (art. 319, V, do CPC) na ação de improbidade deverá ser auferido conforme as regras dos arts. 292 e 293, também da legislação processual. Nesse sentido, caso tenha ocorrido lesão ao patrimônio público com enriquecimento ilícito, o valor da causa consistirá no montante da importância que deverá ser ressarcida.

Havendo pedido de restituição de bens, aponta-se como valor da causa o valor estimado do bem a ser devolvido ao patrimônio público. Não havendo prejuízo material ou moral, o valor da causa deve ser estimativo, tendo como parâmetro a multa civil a ser aplicada no caso concreto, nos termos do art. 12 da Lei 8.429/92.

Caso o ato ímprobo incorra em mais de uma das hipóteses singularmente mencionadas acima, o valor da causa será a soma delas (art. 12, *caput*, LIA). Sempre que não for possível identificar a extensão do dano no momento da propositura da ação, permite-se a realização de pedido genérico (art. 324, §1º, inciso II, CPC), que será liquidado na fase de instrução e julgamento ou, ainda, em fase de liquidação de sentença<sup>1946</sup>.

Destacamos que a sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, *em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito* (art. 18 da LIA). Excetua-se da hipótese em comento a condenação auferida a título de dano moral coletivo, que será revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (FDD) que trata o art. 13 da LACP, conforme abordado no item 46.3.1.4 deste capítulo.

#### 46.3.1.6. PROVAS

O pedido de produção das provas que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados (art. 319, inciso VI, CPC) é meramente formal e, pois, bastaria o mero pleito genérico de produção de prova para que a inicial se tornasse perfeita, como ocorre na praxe jurídica.

Ocorre, contudo, que a ação civil de improbidade possui a peculiaridade da necessidade de lastro probatório robusto (*justa causa*) da preambular, contendo indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação das provas (art. 17, §6º, LIA), como já explanado ao longo do capítulo.

#### 46.3.1.7. OPÇÃO PELA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA AUTOCOMPOSITIVA

A manifestação acerca da vontade de realização da audiência de conciliação ou mediação, técnica que se tornou parte do procedimento comum no Judiciário, é outro requisito da petição inicial (art. 319, inciso VII, CPC). Cabe aqui destacar que a audiência de conciliação ou mediação somente não ocorrerá caso ambas as partes demonstrem desinteresse em sua realização ou quando o objeto da lide não admitir autocomposição (art. 334, §4º, CPC). Salientamos, finalmente, que o silêncio do autor acerca desse requisito importa em anuência tácita da realização da audiência.

Importante destacar que, não obstante o disposto no art. 334, §4º, do CPC, a recusa à autocomposição pelo ente público deve ser motivada, haja vista que possui o dever de estimular a autocomposição (art. 3º, §3º, do CPC), bem como em decorrência da Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público, instituída pela Resolução n. 118/2014 do CNMP<sup>1947</sup>.

### 46.3.2 DEFESA PRÉVIA

Interessante peculiaridade procedimental da ação civil de improbidade é a imposição de apresentação de defesa prévia pelo agente público acusado da prática do ato ímprobo (art. 17, §7º, LIA), cuja posterior análise importará

1946 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 279.

1947 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 372.

em verdadeiro juízo prévio de admissibilidade da ação pelo juiz<sup>1948</sup>.

Diferentemente do procedimento tradicional do rito ordinário, estando a inicial da ação civil de improbidade em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido para oferecer manifestação por escrito (defesa prévia), que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, podendo o prazo ser contado em dobro na hipótese do art. 229 do CPC.

A razão de ser dessa técnica diferenciada reside na gravidade das sanções impostas pela procedência dos pedidos na ação civil de improbidade e, ainda, em decorrência da grave possibilidade de dano à honra do agente público somente pelo recebimento da peça preambular, especialmente num cenário de propositura de demandas temerárias<sup>1949</sup>, bem como prejuízo à credibilidade do órgão da Administração Pública em que supostamente o ato de improbidade foi praticado<sup>1950</sup>.

Dessa forma, em respeito ao princípio da ampla defesa e do contraditório, corolários do *due process of law*, a falta de intimação do agente público para apresentação de defesa prévia antes do efetivo recebimento da exordial configura nulidade relativa, devendo, pois, ser comprovado o prejuízo para anulação dos atos processuais praticados (*pas de nullité sans grief*)<sup>1951</sup>.

O entendimento firmado pelo STJ consagra a ideia de Ovídio Araújo Batista da Silva de que o processo não pode ser uma máquina diabólica de transformação de direitos em expectativas<sup>1952</sup> e, portanto, se o vício processual for sanável ou não causar prejuízo, deve ser convalidado.

Nesse ínterim se consagra Zaneti Jr. ao traduzir Carnelutti, afirmando que entre *processo* e *direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele<sup>1953</sup>. O princípio da instrumentalidade das formas, portanto, enquanto essência da teoria circular dos planos, estabelece que o processo não é um fim em si mesmo, devendo precipuamente garantir a satisfação do mérito do direito material discutido em juízo<sup>1954</sup>.

Salientamos, porém, que há doutrina que entende a técnica diferenciada da defesa prévia inútil e contraproducente, gerando efeitos contrários aos que pretende<sup>1955</sup>.

Recebida a defesa prévia do agente público, o juiz, no prazo de 30 (trinta) dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação (art. 17, §8º, LIA): (i) declarando a inexistência do ato de improbidade, extinguindo o feito com resolução do mérito; (ii) julgando improcedente a pretensão autoral, também extinguindo o feito com resolução do mérito; (iii) reconhecendo a inadequação da via eleita (falta de interesse de agir, segundo o binômio necessidade e adequação), ou ainda, a carência de quaisquer das condições da ação (legitimidade e interesse de agir), extinguindo o feito sem resolução do mérito.

1948 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal* – 7.ª ed. – São Paulo: Atlas, 2018. Livro eletrônico, p. 177.

1949 MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 281.

1950 FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011. p. 207.

1951 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 38: improbidade administrativa – I. 4) A ausência da notificação do réu para a defesa prévia, prevista no art. 17, §7º, da Lei de Improbidade Administrativa, só acarreta nulidade processual se houver comprovado prejuízo (*pas de nullité sans grief*). Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=ED1%C7%C3O%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I> >. Acesso em: 27.06.2020.

1952 SILVA, Ovídio Araújo Baptista. *Teoria geral do processo*. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

1953 ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 191.

1954 MADUREIRA, Claudio Penedo. *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p.253-283, 31 dez. 2015. Edição digital, p. 257.

1955 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. – 8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. Livro eletrônico, p. 287. Afirma o autor que “[...] cria-se uma duplicidade de defesas absolutamente desnecessária. Todas as matérias que o demandado pode alegar em sua defesa prévia pode ser alegada em sede de contestação. Não consigo notar a diferença entre extinguir o processo após a defesa prévia do réu e fazê-lo logo após a apresentação de sua contestação. Mesmo que decorrente de uma anomalia, o acusado comporá o polo passivo desde o início da demanda, e será réu mesmo antes da admissão da petição inicial. A opção por chamá-lo de réu somente após a admissão da petição inicial é filigrana terminológica que não altera a realidade das coisas.”

Ressaltamos que a regra contida no art. 17, §8º, da LIA, somente poderá ser aplicada quando for hipótese de improcedência patente, cabalmente demonstrada. Assim, o juízo preliminar da peça inicial e da defesa prévia efetiva-se em uma análise superficial, sendo certo que na dúvida prevalece a máxima do *in dubio pro societate*<sup>1956</sup>.

Cumprido destacar que a sentença na ação popular que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (reexame necessário), nos termos do art. 19 da LAP e art. 496 do CPC.

Dessa forma, por analogia, impõe-se o reexame necessário, enquanto prerrogativa da Fazenda Pública em juízo sempre que sucumbente<sup>1957</sup>, também à sentença definitiva na ação civil de improbidade, independentemente do valor da pretensão deduzido em juízo, conforme precedente fixado em 2017 pelo STJ<sup>1958</sup>. A questão, contudo, em razão de sua repercussão e controvérsia, está cadastrada no Tema 1.042 do sistema de repetitivos da Corte para definição de tese, ainda pendente de julgamento<sup>1959</sup>.

Finalmente, caso não ocorra nenhuma das hipóteses previstas no art. 17, §8º, da LIA, o juiz receberá a inicial e citará o réu para apresentar contestação (art. 17, §9º, LIA), devendo a demanda, a partir daí, seguir os tramites tradicionais do procedimento ordinário previsto no CPC, inclusive quanto à dinâmica recursal<sup>1960</sup>. Dessa decisão que recebe a petição inicial caberá agravo de instrumento, conforme prescrevem os arts. 17, §10º, da LIA e 1.015, inciso XIII, do CPC.

### 46.3.3. AUTOCOMPOSIÇÃO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente é de suma importância destacar que o dispositivo que tratava expressamente da impossibilidade da autocomposição estava previsto no art. 17, §1º, da LIA, atualmente revogado pela Lei nº 13.964/2019. A regra em comento estabelecia que era vedada a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa.

A premissa histórica dessa vedação sustentava-se no fato de que era absolutamente inconcebível a autocomposição acerca de direitos indisponíveis, como no caso dos direitos coletivos *lato sensu*. Outro fundamento comumente utilizado era o de que a ação de improbidade, apesar de sua natureza cível, sempre previu sanções de “forte conteúdo penal” e, já que nunca se admitiu autocomposição em ações penais, tampouco faria sentido admiti-la em ações civis de improbidade administrativa<sup>1961</sup>.

Ocorre, contudo, que o dispositivo em comento foi publicado em 1992 e, portanto, anteriormente à Lei 9.099/95, que inaugurou a disciplina da justiça penal negociada, com a instauração da transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95) e da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95). Além dessas figuras, surgem também a colaboração premiada (art. 3º-A da Lei 12.850/2013) e o *compliance*, observado nos acordos de leniência (arts. 16 e 17 da

1956 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 38: improbidade administrativa – I. 5) A presença de indícios de cometimento de atos ímprobos autoriza o recebimento fundamentado da petição inicial nos termos do art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/92, devendo prevalecer, no juízo preliminar, o princípio *in dubio pro societate*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%20C7%20C30%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 04.07.2020

1957 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 233.

1958 Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.220.667. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. É FIRME O ENTENDIMENTO NO STJ DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER APLICADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. (STJ - EREsp: 1220667 MG 2014/0294745-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 24/05/2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 30/06/2017). Cumprido destacar, ainda, que o posicionamento adotado pela Corte afasta a incidência do art. 496, §3º, do CPC, de forma que o reexame necessário, sempre que a Fazenda for vencida, independe do valor da causa na ação civil de improbidade.

1959 O Tema 1.042 do STJ, atualmente afetado, pretende “definir se há - ou não - aplicação da figura do reexame necessário nas ações típicas de improbidade administrativa, ajuizadas com esteio na alegada prática de condutas previstas na Lei 8.429/1992, cuja pretensão é julgada improcedente em primeiro grau; e discutir se há remessa de ofício nas referidas ações típicas, ou se deve ser reservado ao autor da ação, na postura de órgão acusador - frequentemente o Ministério Público - exercer a prerrogativa de recorrer ou não do desfecho de improcedência da pretensão sancionadora”. Disponível em <[http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&sg\\_classe=REsp&num\\_processo\\_classe=1553124](http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1553124)> Acesso em: 28 jun. 2020.

1960 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição n. 38: improbidade administrativa – I. 3) O Ministério Público estadual possui legitimidade recursal para atuar como parte no Superior Tribunal de Justiça nas ações de improbidade administrativa, reservando-se ao Ministério Público Federal a atuação como fiscal da lei. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%20C7%20C30%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em: 03.07.2020.

1961 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 374.

Lei 12.846/2013), institutos fundamentalmente negociais.

Destarte, diante de um cenário de incentivo às soluções consensuais, tanto em juízo quanto fora dele, calcado na justiça multiportas<sup>1962</sup>, vislumbrou-se forte inconsistência na permissão de negociação das partes em delitos na esfera criminal (de caráter mais grave, em razão da própria natureza do direito penal) e, em contrapartida, na resistência quanto à aplicação da autocomposição na ação de improbidade administrativa, de natureza cível<sup>1963</sup>. Sustenta Virgílio Afonso da Silva, ainda, que:

“É comum que se faça referência à irrenunciabilidade ou à inegociabilidade dos direitos fundamentais. Mas por que seriam os direitos fundamentais irrenunciáveis e inegociáveis? Essas características decorrem da estrutura desses direitos? São alguma consequência lógica? São uma convenção? Ou são um mero lugar comum generalizante contra o qual, dada sua consolidação, ninguém se atreve a argumentar? Uma análise um pouco mais profunda poderia, de início, suscitar algumas contradições entre a história e a função primordial dos direitos fundamentais, de um lado, e características como a irrenunciabilidade e a inalienabilidade, de outro. Os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar”.<sup>1964</sup>

As revoluções burguesas, entre os séculos XVIII e XIX, e a luta pelo respeito e reconhecimento dos direitos fundamentais rechaçaram os abusos dos Estados-nacionais absolutistas. Essas conquistas possibilitaram o exercício das liberdades individuais em face das arbitrariedades dos governantes, garantindo maior autonomia aos cidadãos. Justamente pensando na defesa dessas liberdades individuais frente ao Estado que se elegeram certos direitos como indisponíveis, em razão de sua tamanha relevância.

Ocorre, contudo, que ultrapassamos esse estágio de poder absoluto do ente estatal, especialmente em função da separação dos Poderes (art. 2º da CRFB), da constitucionalização dos direitos fundamentais (art. 5º da CRFB) e deveres da Administração Pública (art. 37 da CRFB) e da criação do Ministério Público (art. 127 da CRFB). Dessa forma, essa indisponibilidade e inegociabilidade dos direitos, especialmente quando as partes chegarem num consenso, não se sustenta mais<sup>1965</sup>.

Nesse ínterim, a primeira tentativa de modificação da regra de vedação à autocomposição (antigo art. 17, §1º, da LIA), no âmbito da improbidade administrativa, ocorreu com a Medida Provisória n. 703/2015, que garantia a possibilidade de acordos de leniência na improbidade administrativa e previa que a celebração desses acordos impediria que os entes celebrantes ajuizassem ou prosseguissem com ações de improbidade<sup>1966</sup>. Apesar do esforço, a medida provisória caducou em razão da inércia do Legislativo.

O tema, porém, foi posteriormente disciplinado pelo art. 36, §4º, da Lei 13.140/2015 (Lei da Mediação), que expressamente admitiu a autocomposição em ação de improbidade administrativa, estabelecendo que “nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do TCU, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator”.

1962 SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979. A ideia de justiça multiportas foi apresentada em conferência por Fran Sander, professor emérito da *Harvard Law School*, em 1976.

1963 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87-88. Afirma a autora que: “O sistema jurídico passou, assim, a albergar situação no mínimo incoerente. O agente público que, por exemplo, aplicasse verba pública de modo irregular estaria sujeito a ter sua conduta enquadrada, a um só tempo, como ato de improbidade administrativa (art. 10, XI, da Lei nº 8.429/92) e como crime contra a Administração Pública (emprego irregular de verbas ou rendas públicas, sujeito a pena de detenção de um a três meses ou multa – art. 315 do CP). Diante desse quadro, o agente poderia, na esfera penal, celebrar transação penal ou obter a suspensão condicional do processo com superveniente extinção da punibilidade. Mas não poderia, segundo disciplinava o art. 17, §1º, da Lei nº 8.429/92, celebrar acordo concernente à conduta caracterizada como improbidade administrativa, mesmo que se tratasse de ato de pequena repercussão financeira”.

1964 SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004. p.163-167.

1965 VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. Revista de Processo, v. 41, n. 251, p. 391-426, jan. 2016. [versão digital].

1966 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 376.

Ademais, o próprio CNMP dispôs no art. 1º, §2º, da Resolução 179/2017, que é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado.

Assim, analisando sistematicamente o microsistema coletivo em suas disposições acerca da autocomposição nos processos coletivos, interpreta-se que a vedação à solução consensual não se aplica mais de forma absoluta às ações civis de improbidade administrativa, podendo o *parquet*, extra ou judicialmente, promover a autocomposição. Nesse sentido dispõe Hermes Zaneti Jr.:

“Assim, podemos chegar a algumas conclusões: a) admite-se a colaboração premiada e o acordo de leniência como negócios jurídicos atípicos no processo de improbidade administrativa (art. 190 do CPC c/c o art. 4º da Lei 12.850/2013 e com os arts. 16-17 da Lei n. 12.846/2013); b) admite-se negociação nos processos de improbidade administrativa, sempre que isso for possível, na respectiva ação penal, observados, sempre, por analogia, os limites de negociação ali previstos; c) admitem-se os acordos parciais, sendo considerados acordos sobre a parcela incontroversa (art. 354, § único, CPC); d) admite-se o compromisso de ajustamento de conduta em processos de improbidade administrativa, inclusive para aplicação das sanções e para o ressarcimento, pelo menos no âmbito do Ministério Público (§2º, art. 1º, Res. CNMP nº 179/2017; e) caso já tenha sido ajuizada a ação de improbidade, há necessidade de homologação do acordo pelo juízo competente (§4º do art. 36 da Lei n. 13.140/2015)”.<sup>1967</sup>

Dessa forma, a autocomposição estimulada pelo procedimento comum, concretizada na realização da audiência de conciliação e mediação (art. 3º, §§ 2º e 3º, e art. 334, ambos do CPC)<sup>1968</sup>, aplica-se também à ação civil de improbidade administrativa, devendo o autor da ação cumprir o requisito previsto no art. 319, inciso VII, do CPC.

A autocomposição nas ações coletivas, majoritariamente instrumentalizada pelo termo de ajustamento de conduta<sup>1969</sup>, judicial ou extrajudicial, muitas vezes se apresenta como a forma mais adequada de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

## 46.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008.
- ARMELIN, Donald. *Tutela jurisdicional diferenciada*. *RePro*, São Paulo, n. 65, jan.-mar. 1992.
- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2016
- BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro: R. Dir. Adm., 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, Vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (o Constructivismo Lógico-Semântico)*. Tese de doutorado em Filosofia do Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Ação monitoria*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Limitação do Ministério Público na Ação Civil Pública. In: *Improbidade Administrativa – Questões Polêmicas e Atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

1967 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 377.

1968 Exceto quando ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse em sua realização (art. 334, §4º, CPC).

1969 Foram celebrados no total 10.483 TAC's pelo Ministérios Públicos estaduais e MPDFT no ano de 2018. No âmbito do MPF, por sua vez, foram celebrados no total 296 TAC's no mesmo ano, conforme dados do CNMP. Disponível em: < <https://cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato>>. Acesso em: 05.07.2020.

- DIDER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, v.1, 2015
- DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. *A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o ministro Teori*. In: Revista Consultor Jurídico, 31 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opiniao-saga-jurisprudencial-dano-moral-coletivo>>. Acesso em 03/07/2020.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª ed., vol. II, Madri, Civitas, 1981.
- FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale. Novissimo Digesto Italiano*, v. 13. Turim: UTET, 1966.
- FERRARESI, Eurico. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2011.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- LINO, Daniela Bermudes; ZANETI JR., Hermes. *Os painéis do CNJ e os dados da efetividade das ações coletivas no Brasil*. In: Revista Consultor Jurídico, 20 de março de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-20/opiniao-dados-efetividade-acoes-coletivas-brasil#:~:text=J%C3%A1%20na%20Justi%C3%A7a%20Federal%20e,coletivas%20e%20325%20a%C3%A7%C3%B5es%20populares.>>. Acesso em 30/06/2020.
- MADUREIRA, Claudio Penedo. *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p.253-283, 31 dez. 2015. Edição digital
- MARQUES, Cláudia Lima. *Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE), nº 7, 2004.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Ilegalidade e Abuso de Poder na Investigação Policial e Administrativa, na Denúncia, e no Ajuizamento de Ação de Improbidade Administrativa, quando Ausente uma Justa Causa*. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005.
- MAZZEI, Rodrigo. *A ‘intervenção móvel’ da pessoa jurídica de direito público na ação popular e ação de improbidade administrativa (art. 6º, §3º da LAP e art. 17, §3º da LIA)*. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Editora Forense, ano 104, vol. 400, nov-dez, 2008.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. Malheiros. 2014.
- MOREIRA, Egon Bockmann; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei da ação civil pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A expressão “competência funcional” no art. 2º da lei da ação civil pública. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. In *Processo Civil Coletivo*. MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual*. –8.ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. – 6.<sup>a</sup> ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- PASQUINO, Gianfranco. Corrupção. In: BOBBIO, Norberto *et al.* (Org.). *Dicionário de política*. 7. ed. Brasília: UNB, 1995. v. 1.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal* – 7.<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Atlas, 2018.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.
- SANDERS, Frank. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul: West Pub., 1979.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2009.
- THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*. 25. ed. São Paulo: Leud, 2008. n. 44.
- VENTURI, Elton. *Transação de direitos indisponíveis?*. Revista de Processo, v. 41, n. 251, p. 391-426, jan. 2016. [versão digital].
- WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Competência para julgar ação de improbidade administrativa*. Revista de Informação Legislativa, v.35, n.138, abr./jun. 1998.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição*. 2. ed. rev., ampl., alterada. São Paulo: Atlas, 2014.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.





## CAPÍTULO 47 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PRESCRIÇÃO

Carlos André Luís Araújo

**SUMÁRIO:** 47.1. Considerações introdutórias. 47.2. Os prazos prescricionais previstos na Lei de Improbidade Administrativa. 47.2.1 Prazo prescricional e termo inicial nas situações funcionais transitórias (mandato eletivo, cargo em comissão e função de confiança) – art. 23, I, da LIA. 47.2.2 Prazo prescricional e termo inicial nas situações funcionais permanentes (servidor público e empregado público) – art. 23, II, da LIA. 47.2.3 Termo inicial e prazo prescricional quanto aos empregados de entidades não administrativas – art. 23, III, da LIA. 47.2.4 Termo inicial e prazo prescricional dos terceiros concorrentes e beneficiários. 47.3. Interrupção e suspensão dos prazos prescricionais. 47.4. Imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do dano decorrente de ato doloso de improbidade administrativa. 47.5. Síntese conclusiva. 47.6. Referências bibliográficas.

### 47.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.

A persecução do ato ímprobo se sujeita a prazos prescricionais para seu exercício pelos legitimados ativos, sob pena de perda da pretensão de punir o agente que praticou o ato de improbidade administrativa ou o terceiro que para ele concorreu ou dele se beneficiou. A fixação de lapsos temporais, dentro dos quais as pretensões devem ser oferecidas, decorre dos princípios da segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas, de forma que nem mesmo ao Estado é dado se beneficiar da própria inércia,<sup>1970</sup> devendo atuar na busca de seus direitos violados nos prazos estabelecido em lei.

No presente capítulo iremos tratar dos prazos extintivos da ação de improbidade administrativa, conforme disciplina do art. 37, § 5º, da Constituição da República e art. 23 da Lei nº 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA). Primeiramente cuidaremos de apontar os prazos de prescrição previstos na Lei nº 8.492/1992 e os principais entendimentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ a respeito do marco inicial da contagem, situações não previstas na lei, dentre outras questões. Posteriormente, iremos tratar do excepcional caso de imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário decorrente da prática de ato improbidade, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal – STF ao parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Republicana.

### 47.2. OS PRAZOS PRESCRICIONAIS PREVISTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 23, *caput*, incisos I a III, da Lei nº 8.429/1992 dispõe que as ações destinadas a aplicar as sanções previstas

1970 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019 [versão eletrônica], capítulo 5 (item 5.8).

na lei podem ser propostas (I) até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (II) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; e (III) até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei, que trata das entidades que recebam subvenção ou financiamento público para funcionarem ou cuja criação ou custeio o erário contribua com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitada a sanção patrimonial, nesse último caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Vê-se, portanto, que a LIA estabelece prazos e termo inicial de sua contagem de forma distintos para cada tipo de relação jurídica mantida com o ente público lesado pelo ato de improbidade, razão pela qual abordaremos cada hipótese nos subitens seguintes.

### 47.2.1 PRAZO PRESCRICIONAL E TERMO INICIAL NAS SITUAÇÕES FUNCIONAIS TRANSITÓRIAS (MANDATO ELETIVO, CARGO EM COMISSÃO E FUNÇÃO DE CONFIANÇA) – ART. 23, I, DA LIA

O inciso I, *caput*, do art. 23 da LIA<sup>1971</sup> estabelece o prazo prescricional de cinco anos contados a partir do término de três distintas *situações funcionais transitórias* com o Poder Público<sup>1972</sup>, quais sejam: a) o exercício de mandato eletivo; b) o exercício de cargo em comissão; e c) exercício de função de confiança. Apesar de não conterem prazo determinado como os mandatos eletivos, os cargos em comissão e funções de confiança permitem que, a qualquer tempo, a autoridade competente afaste ou substitua esses servidores, residindo daí seu caráter transitório.<sup>1973</sup>

A fixação do marco inicial da prescrição como sendo o término dessas relações jurídicas transitórias trouxe dificuldades práticas não previstas abstratamente pela Lei de regência, carecendo da integração normativa pelo Poder Judiciário. No caso dos agentes políticos reeleitos, o STJ firmou o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional nas ações de improbidade administrativa deve ser contado do término do último mandato.<sup>1974</sup> Dessa forma, no caso de continuidade do mandato eletivo em virtude da reeleição, o prazo prescricional de cinco anos começará a contar apenas após o término desse segundo mandato, ainda que o ato de improbidade tenha sido praticado no primeiro.

Outro questionamento surgido na aplicação desse dispositivo diz respeito ao prazo aplicável ao agente público que, cumulativamente, ocupava cargo de provimento efetivo (situação funcional permanente) e cargo comissionado ou função de confiança (situação funcional transitória) no momento da prática do ato ímprobo. Nessa hipótese, o STJ entende que a prescrição é **regida** pelo inciso II do art. 23 da Lei de Improbidade<sup>1975</sup> que, por sua vez, remete ao prazo previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão.<sup>1976</sup> Assim, o inciso I do art. 23 tem sua aplicação restrita aos casos de situação funcional exclusivamente transitória, pois caso sejam exercidos, cumulativamente, cargo efetivo e cargo comissionado ao tempo do ato reputado ímprobo, prevalece o primeiro (cargo efetivo) para fins de contagem da prescrição, tendo em vista a permanência do **vínculo** do agente com a

1971 Lei nº 8.492/1992. “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; [...]”

1972 Expressão adotado por José dos Santos Carvalho Filho. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., capítulo 6.

1973 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 6, item 6.1.

1974 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDI%C7%C3O%20N.%2038:%20IMPROBIDADE%20ADMINISTRATIVA%20-%20I>>. Acesso em 05/07/2020. Conferir ainda os seguintes acórdãos representativos da tese firmada: AgRg no AREsp 1614,20/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/04/2014, DJE 14/04/2014; REsp 1290824/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, DJE 29/11/2013; AgRg no AREsp 023443/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, DJE 02/08/2012.

1975 EDcl no REsp 1643498/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017.

1976 Lei nº 8.492/1992. “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: [...] II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.” No caso dos servidores públicos efetivos federais, esse prazo é de cinco anos contados a partir do conhecimento, pela Administração Pública, do cometimento de infracional punível com a pena de demissão, na forma do art. 142, *caput*, inciso I, c/c § 1º, da Lei nº 8.112/1990: “Art. 142. A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão; [...] § 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.”

Administração Pública.<sup>1977</sup>

Por fim, há doutrina no sentido de que o prazo de cinco anos previsto no art. 23, I, da LIA, deve ser aplicado também aos servidores temporários (art. 37, IX, da CRFB<sup>1978</sup>), tendo em vista que o dispositivo menciona outros agentes com vínculos não duradouros com a Administração (mandato, função de confiança e comissionados).<sup>1979</sup> Portanto, no caso dos servidores temporários que praticarem ato de improbidade quando do exercício de suas funções, o prazo prescricional de cinco anos se iniciará com o término do contrato temporário, ou seja, com o fim da relação jurídica mantida com a Administração. Por sua vez, Carvalho Filho defende a aplicação da previsão do inciso II do art. 23 da LIA aos servidores temporários, conforme se detalhará no subitem seguinte.

#### 47.2.2 PRAZO PRESCRICIONAL E TERMO INICIAL NAS SITUAÇÕES FUNCIONAIS PERMANENTES (SERVIDOR PÚBLICO E EMPREGADO PÚBLICO) – ART. 23, II, DA LIA

O art. 23, *caput*, II, da Lei nº 8.492/1992<sup>1980</sup> prevê que a ação de improbidade administrativa deve ser ajuizada dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. Para as *situações funcionais permanentes*, portanto, a Lei de Improbidade não indica prazo certo da prescrição e o termo *a quo* da contagem, exigindo que o intérprete se valha do que dispõe lei específica (lei heterônoma).<sup>1981</sup>

Dessa forma, a identificação do prazo prescricional das ações de improbidade administrativa contra servidor ocupante de cargo efetivo ou emprego dependerá da análise dos regramentos funcionais a que estão subordinadas essas categorias de agentes públicos, os quais disporão sobre os deveres a que se submetem e as punições decorrentes do descumprimento. Em razão da autonomia de que gozam os entes federativos na elaboração de seus estatutos, a remissão da Lei de Improbidade às leis específicas pode acarretar prazos diferenciados de prescrição entre as carreiras.<sup>1982</sup>

No caso do estatuto dos servidores públicos efetivos federais (Lei nº 8.112/1990), o art. 142, *caput* e inciso I, estabelece que a ação disciplinar prescreverá em *cinco anos* quanto às infrações puníveis com demissão, sendo que nos termos do parágrafo 2º do mesmo dispositivo “*Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime*”.

Vê-se que a Lei de Improbidade considerou o ato de improbidade tão grave que sua punição deve seguir o prazo prescricional estabelecido para a pena de demissão que, por ser a mais gravosa, possui prazo prescricional maior. Em virtude da LIA se remeter à lei específica de cada servidor, no caso do estatuto federal haverá a possibilidade de o prazo prescricional ser regulado pelo Código Penal quando a infração funcional também for capitulada como crime e, segundo entendimento do STJ,<sup>1983</sup> houver o efetivo processamento criminal. Nesse caso, o STJ definiu que deve ser considerada a pena *in abstracto* para o cálculo do prazo prescricional (art. 109 do CP).<sup>1984</sup>

O termo inicial da contagem da prescrição igualmente fica a cargo da previsão na lei específica do servidor. No caso da Lei nº 8.112/1990, o parágrafo 1º do art. 142 estabelece para os servidores públicos efetivos federais que “*O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.*”

Questão problemática diz respeito à identificação do prazo prescricional e termo inicial de contagem da

1977 AgRg no REsp 1500988/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19/02/2015.

1978 CRFB. “Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”

1979 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 846. E também: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012, p. 100.

1980 Lei nº 8.492/1992. “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: [...] II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

1981 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 7 (item 7.1.2).

1982 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 7 (item 7.1.9)

1983 RMS 19.087/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 19/06/2008, DJe 04/08/2008.

1984 EDv nos EREsp 1656383/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 05/09/2018.

penalidade de demissão aplicável ao agente detentor de emprego e, conseqüentemente, do prazo prescricional para persecução do ato ímprobo por ele praticado, já que o Decreto-lei nº 5.452/1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) é omissivo a respeito do tema. Para José dos Santos Carvalho Filho, deve ser aplicado por analogia o mesmo prazo fixado para as condutas perpetradas por servidores estatutários da respectiva pessoa federativa (art. 23, II, da LIA), visto que a *mens legis* indica que idêntico tratamento deve ser dispensado tanto aos titulares de cargo efetivo, quanto aos exercentes de emprego.<sup>1985</sup>

Por fim, concordamos com Carvalho Filho<sup>1986</sup> quanto ao enquadramento do servidor temporário ao disposto no art. 23, II, da LIA e conseqüente remissão à legislação específica dos servidores efetivos para a pena de demissão. E acrescentamos que tal solução é indicada na própria legislação referente à contratação temporária em âmbito federal (Lei nº 8.745/1993), onde colhe-se previsão expressa no sentido da aplicabilidade dos prazos prescricionais e termo inicial de contagem para punição das infrações funcionais cometidas pelo servidor efetivo ao pessoal contratado temporariamente.<sup>1987</sup>

### 47.2.3 TERMO INICIAL E PRAZO PRESCRICIONAL QUANTO AOS EMPREGADOS DE ENTIDADES NÃO ADMINISTRATIVAS – ART. 23, III, DA LIA

O art. 23, III, da Lei de Improbidade<sup>1988</sup> trata do prazo prescricional aplicável aos empregados de entidades não administrativas que, embora não integrem formalmente a Administração Pública, têm vínculo jurídico com o Poder Público por receberem suporte financeiro para sua criação ou custeio.<sup>1989</sup> O dispositivo estabelece prazo prescricional de cinco anos, contados a partir da apresentação da *prestação de contas final*, para persecução dos atos de improbidade administrativa praticados por empregados vinculados a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo (fiscal ou creditício) de órgão público, bem como da entidade cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.<sup>1990</sup>

Há duas observações importantes a respeito do dispositivo em comento. A primeira é a de que, ao mencionar apenas as entidades incluídas no *parágrafo único* do art. 1º da LIA, o legislador exclui as entidades previstas no *caput* do mesmo art. 1º,<sup>1991</sup> cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.<sup>1992</sup> Assim, quanto a essas últimas, aplica-se a previsão do inciso II, art. 23, da LIA, que dispõe sobre o prazo prescricional aplicável aos servidores públicos efetivos, contratados temporários e empregados públicos.

A segunda observação pertinente é a de que, diferentemente das entidades referidas no *caput* do art. 1º da LIA, a sanção sujeita ao prazo prescricional do art. 23, III, da LIA é exclusivamente patrimonial e no limite da contribuição do Poder Público para a criação ou custeio da entidade não administrativa. Assim, o dispositivo em análise destina-se às entidades do *terceiro setor* (associações, fundações, sociedades civis, qualificadas ou não como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público, etc.) com menor suporte financeiro do Poder Público, tendo a

1985 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 7 (itens 7.2.4 a 7.2.6).

1986 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 7 (itens 7.3.3).

1987 Lei nº 8.745/1993. “Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos, I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.” (grifamos).

1988 Lei nº 8.492/1992. “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: [...] III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

1989 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 8 (itens 8.2).

1990 Lei nº 8.492/1992. “Art. 1º. [...] Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

1991 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 8 (itens 8.3).

1992 Lei nº 8.492/1992. “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

LIA o escopo de proteger o *patrimônio* dessas entidades e não outros valores dentro do conceito geral de probidade.<sup>1993</sup>

#### 47.2.4 TERMO INICIAL E PRAZO PRESCRICIONAL DOS TERCEIROS CONCORRENTES E BENEFICIÁRIOS

O art. 3º da Lei de Improbidade estende a responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa aos particulares que dele participarem, concorrerem ou se beneficiarem,<sup>1994</sup> mas silencia quanto ao prazo prescricional a eles aplicável. Solucionando a questão, o STJ firmou o entendimento de que “*O termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude.*”<sup>1995</sup>

Esse entendimento decorre da posição, também consolidada no STJ, de ser inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa *exclusivamente* contra o particular sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda.<sup>1996</sup>

Assim, como o terceiro concorrente ou beneficiário só responde pelo ato de improbidade administrativa em conjunto com o agente público que praticou o ato ímprobo, a verificação do prazo prescricional e do termo *a quo* de contagem dependerá do enquadramento do agente público em um dos três incisos do art. 23 da LIA, em decorrência da natureza do vínculo jurídico mantido com o ente público lesado.

### 47.3. INTERRUPTÃO E SUSPENSÃO DOS PRAZOS PRESCRICIONAIS

Existem fenômenos jurídicos que acarretam a interrupção ou suspensão do curso do prazo prescricional para exercício da pretensão. São fatos que, em geral, demonstram que o titular do direito não se manteve inerte na busca pela satisfação de sua pretensão ou, então, que aquele contra quem se quer exercer a pretensão praticou ato de reconhecimento do direito vindicado. A Lei de Improbidade administrativa é omissa quanto às causas interruptivas e suspensivas do prazo prescricional da pretensão de punição do ato ímprobo, razão pela qual aplicam-se as disposições da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil.

De acordo com Carvalho Filho, “[...] a interrupção é o fato jurídico pelo qual o titular assume inequivocamente postura defensiva de seu direito e demonstra não ter a inércia que marca a prescrição.”<sup>1997</sup> Nos termos do art. 202, *caput* e parágrafo único, do Código Civil,<sup>1998</sup> a interrupção da prescrição, que só ocorre uma vez, acarreta o reinício da contagem total do prazo prescricional interrompido, desde a data de sua ocorrência.

Dentre as causas interruptivas da prescrição elencadas no art. 202 do Código Civil, guarda compatibilidade com os interesses perseguidos na ação de improbidade a previsão do inciso I (despacho do juiz que ordenar a citação) e do inciso VI (qualquer ato inequívoco que importe reconhecimento do direito pelo devedor). Assim, o despacho que ordenar a citação do réu da ação de improbidade, assim como eventual reconhecimento da prática do ato de improbidade, constituem causas aptas a interromper o curso da prescrição.<sup>1999</sup>

1993 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 8 (itens 8.4).

1994 Lei nº 8.492/1992. “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.” Sobre o assunto, conferir o capítulo 48 desta obra coletiva.

1995 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. cit., acesso em 05/07/2020. Conferir ainda: AgRg no REsp 1510589/SE, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 26/05/2015, DJE 10/06/2015; REsp 1433552/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 25/11/2014, DJE 05/12/2014.

1996 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. cit., acesso em 05/07/2020. Conferir ainda: AgRg no AREsp 574500/PA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em 02/06/2015, DJE 10/06/2015; REsp 1282445/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, Julgado em 24/04/2014, DJE 21/10/2014.

1997 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 10 (item 10.3.2).

1998 Lei nº 10.406/2002. “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: [...] Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.”

1999 Oportuno mencionar que a Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil minudencia a previsão do Código Civil acerca da interrupção da prescrição pelo despacho do juiz nos termos: “Art. 240. [...] § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juiz incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.” [...] “Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura

Por sua vez, a suspensão é fato jurídico que acarreta a paralisação da contagem do prazo prescricional, que continua a fluir apenas quando cessada a causa paralisante.<sup>2000</sup> A suspensão da contagem do prazo prescricional pode se dar antes mesmo de iniciado seu curso, como é o caso da previsão do art. 200 do Código Civil: “Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.”

A previsão do art. 200 do Código Civil constitui a única hipótese de suspensão ou impedimento da prescrição compatível com a pretensão do Estado de punir o agente ímprobo, restabelecendo a probidade na Administração Pública. Carvalho Filho<sup>2001</sup> explica que a causa suspensiva em questão só tem aplicabilidade quando há dúvida quanto à autoria do ato ímprobo também tipificado como crime, dada a independência das instâncias administrativas, cível e penal, trazendo o seguinte exemplo de aplicabilidade do art. 200 do Código Civil à ação de improbidade administrativa:

“Alguém, supostamente um agente público, apropria-se de determinado bem imóvel público, ato de improbidade previsto no art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade. A conduta tipifica-se também como crime de peculato (art. 312, CP). Se o autor do fato fosse conhecido de imediato, aplicar-se-ia normalmente a regra prescricional do art. 23 da LIA, mas, como não é, a pretensão estatal de improbidade não pode ser oferecida. Caberá, então, aguardar o desfecho da ação penal e a definição da autoria, de modo que só se iniciará a prescrição de improbidade a partir do trânsito em julgado da sentença penal – aplicação, portanto, do art. 200 do Código Civil.”

Analisados os prazos prescricionais previstos na Lei nº 8.492/1992, bem como as causas interruptivas ou suspensivas previstos no Código Civil que são compatíveis com suas disposições, trataremos no tópico seguinte da única hipótese de pretensão veiculável na ação de improbidade administrativa que não se sujeita a prazo prescricional.

## 47.4. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DO DANO DECORRENTE DE ATO DOLOSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A prescritebilidade das pretensões, sejam elas punitivas ou para exercício de direitos subjetivos de cunho patrimonial, é a regra do sistema jurídico em razão da necessidade de se garantir a estabilização das relações jurídicas e a manutenção da segurança jurídica, essa última extraída do *caput* do art. 5º da Constituição.<sup>2002</sup> Em razão disso, a imprescritebilidade é prevista de forma excepcionalíssima no texto constitucional.<sup>2003</sup>

O caso de imprescritebilidade que mais tem suscitado divergências e necessidade de pronunciamentos do STF a respeito de seu alcance, é o estabelecido no art. 37, § 5º, da Constituição<sup>2004</sup> para as ações de ressarcimento ao erário decorrente da prática de ilícito civil contra a Administração Pública. Ao prescrever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, *ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*, o § 5º do art. 37 da Constituição parece imunizar qualquer pretensão do Poder Público relacionada ao ressarcimento ao erário decorrente de ato ilícito. Contudo, o STF tem interpretado sistematicamente o dispositivo e restringindo sua aplicabilidade às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei nº 8.492/1992.<sup>2005</sup> Vejamos.

da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.”

2000 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 10 (item 10.4.2).

2001 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*, cit., cap. 10 (item 10.4.9).

2002 CRFB. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (grifamos)

2003 Cite-se, como exemplo, a imprescritebilidade da pretensão punitiva do crime de racismo, conforme estabelecido no art. 5º, XLII, da CRFB.: “Art. 5º. [...] XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritevel, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...]”

2004 CRFB. “Art. 37. [...] § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

2005 CRFB. “Art. 37. [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.” A Lei nº 8.492/1992, nos artigos 9 a 11, regulamentam o dispositivo constitucional para estabelecer o rol exemplificativo dos atos de improbidade administrativa. Para aprofundamento, conferir o capítulo

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 669069/MG, ocorrido em 03/02/2016 sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki, por maioria de votos o STF resolveu o tema de repercussão geral nº 666<sup>2006</sup> para fixar a tese de que “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil.” O caso tratava de pretensão de ressarcimento ao erário decorrente de acidente de trânsito, ocasião em que o Tribunal consignou que, embora causador de prejuízo ao patrimônio público, o suposto ilícito civil não revelaria conduta especialmente atentatória aos princípios da Administração Pública, razão pela qual não seria aplicável a regra excepcional de imprescritibilidade.<sup>2007</sup>

Mais de dois anos depois, em 08/08/2018, o STF avançou na definição da interpretação a ser dada ao art. 37, § 5º, da Constituição, fixando tese para o tema de repercussão geral nº 897<sup>2008</sup> no sentido que “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.” O acórdão foi assim ementado pelo Ministro Edson Fachin (vencedor da divergência com o Ministro relator Alexandre de Moraes):

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento.

(RE 852475, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2018, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-058 DIVULG 22-03-2019 PUBLIC 25-03-2019)

De acordo com o voto prevalecente do Ministro Edson Fachin, a imprescritibilidade da ação de ressarcimento se restringe às hipóteses de atos de improbidade dolosos, ou seja, que impliquem enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou dano intencional à Administração Pública.<sup>2009</sup> A imprescritibilidade, portanto, incidirá sempre que se tratar de *ato de improbidade administrativa praticado com dolo e que cause prejuízo ao erário*.<sup>2010</sup> Dessa forma, “[...] ainda que para outros fins a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.”<sup>2011</sup>

Por fim, pertinente destacar que recentemente o STF teve a oportunidade de reafirmar seu entendimento acerca da imprescritibilidade tão somente das *ações de ressarcimento ao erário* fundadas na prática de *ato doloso* tipificado na Lei de Improbidade Administrativa quando apreciou a prescritibilidade da condenação ao ressarcimento ao erário

45 desta obra.

2006 Imprescritibilidade das ações de ressarcimento por danos causados ao erário, ainda que o prejuízo não decorra de ato de improbidade administrativa.

2007 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. *Informativo STF anual 2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/InformativoAnual2016.html#pf23>>. Acesso em 06/07/2020.

2008 Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos por ato de improbidade administrativa.

2009 BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF. *Informativos por temas*. n. 81, ago./2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoTema/anexo/2018Agosto.html#pf8>>. Acesso em 06/07/2020.

2010 Sobre os atos de improbidade tipificados na Lei 8.492/1992 que pressupõe o elemento subjetivo dolo, bem como as sanções aplicáveis além do ressarcimento do dano, conferir o capítulo 45 desta obra.

2011 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, [versão eletrônica], cap. 18 (item 18.3.6). No mesmo sentido, fixou o STJ que a eventual prescrição das sanções decorrentes dos atos de improbidade administrativa não obsta o prosseguimento da demanda quanto ao pleito de ressarcimento dos danos causados ao erário, que é imprescritível (art. 37, § 5º, da CF). In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. cit., acesso em 06/07/2020. Conferir também no STJ o seguinte acórdão: REsp 1289609/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Julgado em 12/11/2014, DJE 02/02/2015.



proferida em acórdão do Tribunal de Contas da União. No julgamento do RE 636886, ocorrido em 20/04/2020 sob a Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, assentou-se a tese de que “*É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas*” (Tema 899), uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas e *não perquire sobre a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa*, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e, se apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, profere acórdão imputando **débito ao responsável** para fins de se obter o respectivo ressarcimento.

## 47.5. SÍNTESE CONCLUSIVA

A prescrição é instituto que milita em favor da segurança jurídica e estabilização das relações jurídicas, sendo a regra do sistema jurídico brasileiro. Os prazos prescricionais das pretensões punitivas da Lei de Improbidade Administrativa estão previstos em seu art. 23, que estabelece regramentos distintos para persecução do ato de improbidade administrativa praticado, variando de acordo com a natureza do vínculo jurídico mantido entre o agente público e a pessoa jurídica de direito público vítima do ato.

O art. 23, I, da LIA, estabelece o prazo certo de cinco anos, contados do término da relação jurídica transitória mantida entre o agente público ímprobo e a pessoa jurídica de direito público lesada pelo ato ímprobo; enquanto que o art. 23, II, da LIA, remete-se ao prazo prescricional, inclusive termo *a quo*, previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão em relação aos agentes em situações funcionais permanentes. Já o art. 23, III, da LIA, fixa o prazo de cinco anos em relação aos empregados de entidades não administrativas que mantêm vínculo jurídico com a Administração Pública, contados a partir da apresentação de contas final pela referida entidade.

O prazo prescricional relativo ao particular que concorre, instiga ou se beneficiou do ato de improbidade administrativa é o mesmo previsto para o agente público, tendo em vista a impossibilidade de o terceiro figurar isoladamente na ação de improbidade.

Dentre as causas interruptivas da prescrição previstas na legislação geral civil, apenas o despacho que ordenar a citação do réu da ação de improbidade, bem como o eventual reconhecimento inequívoco da prática do ato ímprobo, são aptos a interromper o curso da prescrição da pretensão de improbidade, ocasião em que o prazo recomeça desde o início. A suspensão do prazo prescricional da ação de improbidade só se verifica na hipótese da necessidade definição da autora do ato ímprobo também tipificado como crime.

Por fim, a prescrição não alcança a pretensão de ressarcimento ao erário decorrente da prática de ato doloso de improbidade administrativa que cause prejuízo, conforme interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal ao art. 37, § 5º, da Constituição.

## 47.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019 [versão eletrônica].

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 [versão eletrônica].

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2012.

# CAPÍTULO 48 – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE A PARTICULARES

*Andrick Faria Pereira*

**SUMÁRIO:** 48.1. Fundamento constitucional. 48.2. Sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa. 48.3. Aplicação das disposições da Lei 8.429/92 a terceiros. 48.3.1. Terceiros que induzem ou concorrem para a prática de ato de improbidade administrativa. 48.3.2. Terceiros que se beneficiam direta ou indiretamente da prática de ato de improbidade administrativa. 48.4. Pessoa jurídica como terceiro. 48.5. Responsabilidade Subjetiva. 48.6. A impossibilidade de particular responder isoladamente por ato de improbidade administrativa. 48.7. Referências bibliográficas.

## 48.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Com base na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, em sentido formal, “[...] a Constituição é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade e do Estado, elaborada por um processo constituinte específico”.<sup>2012</sup> Portanto, “[...] é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. [...]”.<sup>2013</sup>

Neste sentido, insta destacar os fundamentos constitucionais que embasam a possibilidade de extensão da responsabilidade a particulares por ato de improbidade administrativa.

A Constituição da República de 1988 estabelece, em seu art. 15, V,<sup>2014</sup> a suspensão dos direitos políticos do cidadão nos casos de “*improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4*”. Sob o mesmo prisma, prevê, expressamente, no *caput* do art. 37<sup>2015</sup>, como princípios norteadores da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e, mais recentemente<sup>2016</sup>, a eficiência.

Tais *standarts* de conduta pública foram pormenorizados com a edição da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), que, por sua vez, reafirmou o mandamento constitucional, inserto no § 4º do art. 37<sup>2017</sup>, de que

2012 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Cap. 1. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:626245>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

2013 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. III. Tópico V. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:581213>. Acesso em: 12 de junho de 2020.

2014 CRFB. “Art.15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

2015 CRFB. “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: [...]”

2016 Alteração promovida por meio da EC 19/98.

2017 CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá

os atos ímprobos na Administração Pública “[...] importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário [...]”.

## 48.2. SUJEITOS ATIVOS DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A partir da leitura do artigo 2º, da Lei 8.429/92<sup>2018</sup>, extrai-se que os sujeitos ativos dos atos de improbidade são agentes públicos, servidores ou não, que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo 1º<sup>2019</sup> da mesma lei.

Com base na doutrina de Fernando Capez:

“O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa será qualquer pessoa física a qual, a qualquer título, independentemente da forma de investidura e ainda que transitoriamente e sem remuneração, exerça função em uma das entidades previstas no art. 1º da lei. O conceito, portanto, é por demais abrangente”.<sup>2020</sup>

Em clareza ímpar, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves esboçam:

“Além daqueles que desempenham alguma atividade junto à administração direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais são tradicionalmente enquadrados sob a epígrafe dos agentes públicos em sentido lato, a parte final do art. 2º (nas entidades mencionadas no artigo anterior) torna incontroverso que também poderão praticar atos de improbidade as pessoas físicas que possuam algum vínculo com as entidades que recebam qualquer montante do erário, quais sejam: a) empresa incorporada ao patrimônio público; b) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; c) entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual; d) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público”.<sup>2021</sup>

De igual modo, os mesmos autores concluem:

“Os elementos que compõem o art. 2º da Lei. 8.429/1992 conferem grande amplitude conceitual à expressão agente público, se não vejamos: a) lapso de exercício das atividades: irrelevante, podendo ser transitório ou duradouro; b) contraprestação pelas atividades: irrelevante, podendo ser gratuitas ou remuneradas; c) origem da relação: irrelevante, pois o preceito abrange todas as situações possíveis – eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo; d) natureza da relação mantida com os entes elencados no art. 1º: mandato, cargo, emprego ou função.”<sup>2022</sup>

---

aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

2018 Lei nº 8.429/1992. “Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

2019 Lei nº 8.429/1992. “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

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

2020 CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à Lei de Improbidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. 4, Tópico 4.4.3. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580498>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2021 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2022 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva->

De tal modo, o conceito de agente público utilizado pela Lei 8.429/92 é por demais extenso. Conforme exposto acima, são irrelevantes para caracterizar como agente público apto a praticar ato de improbidade administrativa, o lapso de exercício das atividades, a origem da relação e a existência de remuneração.

### 48.3. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92 A TERCEIROS

Além dos agentes públicos, caracterizados no artigo 2º da Lei 8.429/92, a mesma lei estabelece ainda, expressamente em seu artigo 3º, a possibilidade de particulares que concorrerem para a prática de ato de improbidade administrativa ou que dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, venham a ser sancionados pelos atos ímprobos cometidos, *ipsis litteris*: “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

No que concerne à expressão “no que couber”, deve-se observar a própria condição de particular ao sancioná-lo por ato de improbidade administrativa. O artigo 12 e incisos, da Lei 8.429/92,<sup>2023</sup> dispõem sobre as sanções cominadas à prática de ato de improbidade administrativa. Dentre as sanções, encontra-se a perda da função pública. Todavia, resta indubitável a inaplicabilidade desta a um particular, uma vez que este não ostenta qualquer cargo público.

Muito embora, conforme já visto, o artigo 2º da Lei 8.429/92 tenha grande abrangência quanto à caracterização dos agentes públicos, o mesmo não ocorre em relação aos particulares.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves esclarecem que: “[...] o resultado da interpretação do preceito legal não pode ser extensivo, pois obrar em contrário ampliaria o alcance de norma que comina severas sanções ao agente, seara em que deve vigor o princípio da legalidade estrita”.<sup>2024</sup>

Nesse ínterim, a disposição do artigo 3º da Lei 8.429 é expressa ao prever a responsabilização de terceiros apenas nas hipóteses que o particular induz ou concorre para a prática do ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

#### 48.3.1. TERCEIROS QUE INDUZEM OU CONCORREM PARA A PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Com base na doutrina de Marino Pazzaglini Filho: “Indução é o ato de instigar, sugerir, estimular, incentivar agente público a praticar ou omitir ato de ofício caracterizador de improbidade administrativa. [...]”<sup>2025</sup>

É sabido que a imputação a um particular de ato de improbidade administrativa encontra-se amparo no princípio da legalidade estrita, de modo que é vedado fazer interpretação extensiva dos termos do artigo 3º da Lei 8.429/92.

Nesse ínterim, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves fazem importante reflexão acerca da distinção semântica

digital.com.br/leitor/ebook:621135. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2023 Lei 8.429/1992. “Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido”.

2024 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2025 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. - São Paulo: Atlas, 2018. p. 23.

que se dá entre “induzir” e “instigar”. Nas palavras dos autores, “induzir significa incutir, incitar, criando no agente o estado mental tendente à prática do ilícito (auxílio moral)”. Por sua vez, na instigação “a intenção de praticar o ilícito preexistia à ação do terceiro, o qual se limita a estimular tal ideia”. Logo, conclui: “[...] aquele que tão somente instiga o agente público não terá sua conduta subsumida ao artigo 3º da Lei n. 8.429/1992 [...]”<sup>2026</sup>

Outrossim, há concurso quando o particular prestar “[...] atividade de auxílio, de participação material na execução por agente público de ato de improbidade administrativa. [...]”<sup>2027</sup>

Sobre o concurso entre agente público e particular para o cometimento de ato de improbidade administrativa, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves lecionam que “[...] pode consistir na divisão de tarefas com o agente público ou na mera prestação de auxílio material, o que importa em atividade secundária que visa a facilitar o atingimento do fim visado pelo agente [...]”<sup>2028</sup>

Do exposto pelos autores acima, extrai-se que não é punível apenas o particular em coautoria com o agente público, como também as participações de menor importância, de modo que, por qualquer meio, facilite a prática do ato ímprobo por parte do agente.

Pedro Roberto Decomain sustenta ainda a possibilidade de interpretar o artigo 3º, especificamente, no que tange à concorrência para o ato ímprobo, evocando a regra contida no artigo 29, do Código Penal:

“No que tange à realização do ato de improbidade, não seria despropósito dizer que a lei evoca a regra do concurso de agentes na prática da infração penal, contida no art. 29 do Código Penal. Todo aquele que de qualquer modo conferir sua deliberada colaboração ao ato ilícito penal, incide nas penas a ele cominadas, na medida de sua culpabilidade. Essa a regra. Aplicável também aos atos de improbidade administrativa, como manda o art. 3º da Lei 8.429/92”<sup>2029</sup>

### 48.3.2. TERCEIROS QUE SE BENEFICIAM DIRETA OU INDIRETAMENTE DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Outro meio pelo qual o terceiro pode ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade se dá quando, em decorrência deste, o particular beneficia-se direta ou indiretamente.

Irrelevante a discussão se houve sua participação de modo a induzir ou concorrer para a prática do ato. Será sujeito ativo de ato de improbidade administrativa o particular cujo proveito tenha auferido a partir da conduta alheia.

Todavia, é imperioso destacar que, para sua responsabilização, o terceiro deve ter conhecimento que a vantagem recebida tem origem ilícita, sendo vedado a responsabilização objetiva do agente. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, nesse sentido, traçam ponderações: “[...] É preciso, portanto, seja demonstrada a presença do liame subjetivo entre o terceiro e o agente público, não a mera obtenção de benefício a partir da conduta alheia, cuja ilicitude era simplesmente desconhecida”<sup>2030</sup>

Outras situações podem decorrer da obtenção de benefício por terceiros quando da prática de ato de improbidade por agentes públicos. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves defendem que nas ações de ressarcimento ao erário, o particular deve responder solidariamente com o agente público, mesmo que aquele desconhecia a origem ilícita do benefício. Outro ponto complexo é trazido pelos autores em relação aos particulares que, em situações contratuais, são remunerados com produto da atividade ilícita cometida. Quanto a este ponto, salientam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves acerca da necessidade de conhecimento da origem ilícita por parte do particular.

2026 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2027 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018. p. 23.

2028 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2029 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*, 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 54

2030 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

Nas palavras literais dos autores:

“Esse liame subjetivo, à evidência, não é necessário em se tratando de mera pretensão de ressarcimento dos danos causados ao erário, sendo plenamente possível a condenação do agente público e do terceiro beneficiado pelo ato, como devedores solidários, ainda que inexistia um liame prévio entre eles. Situação complexa diz respeito aos terceiros que, a partir de relações negociais, terminam por ser remunerados pelo produto ilícito obtido pelo ímprobo”.<sup>2031</sup>

Acerca do elemento subjetivo como elementar para a responsabilização do particular em ato de improbidade administrativa, faz-se imperioso realizar ponderações em um tópico apartado, dada a importância do tema.

#### 48.4. PESSOA JURÍDICA COMO TERCEIRO

Com base na leitura do artigo 2º da Lei 8.429, são sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa os agentes públicos que exercem cargos, mandatos, empregos e funções nas entidades definidas no artigo 1º da mesma lei, sendo irrelevante o lapso de exercício das atividades, a origem da relação e a existência de remuneração.

Por sua vez, o artigo 3º da Lei 8.429 amplia o rol dos sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, de modo a abranger também os particulares que induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A doutrina vem discutindo a possibilidade de pessoa jurídica ser responsabilizada por ato de improbidade administrativa, subsumindo-se ao artigo 3º da 8.429/92, comportando-se como terceiro.

Posicionando-se favoravelmente nesse sentido, encontra-se a doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves<sup>2032</sup>, de Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>2033</sup>, de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, tecendo estes últimos importantes considerações sobre o tema:

“[...] entendemos que a interpretação mais adequada do art. 3.º da Lei 8.429/1992 é aquela que admite a inserção da pessoa jurídica na qualificação de terceiro e sujeito ativo da improbidade administrativa, especialmente pelos seguintes argumentos: a) a norma não faz distinção expressa entre pessoas físicas e jurídicas, não justificando a restrição na sua interpretação; b) ainda que os verbos “induzir” e “concorrer” tenham relação com condutas de pessoas físicas, a norma considera terceiro aquele que se beneficie da improbidade sob qualquer forma direta ou indireta, o que é perfeitamente aplicável às pessoas jurídicas; c) as sanções de improbidade são aplicáveis, “no que couber”, aos terceiros, havendo compatibilidade entre várias sanções e as pessoas jurídicas, como ocorre, por exemplo, no ressarcimento ao erário; d) a pessoa jurídica, enquanto sujeito de direito, possui personalidade jurídica própria e não se confunde com os seus sócios, razão pela qual pode se beneficiar do ato de improbidade, independentemente do benefício de todos os seus sócios; e) as pessoas jurídicas respondem civilmente pelos danos causados por seus prepostos e dirigentes, não havendo motivo para se afastar a responsabilidade no caso de improbidade administrativa. [...]”<sup>2034</sup>

Importante ressaltar do trecho acima que os autores admitem a responsabilização de pessoa jurídica, entretanto, pondera algumas restrições devido à sua natureza. Há de se observar a impossibilidade de pessoa jurídica “induzir” ou “concorrer” para a prática de ato de improbidade, todavia, é perfeitamente possível que se obtenha benefício oriundo de ato ímprobo. Do mesmo modo, no que tange à aplicação da sanção, revelam-se incompatíveis a punição de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. Lado outro, há de se permitir que seja

2031 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2032 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2033 GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. *Boletim Jurídico*. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/3497/do-conflito-lei-anticorruptcao-lei-n-12-84613-com-lei-improbidade-administrativa-lei-n-8-42992-pertine-responsabilidade-pessoa-juridica-privada-antinomia-juridica>. Acesso em 15 de junho de 2020.

2034 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 98/99.

aplicada a sanção de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente. Além disso, a pessoa jurídica possui personalidade própria, distinta da figura de seus sócios.

De igual modo, há jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. IMPROBIDADE. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PROVA EMPRESTADA. SEQUESTRO CAUTELAR DOS BENS. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. SÚMULA 83/STJ. [...] 4. As pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992. [...]”<sup>2035</sup>

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC INOCORRENTE. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. [...] 2. Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios.”<sup>2036</sup>

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. [...] 4. A afirmação de que não exerce função delegada do poder público nos convênios impugnados é irrelevante, tendo em vista que o art. 3º da Lei 8.429/1992, tido por violado, é claro ao estender o seu alcance aos particulares que se beneficiem do ato de improbidade. A expressão “no que couber” diz respeito às sanções compatíveis com as peculiaridades do beneficiário ou participe, conforme entendimento do STJ. 5. O sujeito particular submetido à lei que tutela a probidade administrativa, por sua vez, pode ser pessoa física ou jurídica. Com relação a esta última somente se afiguram incompatíveis as sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. [...]”<sup>2037</sup>

## 48.5. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

De maneira clara e breve, Mauro Roberto Gomes de Mattos expõe que “A Lei de Improbidade surgiu com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública”.<sup>2038</sup>

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça asseverou:

“É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade [...]”<sup>2039</sup>

Nesse sentido, resta elucidado que o agente público desonesto, que age de má-fé no trato com a *res publica*, bem como o particular que, “ciente da improbidade administrativa e da ilicitude do benefício por ele auferido”<sup>2040</sup>

2035 STJ - Resp: 1.122.177/MT, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 03/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011.

2036 STJ - Resp 970.393/CE, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 21/06/2012. T1- PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012.

2037 STJ - Resp: 1.038.762/RJ, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 18/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2009

2038 GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada - antinomia jurídica. *Boletim Jurídico*. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/3497/do-conflito-lei-anticorruptao-lei-n-12-84613-com-lei-improbidade-administrativa-lei-n-8-42992-pertine-responsabilidade-pessoa-juridica-privada-antinomia-juridica>. Acesso em 15 de junho de 2020.

2039 STJ - Resp: 480.387/SP, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/03/2004, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24/05/2004.

2040 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. - São Paulo: Atlas, 2018, p. 23.

induza ou concorra com o ato de improbidade administrativa ou dele se beneficie, devem ser responsabilizados pelos atos ímprobos cometidos.

Sobre o elemento subjetivo do particular enquanto sujeito ativo do ato de improbidade administrativa, Waldo Fazzio Júnior descreve:

“Na formação da improbidade de terceiro, é necessário que se atente para o pressuposto da vantagem patrimonial, sob a perspectiva subjetiva. Para ser ilícito, o desfrute patrimonial deve decorrer de um antecedente vínculo subjetivo de injuridicidade contraído entre o agente público e o terceiro. A abordagem puramente objetiva é insuficiente para traçar a perfeita conformação do quadro de improbidade [...]”.<sup>2041</sup>

Portanto, resta elucidado que o *animus* do sujeito ativo do ato de improbidade é elementar para a configuração do ato ímprobo e, quanto ao beneficiário, faz-se necessário que se tenha conhecimento da origem ilícita da vantagem auferida.<sup>2042</sup>

Via de regra, exige-se conduta dolosa para a responsabilização do agente. Entretanto, a partir da leitura do *caput* do artigo 10º, da Lei 8.429/92, é expressa a disposição ao afirmar que “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, *dolosa ou culposa*, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei [...]”.

Contudo, a doutrina e jurisprudência fazem ponderações acerca do grau de intensidade quanto à culpa.

Dessa forma, não é toda conduta culposa que importe prejuízo ao erário que está apta a configurar improbidade administrativa.

Francisco Octavio de Almeida Prado discorre que algumas tipificações nos incisos do artigo 10º, por suas próprias formulações, só admitem a modalidade dolosa.<sup>2043</sup> Complementando, Justen Filho cita o inciso VIII, *ab initio*, do artigo 10º<sup>2044</sup>, o qual constitui ato de improbidade “frustrar a licitude de processo licitatório”. Nas palavras do autor “é evidente que a hipótese pressupõe dolo, especialmente pela utilização do conceito de ‘licitude’, [...] o que apenas se pode configurar mediante conduta consciente e intencionalmente orientada a infringir a lei”.<sup>2045</sup>

Ressalva-se, outrossim, que a interpretação do artigo 10º e incisos deve obedecer aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que apenas a conduta quando eivada de culpa grave comporta responsabilização por ato de improbidade administrativa, além da modalidade dolosa.

Sérgio de Andréa Ferreira caracteriza a culpa grave aproximando-a à “culpa consciente”, ou seja, quando o agente prevê o resultado, mas não acredita na sua realização.<sup>2046</sup>

Portanto, resta evidente que o legislador impôs a modalidade dolosa como regra para a imputação sujeitos ativos por ato de improbidade. Contudo, é possível a punição do ato ímprobo ao se tratar de culpa grave, para os casos em que o agente trata a *res publica* com desonestidade e má-fé, “em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável”<sup>2047</sup>.

2041 FAZZIO JÚNIOR. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

2042 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Garcia e Alves observam: “Assim, constatado que o terceiro tinha conhecimento da origem ilícita do benefício auferido – pois a admissibilidade da responsabilidade objetiva, além de não ter amparo legal, em muito comprometeria a segurança das relações jurídicas – estará ele passível de sofrer as sanções cominadas no art. 12 da Lei n. 8.429/1992. É preciso, portanto, seja demonstrada a presença do liame subjetivo entre o terceiro e o agente público, não a mera obtenção de benefício a partir da conduta alheia, cuja ilicitude era simplesmente desconhecida.” (GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

2043 ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 38

2044 Lei nº 8.429/1992. “Art. 10º Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente.”

2045 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 1097.

2046 FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Improbidade administrativa*. Boletim de Direito Administrativo, p. 1.098,

2047 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas.p. 169



Conclui Marino Pazzagliani Filho:

“Decorre dos requisitos indispensáveis para a configuração do ato de improbidade administrativa lesivo ao Erário que o real prejuízo causado ao Erário pelo agente público, por simples erro de interpretação legal ou de inabilidade administrativa (erro de boa-fé), sem a existência de indício sério de que ele tenha se conduzido com dolo ou culpa denotativa de má-fé, não autoriza seu enquadramento nessa modalidade de ato ímprobo. A LIA alcança o agente público desonesto ou imoral, não o imperito ou inábil de boa-fé”.<sup>2048</sup>

Na mesma esteira, há tese formulada no Superior Tribunal de Justiça:

“É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.”<sup>2049</sup>

## 48.6. A IMPOSSIBILIDADE DO PARTICULAR RESPONDER ISOLADAMENTE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Consoante já exposto, o particular, com fulcro no artigo 3º, da Lei 8.429/92, pode ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa. Para tanto, faz-se necessário que o terceiro induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, bem como que sua conduta seja dolosa ou, nos casos do artigo 10º, da Lei 8.429, eivada, pelo menos, por culpa grave.

Além disso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça esboça a impossibilidade do particular responder isoladamente por ato de improbidade administrativa, havendo, neste sentido, tese fixada sobre o assunto: “É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda”.<sup>2050</sup>;

Nesse sentido, insta mencionar o voto-vencedor proferido pela Excelentíssima Ministra Regina Helena Costa, no julgamento do REsp nº 1.405.748/RJ, o qual se tratava de Recurso Especial, interposto pelo Ministério Público Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que manteve a sentença proferida em ação de improbidade administrativa, mediante a qual o processo foi extinto sem resolução do mérito, ante a impossibilidade de imputação de ato de improbidade administrativa a particulares, sem que figure no polo passivo algum agente público responsável pelo ato questionado.

Na oportunidade, a ministra salientou que:

“Da interpretação sistemática e teleológica da Lei n. 8.429/92, verifica-se que os conceitos de agente público e ato de improbidade administrativa estão necessariamente atrelados, de sorte que não existe a possibilidade de imputação exclusiva, a quem não seja agente público, da prática de ato de improbidade administrativa. Outrossim, tratando-se de matéria sancionatória, não é possível aplicar-se interpretação extensiva ao conceito de agente público, para alcançar particulares que não se encontra no exercício de função estatal, desprezando-se conceito forjado ao longo tempo pela doutrina e jurisprudência e incorporado no direito positivo”.<sup>2051</sup>

A doutrina de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, na mesma esteira, posiciona-se:

É importante frisar, uma vez mais, que somente será possível falar em punição de terceiros em tendo sido o ato de improbidade praticado por um agente público, requisito este indispensável à incidência da Lei n. 8.429/1992. Não

2048 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 70/71.

2049 Disponível em: [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf). Data de acesso: 17 de junho de 2020

2050 Disponível em: [http://www.stj.jus.br/internet\\_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf](http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf). Data de acesso: 17 de junho de 2020

2051 STJ - REsp: 1.405.748/RJ, Relatora: Ministra MARGA TESSLER, Data de Julgamento: 21/05/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2015.

sendo divisada a participação do agente público, estará o *extraneus* sujeito a sanções outras que não aquelas previstas nesse diploma legal. Ajuizada a ação civil e julgado improcedente o pedido em relação ao agente público, igual destino há de ter o terceiro”.<sup>2052</sup>

Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira, de igual modo, em síntese, sustentam que “[...] o terceiro somente será sancionado na forma da Lei 8.429/1992 na hipótese em que for identificado o agente público responsável pela prática da improbidade administrativa”.<sup>2053</sup>

Por fim, da mesma maneira, esboça Marino Pazzaglini Filho: “É inviável a propositura de ação civil de improbidade administrativa exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda”.<sup>2054</sup>

## 48.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALMEIDA PRADO, Francisco Octavio. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

CAPEZ, Fernando. *Limites constitucionais à Lei de Improbidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*, 2. Ed. São Paulo: Dialética, 2014.

GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. Do conflito da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13) com a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), no que pertine a responsabilidade da pessoa jurídica privada – antinomia jurídica. *Boletim Jurídico*. Disponível em <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/cronicas/3497/do-conflito-lei-anticorrupcao-lei-n-12-84613-com-lei-improbidade-administrativa-lei-n-8-42992-pertine-responsabilidade-pessoa-juridica-privada-antinomia-juridica>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

FAZZIO JÚNIOR. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Improbidade administrativa*. Boletim de Direito Administrativo.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. E-book.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

2052 GARCIA, Emerson.; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. 3. E-book. Disponível em: <https://app.saraiva-digital.com.br/leitor/ebook:621135>. Acesso em: 13 de junho de 2020.

2053 NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 96.

2054 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2018, p. 24.



## CAPÍTULO 49 – IMPROBIDADE EMPRESARIAL: NOÇÃO E ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Ana Valéria Magalhães Camargo*

**SUMÁRIO:** 49.1. Breve histórico da Lei 12.846/2013. 49.2. Disposições gerais. 49.2.1. Responsabilização das pessoas jurídicas e físicas. 49.2.2. Âmbito de incidência territorial da Lei 12.846/2013. 49.2.3. Sujeitos ativos e passivos. 49.2.4. Alteração da pessoa jurídica. 49.3. Atos lesivos a administração nacional e estrangeira. 49.4. Atos lesivos aos processos licitatórios e execução de contratos administrativos. 49.5. Referências Bibliográficas.

### 49.1. BREVE HISTÓRICO DA LEI 12.846/2013

A Lei 12.846/2013, conhecida e difundida pelos jornais como Lei Anticorrupção (LAC), é a norma que versa sobre a improbidade empresarial frente à Administração Pública. Referida Lei veio concretizar os compromissos internacionais que o Brasil firmou nos últimos anos.

No que concerne aos compromissos internacionais, uma das primeiras Convenções que o Brasil participou com essa temática foi a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), ocorrida em 1997. Fruto dessa convenção é o Título XI, Capítulo II-A do Código Penal, que aborda os crimes cometidos por particular contra a Administração Pública estrangeira.

Outra Convenção de suma importância para esse cenário foi a Convenção das Nações Unidas (ONU) Contra a Corrupção. Essa pode ser considerada a base para a Lei 12.846/2013, pois trouxe importantes diretrizes em seu texto que estão presentes no corpo da normatização em comento, tais como a responsabilidade da pessoa jurídica, penalização e aplicação da lei, dentre outras instruções.

Além disso, não podemos esquecer que tal normativa nasceu em meados de 2013, ano em que o clamor popular pelo fim da corrupção atingiu seu ápice através das “Jornadas de Junho”. Dessa forma, a LAC também é uma resposta do Congresso Nacional ao povo brasileiro por mais ética e transparência política.

### 49.2. DISPOSIÇÕES GERAIS

Apesar de ser conhecida como Lei Anticorrupção, no corpo da Lei 12.846/2013 não há nenhuma definição do que seja “corrupção”. Por certo, o legislador tentando desviar da vagueza e incerteza dos conceitos, esquivou-se de uma definição estanque de “corrupção”, posto que os atos desta são multifacetários.

Na mesma toada o fizeram também os instrumentos internacionais que abordam o tema, tratando das medidas

de combate ao ilícito em comento sem, no entanto, definir o que é corrupto ou não<sup>2055</sup>.

Fica a cargo da doutrina a definição desse termo. Assim, procurando delinear um pouco mais o tema aqui tratado, expomos a lição do professor Leslie Holmes, para quem a corrupção é um cálculo estratégico, ou seja, quando a possibilidade de descoberta do ilícito e a respectiva punição forem diminutas e a recompensa for potencialmente alta, haverá um engajamento em tais práticas<sup>2056</sup>.

Sobre o tema aponta a juíza federal Adriana Zanetti que a corrupção age no ponto em que os setores públicos e privados se tangenciam<sup>2057</sup> e representa a troca entre quem corrompe e quem se deixa corromper. E tem como principal característica o interesse individualista e mesquinho em prejuízo do bem comum<sup>2058</sup>.

### 49.2.1 RESPONSABILIZAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS E FÍSICAS

A Lei 12.846/2013 determina logo em seu art. 1º que a responsabilização da pessoa jurídica é objetiva. Isto é, para ser penalizada por sua conduta ilícita, não é necessário provar intenção, dolo (vontade consciente dirigida para um fim) ou culpa (imprudência, negligência e imperícia). Até porque, como fruto de ficção, a pessoa jurídica não é capaz de agir com intenção inerente a psique humana. Dessa forma, para que a empresa seja responsabilizada, basta o nexo causal entre a conduta corrupta e a vantagem auferida.

Dada a dificuldade de conhecer os responsáveis pelos atos ilícitos dentro das empresas, a aludida lei é um avanço, pois, independente de identificar e penalizar as pessoas físicas que tenham poder de decisão dentro da empresa (sócios, empresários dentre outros) a pessoa jurídica poderá ser penalizada pelo ato antijurídico do qual se beneficiou.

Frisa-se que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º, Lei 12.846/2013).

Assim, diferente do que acontece com a pessoa jurídica, a responsabilização da pessoa física pelos atos ilícitos será na medida da sua culpabilidade (art. 3º, §2º, Lei 12.846/2013), ou seja, deverá ser auferida a culpa e o dolo das pessoas naturais.

Em conclusão, podemos afirmar que a responsabilização das pessoas naturais ou da pessoa jurídica é independente, não se excluem e não condicionam a existência uma da outra, podendo as sanções serem aplicadas em âmbito civil ou administrativo<sup>2059</sup>.

### 49.2.2 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA TERRITORIAL DA LEI 12.846/2013

Como dito alhures, a LAC é fruto de compromissos internacionais que o Brasil estabeleceu. Tendo isso em vista, não surpreende que tal normativa responsabilize a pessoa jurídica por atos ilícitos contra a administração pública nacional e, também, estrangeira (art. 1º, Lei 12.846/2013).

Em âmbito nacional, a Lei aplica-se a todo o território brasileiro, incidindo, assim, sobre a União, os Estados e os Municípios e aos seus desdobramentos funcionais, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>2060</sup>.

Em âmbito internacional, a Lei tutela a administração pública estrangeira (art. 5, §1º da Lei 12.846/2013) abrangendo, igualmente, as organizações públicas internacionais (art. 5º, §2º da Lei 12.846/2013) como a ONU, OCDE, a Organização Mundial da Saúde (OMS) dentre outras.

2055 ZANETTI, Adriana Freisleben de. *Lei Anticorrupção e Compliance*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, ano 5, n. 15, Belo Horizonte, set./dez. 2016, p. 37.

2056 HOLMES, Leslie. *Corruption, a very short introduction*. Oxford University Press, New York, 2015, p.4.

2057 ZANETTI, Adriana Freisleben de. op. cit. 2016, p. 39.

2058 ZANETTI, Adriana Freisleben de. op. cit. 2016, p. 36.

2059 As sanções civis e administrativas serão abordadas detidamente no Capítulo 50 desta obra.

2060 CASTRO, Leonardo Belline de. *Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção*. Dissertação – Faculdade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018, p. 57.

Além de tutelar a administração pública estrangeira, a LAC incide sobre as pessoas jurídicas estrangeiras que cometam atos de corrupção, desde que estas tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único, Lei 12.846/2013).

### 49.2.3. SUJEITOS ATIVOS E PASSIVOS

São sujeitos ativos, ou seja, podem ser penalizados se cometerem algum ato lesivo presente na Lei em discussão: as sociedades empresárias e às sociedades simples (personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado), bem como quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro (art. 1º, parágrafo único, Lei 12.846/2013).

Assim, todas as espécies de pessoas jurídicas do art. 44 do Código Civil (as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas, os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada) são sujeitos ativos dos atos de corrupção. Em um primeiro momento, as organizações religiosas e os partidos políticos podem causar estranhamento por estarem no polo ativo da Lei 12.846/2013, mas elas são tipos de associação, razão pela qual se defende a aplicação da LAC a tais entidades<sup>2061</sup>.

Quanto às pessoas jurídicas estrangeiras, para que possam ser penalizadas é necessário que tenham sede, filial ou representação no Brasil estando nesse bojo não só as empresas, mas também as fundações e associações como a FIFA, a Cruz Vermelha dentre outras<sup>2062</sup>.

Além da pessoa jurídica, a pessoa física (dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou participe do ato ilícito) também pode ser responsabilizada na medida de sua culpabilidade.

Os bens jurídicos tutelados pela Lei mencionada são o patrimônio público nacional e estrangeiro (patrimônio material), os princípios da administração pública (patrimônio moral) e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Assim, são sujeitos passivos a administração pública nacional e estrangeira, as pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado componentes da administração indireta, como sociedade de economia mista e empresas públicas.

Além da administração pública nacional e estrangeira, podemos incluir no rol de sujeitos passivos a coletividade, uma vez que indiretamente ela sente as consequências dos atos ilícitos perpetrados pelas pessoas jurídicas<sup>2063</sup>.

### 49.2.4. ALTERAÇÕES NA PESSOA JURÍDICA

Finalizando a parte de disposições gerais, a Lei versa sobre a responsabilidade da pessoa jurídica caso ocorra alguma transformação em sua essência, tais como: alteração contratual, transformação (a sociedade muda a sua espécie passando, por exemplo, de uma sociedade limitada para uma sociedade anônima), incorporação (uma pessoa jurídica absorve outra), fusão (cria-se uma nova sociedade por meio da união de duas sociedades que se extinguem nesse processo) ou cisão societária (transferência total ou parcial de patrimônio para uma ou várias sociedades). Em todos esses casos, a responsabilização da pessoa jurídica subsiste (art. 4, *caput*, Lei 12.846/2013).

Mas apesar de poder ser penalizada, há alguns casos em que a responsabilidade da pessoa jurídica poderá ser mitigada. São exemplos disso a fusão e incorporação. Nessas situações a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas na Lei 12.846/2013 decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação (art. 4, §1º, Lei 12.846/2013).

Não obstante, salienta-se que no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, mesmo que tenhamos um

<sup>2061</sup>HARTMANN, Stefan Espirito Santo. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013: Breves reflexões acerca das consequências da entrada em vigor da nova legislação no âmbito do Direito Administrativo. Revista da Escola da Magistratura, TRF 4ª Região, n. 4, p. 311.

<sup>2062</sup>CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 63.

<sup>2063</sup>CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 64.

caso de fusão e incorporação, não haverá limitação da responsabilidade da sucessora (art. 4, §1º, Lei 12.846/2013).

Outra situação de redução da responsabilidade da pessoa jurídica são os casos das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas. Todas elas serão solidariamente responsáveis pela prática dos atos previstos na Lei 12.846/2013. Nessas situações, a pessoa jurídica lesada tem a possibilidade de exigir a totalidade da multa e reparação integral do dano resultante do ato que qualquer delas tenha praticado<sup>2064</sup>. Sendo que essa responsabilidade é restrita a obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (art. 4, §1º, Lei 12.846/2013).

Cumprе salientar a importância da LAC, pois ela tem como finalidade evitar que a pessoa jurídica se esquivе de ser responsabilizada por um ato ilícito, simplesmente, por ter realizado modificações societárias.

### 49.3. ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO NACIONAL E ESTRANGEIRA

O capítulo II da Lei 12.846/2013 é composto por um único artigo que versa sobre os atos lesivos à administração pública estrangeira e nacional. Por óbvio, não temos a pretensão de esgotar o tema nessa obra, mas abordaremos cada um dos atos lesivos apresentados pela LAC e suas particularidades a seguir.

O art. 5º, inciso I, da Lei 12.846/2013 tipifica a corrupção ativa, que consiste na promessa, oferta ou doação, direta ou indiretamente, de vantagem indevida a agente público, ou à terceira pessoa a ele relacionada.

A vantagem indevida trazida no dispositivo é toda aquela recebida pelo funcionário público que, trabalhando ordinariamente, ele não receberia. Apesar dessa vantagem ser, normalmente, de natureza pecuniária, ela poderá ter outra natureza, podendo ser, por exemplo, moral ou sexual<sup>2065</sup>. É imprescindível que a vantagem ofertada seja certa e possível de ser realizada.

Ressalta-se que não é necessário que a vantagem seja aceita pelo agente público. Só a promessa ou a oferta por si configuram o ilícito.

O art. 5º, inciso II, da Lei 12.846/2013 tipifica o financiamento, custeamento, patrocínio ou de qualquer modo subvencionamento à prática dos atos ilícitos previstos na normativa em comento.

O que se tem aqui é um suborno em que a pessoa jurídica procura corromper o agente público, tendo em vista obter alguma vantagem através de um ato comissivo ou omissivo praticado pelo agente do Estado. Dessa forma, o dispositivo em comento procura punir o patrocínio de interesses privados no campo da administração pública.

Nesse inciso, assim como no anterior, a legislação não exige um fim de agir específico, apesar desse fim sempre existir, basta a conduta da pessoa jurídica com o intuito de corromper.

O art. 5º, inciso III, da Lei 12.846/2013 caracteriza como ato ilícito a utilização de interpоста pessoa física ou jurídica para ocultação ou dissimulação dos seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

O ato típico desse inciso são as ações do “laranja” ou “testa de ferro”. O “testa de ferro” tem aparência de dono do negócio, enquanto o verdadeiro dono se mantém no anonimato. Ele assume a frente do negócio, mas na realidade não detém o poder. Já o “laranja” seria uma pessoa ingênua, ou não, que empresta seu nome a outros para que possam praticar atos ilícitos.

Assim, “laranja” e “testa de ferro” são, formalmente, beneficiários de um negócio com o poder público firmado de modo ilegal, tendo em vista mascarar seu real beneficiário. Em casos como esse o art. 19, §1º, da mencionada Lei, determina a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

O art. 5º, inciso V, da Lei 12.846/2013, tipifica o ato de dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

2064CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 67.

2065CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 76.

Assim, são considerados atos ilícitos (comissivos ou omissivos) aqueles que prejudicam a atividade investigativa ou fiscalizadora dos órgãos públicos.

## 49.4. ATOS LESIVOS AOS PROCESSOS LICITATÓRIOS E EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por fim, dedicamos esta seção para abordar os atos lesivos aos processos licitatórios e contratos administrativos previstos na Lei 12.846/2013, dado o destaque e a importância que a normativa deu a essa temática.

Os processos de licitação, previstos no art. 37, XXI, da CRFB, visam contratar obras, serviços, compras e alienações mais vantajosas para a administração pública. Devendo os concorrentes (as empresas que participam de um processo de licitação) ter igualdade de condições. Não obstante, esses contratos constituem a maior fonte de ilicitude em desfavor do poder público<sup>2066</sup>. Por isso, esse tema é tratado detidamente pela Lei de Improbidade Empresarial.

Nesse âmbito, o art. 5º, inciso IV, alínea “a”, da Lei 12.846/2013, tipifica como ato ilícito a frustração da competitividade do ato licitatório. Como dito acima, o texto legal prevê igualdade de condições para todos os concorrentes, mas tal ilicitude procura corromper a competitividade desse processo através da fraude, ajuste, combinação ou qualquer outro expediente (art. 5º, IV, “a”, Lei 12.846/2013).

Pode-se afirmar que tudo se resume a uma formação de cartel. As empresas pactuam práticas simuladas de competição que torna inviável a possibilidade de negócio vantajoso para o poder público. Assim, com os cartéis formados, as empresas procuram estabelecer preços superfaturados, bem como quem será a empresa vencedora, alternando entre si quem ganha e quem perde uma licitação, dentre outros ajustes estratégicos ilícitos<sup>2067</sup>.

O art. 5º, inciso IV, alínea “b”, da Lei 12.846/2013, tipifica o impedimento (evitar que o processo licitatório tenha início), perturbação (colocar dificuldade ao trâmite do processo licitatório) ou fraude (evitar cumprimento ou ocultar um descumprimento de exigência legal) à realização de qualquer ato de procedimento licitatório público.

O dispositivo procura, assim, tornar ilícita a obstrução dos processos licitatórios preservando sua licitude e normalidade.

O art. 5º, inciso IV, alínea “c”, da Lei 12.846/2013, traz como conduta típica afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo.

Afastar outro licitante pode, por um lado, eivar editais de especificidades tendo em vista criar requisitos que só uma empresa (por óbvio, a que pretende fraudar o processo licitatório) poderá cumprir. Dessa forma, esse ato exigirá uma parceria entre o público e privado.

Por outro lado, a empresa poderá oferecer alguma vantagem indevida para um ou alguns dos participantes do processo licitatório, tendo em vista suborná-los a participarem do processo licitatório de forma simulada ou não, tornando a proposta da empresa fraudulenta muito mais vantajosa aos olhos da administração pública.

Cumprido salientar que a pessoa jurídica que aceita tal vantagem indevida pratica o tipo ilícito da alínea “a” (frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público) previsto na LAC.

As duas situações acima descritas são exemplos de como a ilicitude do art. 5º, IV, alínea “c”, pode acontecer. Destaca-se que aqui temos um dispositivo formal que dispensa o resultado naturalístico. Isto é, não é necessário que outro licitante seja, efetivamente, afastado. Basta a ação da empresa corrupta no intuito de afastá-lo, mesmo que ela não consiga, o ilícito será caracterizado.

O art. 5º, inciso IV, alínea “d”, da Lei 12.846/2013, tipifica como ato ilícito fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. O tipo traz uma previsão completamente genérica que abarca inclusive as alíneas anteriores. Assim, tal estrutura pode abranger uma infinidade de condutas ilícitas.

<sup>2066</sup>CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 81.

<sup>2067</sup>CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 82.



O art. 5º, inciso IV, alínea “e”, da Lei 12.846/2013, traz como ato típico a criação, de modo fraudulento ou irregular, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo.

A título de exemplo, a fraude pode acontecer com a criação de uma pessoa jurídica que inexistente, tendo em vista que ela participe de um processo de licitação, simulando competitividade, e, assim, legitimando formalmente a contratação da empresa jurídica corrupta. Outro exemplo é o caso da empresa de fachada criada com o objetivo de contornar a proibição de contratar empresas ligadas a agentes públicos<sup>2068</sup>.

Tal ato típico se assemelha ao art. 5º, inciso III dessa mesma Lei, com a diferença de que o tipo em comento trata especificamente de empresas de fachada criada com o fito de participar de processos licitatórios. E assim como no art. 5º, inciso III aqui também haverá a dissolução compulsória da pessoa jurídica.

O art. 5º, inciso IV, alínea “f”, da Lei 12.846/2013, traz como conduta típica a obtenção de vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais.

Diferente dos outros atos aqui descrito, o artigo traz como recorte temporal atos ilícitos ocorridos após o processo de licitação. Assim, forma-se a ilicitude quando há prorrogação (dilação dos prazos de vigência ou execução do contrato) ou modificação (alteração dos termos do contrato) das cláusulas contratuais entre a empresa vencedora do processo licitatório e a administração pública.

As modificações podem, por exemplo, aumentar os preços antes combinado ou tempo de execução. Contudo, para que o tipo em análise se configure, não é necessário demonstrar que a empresa obteve de fato alguma vantagem com a alteração contratual. Basta que ela tenha desconsiderado os termos contratuais iniciais para que a conduta típica seja caracterizada.

O art. 5º, inciso IV, alínea “g”, da Lei 12.846/2013, tipifica a conduta de manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

*A priori*, convém ressaltar que é possível que um contrato firmado entre a administração pública e uma pessoa jurídica seja alterado. Isso porque muitos contratos que inicialmente eram vantajosos para ambas as partes tornam-se excessivamente onerosos para um dos contratantes. Isso acontece em decorrência de eventos supervenientes e extraordinários não previstos e imprevisíveis pelos contratantes, o que causa desequilíbrio econômico-financeiro. Nessas situações é possível alterar as cláusulas do contrato pactuado tendo em vista a manutenção desse equilíbrio.

Frisa-se que, para que a haja a repactuação, é necessário que o evento que levou ao desequilíbrio do contrato seja imprevisível e que impossibilite o cumprimento do contrato nos termos exatos em que ele foi pactuado inicialmente<sup>2069</sup>, tendo uma parte benefício em decorrência de um ônus excessivo para outra.

Nessa toada, o ilícito em tela será configurado quando as partes invocarem um evento que não existe para mudar cláusulas iniciais do contrato e, assim, obter mais vantagem, causando o enriquecimento ilícito da pessoa jurídica contratada.

## 49.5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CASTRO, Leonardo Belline de. *Impactos sistêmicos e transversais da Lei Anticorrupção*. Dissertação- Faculdade de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2018.

HARTMANN, Stefan Espirito Santo. *Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013: Breves reflexões acerca das consequências da entrada em vigor da nova legislação no âmbito do Direito Administrativo*. Revista da Escola da Magistratura- EMAGIS, n. 4, p. 307-332, Porto Alegre, 2016.

HOLMES, Leslie. *Corruption, a very short introduction*. Oxford University Press, New York, 2015.

ZANETTI, Adriana Freisleben de. *Lei Anticorrupção e Compliance*. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, ano 5, n. 15, p. 35-60, set./dez. 2016, Belo Horizonte, 2016.

<sup>2068</sup>CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 85.

<sup>2069</sup>CASTRO, Leonardo Belline de. op. cit. 2018, p. 89.

## CAPÍTULO 50 – IMPROBIDADE EMPRESARIAL: RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL

*Claudio Madureira e Fernanda Medeiros e Ribeiro Rodor*

**SUMÁRIO:** 50.1. Atos de improbidade empresarial. 50.2. Responsabilização administrativa. 50.3. Responsabilização judicial. 50.3.1. Ação judicial para aplicação de sanções e os efeitos secundários da condenação. 50.3.1.1. Rito procedimental, legitimados para a propositura da ação e formulação dos pedidos. 50.3.1.2. Medida de indisponibilidade de bens. 50.3.2. Prescrição. 50.4. Referências bibliográficas.

As ciências sociais, há algum tempo, indicam a corrupção como um dos principais fatores de risco ao Estado Democrático de Direito, uma vez que esta subverte o sistema, desvalorizando o poder do povo e para o povo, a fim de privilegiar interesses privados<sup>2070</sup>. Seguindo esta lógica, nas palavras de Flávia Piovesan e Victoriana Gonzaga, corrupção consistiria em um “desvirtuamento da relação do administrador com a administração pública, na qual seu interesse privado se torna primordial em relação ao interesse republicano, em flagrante ofensa ao princípio Republicano”<sup>2071</sup>.

No contexto de protestos nacionais contra a corrupção e pressão internacional para que o Brasil honrasse com suas obrigações e implementasse uma Lei de combate à corrupção<sup>2072</sup> é que foi promulgada a Lei nº 12.846 em 2013, passando a vigorar no dia 29 de janeiro de 2014.

Isto é, a Lei além de concretizar valores e princípios constitucionais, deu efetividade, no âmbito nacional, às convenções internacionais que o Brasil era signatário, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – conhecida como “Convenção da OCDE” prevista no Decreto nº 3.678/2000; a Convenção Interamericana contra a Corrupção – nomeada de “Convenção OEA” disposta no Decreto nº 4.410/2002 e, por fim, a “Convenção da ONU”, ou seja, Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada no Decreto nº 5.687/2006.

Diante desse propósito declarado de, primeiramente, cumprir com os compromissos internacionais e, em seguida, preencher lacunas existentes no nosso ordenamento, a Lei nº 12.846/2013, intitulada “Lei Anticorrupção Empresarial” ou “Lei Empresa Limpa”, passou a prever a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira (artigo 1º da Lei nº 12.846/2013).

No artigo 1º da Lei, percebe-se que o legislador ampliou o espectro da mesma, aplicando as responsabilizações:

2070 PIMENTEL FILHO, André. *Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 47.

2071 PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e ordem Constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Revista Dos Tribunais*. São Paulo, n. 105, v. 967. p. 21-38, maio, 2016.

2072 MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico, não paginado.

“(…) às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”<sup>2073</sup>.

Indo além, percebe-se com a redação do artigo 4º da Lei, que mesmo em situações de alteração contratual, como transformação, fusão, incorporação ou cisão, a responsabilidade da sucessora subsistirá até o limite do patrimônio transferido (artigo 4º, §1º da Lei nº 12.846/2013).

Assim como, são solidariamente responsáveis pelos atos lesivos praticados em face da Administração Pública: “as sociedades controladoras, controladas, coligadas o ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas”, conforme disposto no artigo 4º, §2º da Lei nº 12.846/2013.

Ademais, observa-se que a Lei Anticorrupção possui caráter extraterritorial, pois é possível aplicá-la aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a administração pública estrangeira, ainda que os atos tenham sido cometidos no exterior, nos moldes do artigo 28 da Lei nº 12.846/2013.

Dessa forma, de maneira inovadora<sup>2074</sup>, a Improbidade Empresarial disciplinada na Lei Anticorrupção, além de permitir a responsabilização das pessoas físicas dos sócios, diretores e funcionários das empresas, passou a contemplar a responsabilidade objetiva civil e administrativa das pessoas jurídicas por ilícitos praticados contra Administração Pública. Sendo que seu advento contribuiu, ainda, para o desenvolvimento do *compliance* no Brasil, do acordo de leniência, do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), bem como da rigidez das sanções no combate à corrupção.

Nesse sentido, o legislador previu a responsabilidade objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pelos atos lesivos praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (artigo 2º da Lei nº 12.846/2013). Com base nesse dispositivo, entende-se que o critério que se deveria utilizar para a punição de pessoa jurídica é se ela possuía interesse ou se auferiu benefício, ainda que não exclusivo, em virtude do ato corrupto. Ou seja, independentemente de culpa ou dolo e, da responsabilização dos seus dirigentes ou administradores, a pessoa jurídica responderá em caso de ilícitos, previstos na Lei, e cometidos em face da Administração Pública.

Nada obstante, as pessoas físicas - dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe - que contribuíssem com o ilícito responderiam na medida da sua culpabilidade (culpa ou dolo), ou seja, de forma subjetiva (artigo 3º, §§1º e 2º da Lei nº 12.846/2013).

Verifica-se, ainda, que a Lei traz duas formas específicas de promover a responsabilização das empresas que incorrerem nas condutas tipificadas na Lei Anticorrupção: i) a responsabilização no âmbito administrativo (artigo 6º e seguintes da Lei nº 12.846/2013); e ii) a responsabilização no âmbito judicial (artigo 18 e seguintes da Lei nº 12.846/2013).

A Lei se divide em sete capítulos, quais sejam: I – Disposições Gerais; II – Dos atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira; III – Da responsabilização administrativa; IV – Do processo administrativo de responsabilização; V – Do acordo de leniência; VI – Da responsabilização judicial; e VII – Disposições Finais; de modo que passaremos a examinar os principais pontos de cada capítulo a seguir.

2073 NETTO, Felipe P. Braga. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O estado como vítima de atos lesivos. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 40.

2074 Sob este ponto, cumpre ressaltar os ensinamentos de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, no sentido de que “a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas por atos praticados por seus prepostos não representa verdadeira novidade, pois já encontrava previsão nos arts. 932, III, e 933, do CC. A novidade é a estipulação de sanções mais severas, com destaque para a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica”. In *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 851. Seguindo esse raciocínio, destaca-se o entendimento consolidado do STJ no REsp 970.393 de que em ação de improbidade administrativa, a pessoa jurídica poderia figurar no polo passivo, ainda que desacompanhada de seus sócios, sendo responsabilizada com seu patrimônio pela prática de ato ímprobo.

## 50.1. ATOS DE IMPROBIDADE EMPRESARIAL.

No artigo 5º da Lei Anticorrupção temos a descrição dos bens jurídicos que esta Lei visa tutelar, quais sejam: o patrimônio público nacional ou estrangeiro, os princípios da Administração e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Quanto ao bem jurídico “patrimônio público”, podemos compreendê-lo em sentido estrito ou amplo. No primeiro, entende-se como erário público, ou seja, somente o patrimônio econômico passível de ser contabilizado em dinheiro<sup>2075</sup>. No segundo sentido, mais amplo, poderíamos remetê-lo ao conceito de patrimônio público do artigo 1º, §1º da Lei da Ação Popular compreendendo como “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”.

Defende-se que o patrimônio público abrangido na lei estaria no seu sentido amplo, tal como ocorre na Lei de Improbidade Administrativa<sup>2076</sup>.

Sobre esse ponto, é importante salientar que para fins de caracterização de alguns dos ilícitos previstos nessa lei, não é necessário a prova de lesão ao erário. Isso porque, a partir do verbo “atentar”, empregado no *caput* do artigo 5º, bastaria expor um bem jurídico tutelável por esta lei em perigo, sendo dispensável a violação efetiva do mesmo<sup>2077</sup>.

Quanto aos princípios da Administração Pública, por óbvio, devem ser respeitados os previstos no *caput* do artigo 37 da CRFB/88, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, mas também os demais princípios implícitos e expressos que norteiam a atividade administrativa, como os princípios dispostos no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, os previstos no artigo 2º da Lei nº 9.784/1999, os princípios do artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, dentre tantos outros.

Além da lei punir os atos lesivos a violação do patrimônio público e dos princípios que norteiam a Administração Pública, também visa reparar os atos que atentem contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, destacando-se nesse ponto as três convenções firmadas pelo Brasil, já asseveradas no tópico anterior: Convenção da ONU, da OCDE e da OEA.

Feito tais considerações, passamos a análise do artigo 5º da Lei Anticorrupção, o qual elenca os atos lesivos passíveis de sanção por este ato normativo:

### Lei nº 12.846/2013

**Art. 5º** - Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV - no tocante a licitações e contratos:
  - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
  - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

2075 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.898.

2076 GARCIA, Mônica Nicida. Improbidade administrativa por lesão ao erário. In: DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Atos de Corrupção relacionados com licitações e contratos*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 78.

2077 HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 114.

- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
  - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
  - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
  - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
  - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.
- § 1º Considera-se administração pública estrangeira os órgãos e entidades estatais ou representações diplomáticas de país estrangeiro, de qualquer nível ou esfera de governo, bem como as pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro.
- § 2º Para os efeitos desta Lei, equiparam-se à administração pública estrangeira as organizações públicas internacionais.
- § 3º Considera-se agente público estrangeiro, para os fins desta Lei, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública em órgãos, entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro, assim como em pessoas jurídicas controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

A partir da leitura do artigo 5º, suscita-se a dúvida se este rol é taxativo ou exemplificativo. Pela expressão “assim definidos” no caput autores como Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Júnior defendem que o rol é taxativo, alegando que se “quisesse o legislador adotar rol exemplificativo no lugar de um rol taxativo, teria se utilizado da expressão “notadamente”, como fez, por exemplo, nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa”<sup>2078</sup>.

Seguindo esta mesma lógica, Fábio Medina Osório aduz que “agrega o legislador: ‘os atos estarão assim definidos’. Na sequência, parte para um rol exaustivo de tipos sancionadores”<sup>2079</sup>.

Nada obstante, há autores<sup>2080</sup> que defendem se tratar de rol exemplificativo, por força de expressões ao longo do rol do artigo 5º, como “qualquer outro expediente”, “vantagem de qualquer tipo”, *etc.*, além do fato de que no âmbito do direito administrativo não se exige tipicidade específica como no direito penal.

Dessa forma, há críticas sobre essa possível tentativa do legislador de formular atos lesivos como ocorre na tipificação penal, mas como “não estamos na área penal, talvez fosse mais inteligente, e mais efetivo, legislar através de cláusulas gerais, sem procurar cercar empiricamente a dinâmica das relações sociais”<sup>2081</sup>.

Registra-se, ainda, que os atos lesivos disciplinados na Lei Anticorrupção não são novidades, muitas condutas já estavam previstas em outros diplomas legais, como no artigo 333 do Código Penal (crime de corrupção), na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992) e nos crimes da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

Combinando os preceitos dos artigos 1º e 2º com o artigo 5º da Lei Anticorrupção, compreendemos que:

“[...] configurar-se-á ilícito por ela sancionável [...] somente quando houver a cumulação de quatro requisitos básicos: (i) prática de ato previsto nos incisos do art. 5º; (ii) lesivo a algum dos bens jurídicos constantes no art. 5º, caput; (iii)

2078 PETRELLUZZI, Marco Vinicio. RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.

2079 MEDINA OSÓRIO, Fábio. Probidade Empresarial: Lei 12.846/13. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, ano 1, n.º 1, p. 253-278, out. 2014. p. 266-267.

2080 DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. Atos de Corrupção relacionados com licitações e contratos. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 87-88.

2081 NETTO, Felipe P. Braga. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O estado como vítima de atos lesivos. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 42.

atribuível à pessoa jurídica englobada pelo art. 1º, parágrafo único, da lei; (iv) em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, como preceitua o art. 2º<sup>2082</sup>.

Em outras palavras, para enquadrar um ilícito à Lei Anticorrupção é necessário que haja a demonstração do nexo causal entre a conduta e a lesão do bem jurídico tutelável pela Lei. Assim como, que haja relação entre a conduta e a vantagem auferida ou potencialmente auferida pela pessoa jurídica<sup>2083</sup>, podendo esse benefício ou interesse ser exclusivo ou não.

Por fim, analisaremos as condutas tipificadas no artigo 5º da Lei, utilizando-se da classificação trinária do Bittercourt, que divide as condutas em 3 tipos: i) tipos de caráter genérico (incisos I, II e III); ii) tipos diretamente relacionados a licitações e contratos administrativos (inciso IV); iii) tipos de obstrução dos atos de investigação e fiscalização (inciso V)<sup>2084</sup>.

Quanto aos tipos de caráter genérico, temos o inciso I do artigo 5º, que muito se assemelha ao crime de corrupção ativa previsto no nosso artigo 333 do Código Penal<sup>2085</sup>. Todavia, a Lei anticorrupção foi além, ampliando mais a conduta do inciso I ao prever o verbo “dar” e não exigir nenhum propósito/conduta do agente público ao receber aquela vantagem, vejamos o teor do dispositivo: “prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada”.

Portanto, os verbos núcleos do inciso I compreendem “prometer e oferecer” e “dar”, os quais combinados com o elemento normativo “vantagem indevida” a um agente público ou pessoa a ele relacionada, originam a conduta corrupta, a qual abrange tanto a promessa ou oferecimento de entregar uma vantagem indevida como também compreende o ato de dar a vantagem indevida a um agente público ou pessoa relacionada a ele.

A vantagem indevida para o agente público ou terceiro equivalem a um benefício ou interesse que ele não faça jus, vejamos:

“São comuns o repasse de valores e de bens: entrega direta de dinheiro, pagamento de viagens, pagamento de alugueis, entrega de obras de arte, entrega de joias, pagamento de reforma de imóvel, etc. A vantagem indevida pode ser mascarada, quando, por exemplo, o agente público vende um imóvel ou móvel de sua propriedade por valor superior ao preço de mercado, quando o agente público contrai financiamentos de bens ou empréstimos que são pagos pela pessoa jurídica, ou quando a pessoa jurídica entrega dinheiro como empréstimo e não cobra.”<sup>2086</sup>

Ressaltando que no âmbito da Lei Anticorrupção não importa a conduta do agente público, se ele aceitou ou não aceitou a vantagem indevida<sup>2087</sup>, para esta lei a pessoa jurídica que ofereceu/prometeu/deu a vantagem indevida arcará com essa conduta, respondendo a Lei Anticorrupção, enquanto que o agente público responderá no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e do próprio Código Penal.

Em contrapartida o terceiro relacionado ao agente público caso aceite/receba a vantagem indevida poderá responder sendo pessoa física às condutas do Código Penal e até da LIA, mas sendo pessoa jurídica o terceiro pode inclusive responder pela própria Lei Anticorrupção também.

Em seguida, a conduta do inciso II do artigo 5º ao prever: “comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;” significa que:

2082 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2083 Veremos a seguir que o auferimento de vantagem pela pessoa jurídica – de fato ou potencial – implicam na sanção imposta, que respectivamente será mais grave (quando vantagem for auferida) e menos grave (quando vantagem só for pretendida), com base no artigo 7º, III da Lei Anticorrupção.

2084 BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. 3º Ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 59-60.

2085 “Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2020.

2086 TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. *Lei Anticorrupção: comentada dispositivo por dispositivo*. São Paulo: Almedina, 2016. I. 696-700.

2087 DEMATTÉ, Flávio Rezende. *Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção*. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 199.

“O rol de ações elencadas nesse inciso indica que o ato ilícito é configurado por comportamento atribuível à pessoa jurídica que incentive, por meio de recursos materiais, outra pessoa jurídica à prática de alguma das condutas previstas como ilícitas nos demais incisos do art. 5º. Esse ato de subvenção deve ser prévio, ou concomitante, à prática da conduta subvencionada, pois deve haver nexo de causalidade entre o incentivo material, as condições por ele proporcionadas e a prática de outro ilícito previsto na Lei Anticorrupção”<sup>2088</sup>.

Frise-se que a expressão “de qualquer modo subvencionar” permite todas as formas de influenciar outra pessoa jurídica a cometer um ilícito corrupto, não necessariamente precisa ser uma subvenção econômica.

Ademais, para que ocorra a conduta do inciso II do artigo 5º é preciso que seja demonstrado que o financiamento/custeio/patrocínio ou a subvenção tenham contribuído de fato para a prática de um ato ilícito da Lei Anticorrupção, tendo em vista o termo “comprovadamente” no início do tipo administrativo sancionador. A fim de clarear essa conduta disposta no inciso II, cita-se o exemplo do Marcelo Zenkner:

“(…) por exemplo, instituição financeira que, fraudulentamente, fornece seguro-garantia ou fiança bancária a determinada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, se vale do documento para participar e se habilitar em determinada licitação (incisos II e III do § 1º do art. 56 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Na hipótese em questão, a instituição financeira responderá pelo ato lesivo capitulado no inciso II e a pessoa jurídica, que se vale da documentação falsa no procedimento licitatório, pela alínea ‘b’ do inciso IV, ambos do art. 5º da Lei n.º 12.846/2013”<sup>2089</sup>.

O tipo administrativo previsto no inciso III correspondem aos famosos casos de empresas “laranjas”, vejamos o disposto no inciso III: “comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados”, dessa forma entende-se que:

“Os elementos do tipo são, em primeiro lugar, o comportamento descrito – utilizar-se de pessoas interpostas – e, em segundo, os dois propósitos específicos para os quais o ato deve ser dirigido, a saber: (i) ocultar ou dissimular seus reais interesses; ou (ii) ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados. Ao lado desses elementos, há, também, a indicação de que o sujeito ativo da infração é a pessoa jurídica que se vale de outrem para a realização das finalidades mencionadas”<sup>2090</sup>.

Assim como no inciso anterior, esse tipo administrativo também determina que haja um nexo causal entre a conduta da pessoa interposta e a ocultação ou dissimulação dos reais interesses ou da identidade de beneficiários praticados, isso depreende-se do termo “comprovadamente”. Ressalte-se que como no inciso anterior, há doutrinadores<sup>2091</sup> que preveem que essa exigência se presta a mitigar a responsabilidade objetiva disciplinada na Lei.

Posteriormente, na divisão trinária do Bittercourt, temos no inciso IV previsão de tipos diretamente relacionados a licitações e contratos administrativos. Sendo que a primeira alínea ‘a’ dispõe que responderá a Lei Anticorrupção quem “frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público”. Este tipo administrativo praticamente reitera o disposto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93<sup>2092</sup>, a diferença é que as penalidades da Lei de Licitações são aplicadas a pessoas físicas que agiram com dolo e praticaram a conduta descrita em seus artigos. Diferentemente da Lei Anticorrupção que permite a punição das pessoas jurídicas e independe de dolo ou culpa.

Exemplificando a conduta prevista na alínea ‘a’ do inciso IV do artigo 5º da Lei Anticorrupção destaca-se as palavras de Baltazar Junior:

2088 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2089 ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial*. São Paulo: Forum, 2019, p. 178-179.

2090 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2091 TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. *Lei Anticorrupção: comentada dispositivo por dispositivo*. São Paulo: Almedina, 2016. l. 749-750.

2092 “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2020.

“[...] ajuste de preços previamente à licitação, de modo a favorecer uma determinada empresa, ou ainda a combinação de modo a que uma empresa seja vencedora em determinada licitação, mas perca em outra, sendo em ambas combinados os preços ou outras condições previamente”<sup>2093</sup>.

Na alínea ‘b’ temos a seguinte previsão “impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público”, outra conduta que é similar a previsão do artigo 93 da Lei das Licitações<sup>2094</sup>. Destaca-se que para essa conduta da alínea ‘b’ não é necessário que a Administração Pública demonstre prejuízo<sup>2095</sup>, basta que o procedimento licitatório seja impedido, conturbado, fraudado e/ou retardado, conforme observamos da literalidade da alínea.

Além disso, importante salientar que a pessoa jurídica responsável pela infração não necessariamente precisa ser um licitante, pode ser uma pessoa jurídica estranha ao certame<sup>2096</sup>.

A conduta da alínea ‘c’, “afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo”, assim como as outras se assemelha a crime previsto na Lei de Licitações, agora, o artigo 95 da Lei<sup>2097</sup>, a diferença reside no fato de que na Lei nº 8.666/1993 foi previsto que o afastamento do licitante poderia se dar por meio de violência, enquanto que na Lei Anticorrupção, até pelo fato de estarmos falando de pessoa jurídica, a hipótese de afastamento por violência não foi prevista.

Nessa hipótese também se entende que a pessoa jurídica que está praticando o ato não precisa ser licitante<sup>2098</sup>. Ademais, observa-se que o tipo administrativo basta a tentativa de afastar um participante do processo licitatório, não há necessidade que haja sucesso nessa prática.

Pode-se afirmar que a conduta da alínea ‘d’ é a mais ampla, uma vez que prevê o cometimento do ato quem “fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente”. Essa conduta possui analogia com o artigo 96 da Lei das Licitações<sup>2099</sup>, sem se limitar as hipóteses da Lei nº 8.666/1993.

Como exemplos de condutas fraudulentas em licitação e contratos, pode-se citar casos de oferta subfaturada na aquisição de ativos públicos ou mesmo oferta superfaturada de produtos e serviços<sup>2100</sup> (nesse caso podendo ser superfaturamento por quantidade, superfaturamento de qualidade, superfaturamento por alteração de metodologia executiva, superfaturamento por preços excessivos, superfaturamento por jogo de planilha, superfaturamento por reajustamento irregular de preços, superfaturamento por adiantamento de pagamentos, superfaturamento por distorção do cronograma físico-financeiro, superfaturamento por prorrogação injustificada do prazo contratual, são várias as hipóteses de superfaturamento)<sup>2101</sup>.

Vale ressaltar que essa alínea ‘d’ por ser extremamente ampla, deve ser aplicada com base na exclusão, primeiro verifica-se se temos hipótese das demais alíneas tratadas no inciso IV, caso não haja, enquadraremos o fato na alínea ‘d’.

2093 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.575.

2094 “Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.” BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2020.

2095 ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial*. São Paulo: Forum, 2019, p. 183.

2096 SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 181.

2097 “Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência”. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2020.

2098 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). *Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2099 “Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: I – elevando arbitrariamente os preços; II – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; III – entregando uma mercadoria por outra; IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato: Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.” BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2020.

2100 ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial*. São Paulo: Forum, 2019, p. 185.

2101 Cf.: BAETA, André Pachioni. Atos Lesivos na execução dos contratos administrativos de obras públicas. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 149-185.



Nada obstante, importante verificar que pela sua previsão apenas contrato administrativo decorrente de licitação fraudada que permitiria a sua subsunção, de modo que as contratações diretas (dispensadas, dispensáveis ou inexigíveis) não se adequam a essa alínea ‘d’, pois são contratações não precedidas de licitação.

Todavia, Zenkner entende que haveria uma exceção nessa exclusão, qual seja quando a Administração contratar diretamente fora das hipóteses permitidas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93 (de dispensa e de inexigibilidade) haveria uma fraude a licitação e por isso a própria pessoa jurídica poderia ser responsabilizada mesmo pela “falha” de um gestor público, conforme vejamos:

“(…) diante da previsão legal de responsabilidade objetiva, elas não poderão mais se escudar nas falhas do agente público ou do preposto responsável e serão responsabilizadas diante da simples constatação de que aquela contratação específica deveria ter passado por prévio procedimento licitatório”<sup>2102</sup>.

A alínea ‘e’ por sua vez pressupõe a ocorrência de criação, de modo fraudulento ou irregular, de pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo. Ou seja, utiliza-se de uma pessoa jurídica de ‘fachada’ para dar aparência de que o processo licitatório ocorreu de forma competitiva e regular, tudo a fim de beneficiar a pessoa jurídica que criou a outra como fachada.

Observa-se a aplicação dessa alínea, inclusive, em casos que a empresa estaria impedida de contratar com a Administração Pública, de modo que ela se utiliza de uma pessoa jurídica fraudulenta para conseguir participar da licitação e contratar com o Poder Público, por exemplo.

Além dessas hipóteses no âmbito do certame, é possível imaginar uma situação envolvendo a fase de contratação pública, em que uma empresa fraudulenta fornece orçamento irreais em um processo de contratação emergencial, apenas, para atender ao requisito da justificativa do preço<sup>2103</sup> previsto no artigo 26, III da Lei nº 8.666/93.

Já em sede de celebração de contratos administrativos, pessoas jurídicas podem vir a ser criadas de modo fraudulento ou irregular com o objetivo de fornecer orçamentos fictícios no processo de contratação emergencial da pessoa jurídica criadora, atendendo ao requisito da justificativa de preço contido no inciso III do parágrafo único, do art. 26, da Lei nº 8.666/1993.

Quanto à previsão da alínea ‘f’, desobedecendo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a pessoa jurídica contratada obtém vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, a partir “de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais”.

Este dispositivo da alínea ‘f’ possui similaridade com o artigo 92 da Lei nº 8.666/93, que dispõe da responsabilização criminal, mas este tipo exige que seja comprovado o dolo, dos agentes públicos e de empresários<sup>2104</sup>.

Por fim, a última alínea do inciso IV determina que “manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública” ocasionaria sanção pela Lei Anticorrupção. Ou seja, pela alínea ‘g’ a pessoa jurídica estaria manipulando ou fraudando os demonstrativos de receitas e despesas na execução do contrato administrativo, “inserir elemento inexistente ou ocultar elemento existente, que induza a Administração Pública em erro”<sup>2105</sup>.

A conduta tipificada no inciso V, último inciso do artigo 5º da Lei Anticorrupção, prevê a hipótese da pessoa jurídica “dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir

2102 ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial*. São Paulo: Forum, 2019, p. 185-186.

2103 ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial*. São Paulo: Forum, 2019, p. 187.

2104 “Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais”. BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em 27 jun. 2020.

2105 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). *Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional” acarretando a aplicação das sanções prevista na Lei nº 12.846/2013.

Ocorrendo uma dessas condutas previstas artigo 5º, a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada tanto na esfera administrativa como na judicial. Na esfera administrativa, as sanções aplicáveis às pessoas jurídicas responsáveis pelos atos lesivos são multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. Já na via judicial, as sanções consistem em perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades<sup>2106</sup>, conforme passaremos a examinar nos tópicos a seguir.

## 50.2. RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA.

Diante da matriz constitucional que estabelece o princípio do devido processo legal administrativo, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV da CRFB/88), o meio como os ilícitos administrativos serão apurados e como as sanções administrativas serão aplicadas exige a instauração de um Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, pressuposto do agir democrático da administração pública brasileira.

Isso porque o processo de aplicação de penalidade deve respeitar além do devido processo legal, o direito fundamental de individualização da pena, conforme artigo 5º, XLVI da CRFB/88, assim como cumprir a necessidade de motivação das decisões, artigo 93, X da CRFB/88.

Além disso, no âmbito infraconstitucional, o PAR deve resguardar as regras e princípios previstos na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999), destacando-se, sobretudo, o artigo 2º que elenca a necessidade da Administração Pública respeitar os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência<sup>2107</sup>.

O legislador da Lei Anticorrupção dispôs nos artigos 8º a 15 as regras do processo administrativo de responsabilização (PAR), de modo que em casos de omissão nesta Lei é possível ser aplicada subsidiariamente a Lei nº 9.784/99, desde que os dispositivos sejam compatíveis com a finalidade do PAR<sup>2108</sup>.

Similar ao processo judicial, a Lei Anticorrupção dividiu o PAR em três fases: i) instauração; ii) instrução e iii) julgamento. Na primeira fase, é importante saber de quem seria a competência para instauração do PAR, que conforme se observa do artigo 8º da Lei cabe “à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação”, de modo que no âmbito do Poder Executivo Federal a Controladoria-Geral da União – CGU terá competência concorrente para instaurar o PAR<sup>2109</sup>. Além disso, essas competências podem ser delegadas, mas não subdelegadas (§1º do artigo 8º).

Sobre o juízo de admissibilidade para instaurar o processo administrativo de responsabilização, destaca-se o teor do artigo 7º da Instrução Normativa de nº 13 de 2019 da CGU, a qual é vinculante para os órgãos do Poder Executivo Federal, prevendo que quando a autoridade competente estiver diante de uma notícia de ocorrência de ato lesivo pela Lei Anticorrupção, deve a mesma decidir, motivadamente, pela i) instauração do PAR; ii) arquivamento

2106 CAMPOS, Patrícia Toledo de. Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei anticorrupção. *Revista Digital de Direito Administrativo*, USP, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

2107 BRASIL. Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em 03 jul. 2020.

2108 Cf.: STJ, ROMS nº 27.919/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 08/10/2013. Além disso, tal prática nos remete a técnica de integração do ordenamento jurídico denominada de analogia, devidamente admitida pelo direito brasileiro (artigo 4º LINDB), por meio da qual se aplica lei disciplinadora de certo caso a hipótese concreta que carece de disposição normativa específica. Neste passo, e como também se sabe, a analogia também é permitida no âmbito do Direito Administrativo, notadamente a analogia legal, onde se tem norma jurídica de direito administrativo incidindo sobre situação jurídica de direito administrativo despida de regra jurídica específica. Consoante assevera OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Método, 6º Ed., 2018. p. 30/31; e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Gen, 16º Ed., 2017. p. 121/122. Corroborando a essa premissa, destacam-se decisões do STF nos Mandados de Segurança nº 35540/DF e nº 35521/DF, bem como julgados do STJ no MS 18.338/DF e RMS 46.438-MG.

2109 Ressalte-se ainda que a CGU é o órgão competente para instaurar PAR quando há identificação de atos lesivos contra a Administração Pública Estrangeira, seguindo, no couber, o mesmo rito procedimento do PAR para atos lesivos em face de autoridade nacional, conforme dispõe o artigo 14 do Decreto nº 8.420/2015.

da notícia; ou iii) promoção de investigação preliminar<sup>2110</sup> (artigos 8º e 9º da IN), a fim de obter maiores informações sobre a materialidade e autoria do ato lesivo<sup>2111</sup>.

Feito o juízo de admissibilidade e instaurado o PAR, inicia-se a fase instrutória que será conduzida por “comissão designada pela autoridade instauradora e composta por 2 (dois) ou mais servidores estáveis” (artigo 10 da Lei). Nesta fase, a pessoa jurídica acusada será intimada para no prazo de 30 dias apresentar sua defesa (artigo 11 da Lei), além de ser o momento de admissão e produção das provas. Lembrando que:

“A comissão não terá poder de adotar medidas cautelares para a garantia do interesse público, nem mesmo terá capacidade judiciária para pleitear em juízo medidas de investigação sob o crivo da reserva da jurisdição. Apenas a autoridade instauradora poderá adotar medidas cautelares, como a suspensão dos efeitos do ato ou processo objeto da investigação. No caso da necessidade de utilização de meios de prova como a quebra de sigilo bancário, fiscal e busca e apreensão, a comissão poderá pedir ao órgão de representação judicial do ente público que as requeiram em juízo”<sup>2112</sup>.

Importante rememorar que a comissão, para o devido e regular exercício de suas funções, “poderá propor à autoridade instauradora a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou do PAR”, conforme disciplina o artigo 9º, §2º, I do Decreto Federal nº 8.420/2015. Ou seja, há possibilidade de haver medida cautelar administrativa no âmbito do PAR para proteção e garantia da eficácia desse processo, pois “diante dos indícios de fraude ou graves irregularidades, pode ser necessária e urgente alguma medida, a fim de evitar um dano irreparável ou de difícil reparação que coloque em risco o interesse público”<sup>2113</sup>.

Além disso, é possível que a Comissão solicite a implementação de medidas judiciais acessórias à responsabilização administrativa. Ou seja, a Lei Anticorrupção no seu artigo 10, §1º c/c com o artigo 9º, §2º, III do Decreto Federal nº 8.420/2015, prevê a possibilidade de a Administração Pública solicitar ao Poder Judiciário, por intermédio da Advocacia Pública ou órgão de representação judicial equivalente, em típica atuação contenciosa, medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão, no país ou exterior, conforme vejamos:

#### Lei nº 12.846/2013

**Art. 10. (...) § 1º** O ente público, por meio do seu órgão de representação judicial, ou equivalente, a pedido da comissão a que se refere o caput, poderá requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive de busca e apreensão.

A Comissão deverá concluir o PAR em 180 dias, conforme disciplina o artigo 10, §3º da Lei, podendo esse prazo ser prorrogado pela autoridade instauradora por ato motivado (§4º do artigo 10) e, ao final, a Comissão apresentará relatórios sobre os fatos apurados e eventual responsabilidade da pessoa jurídica, sugerindo de forma motivada as sanções a serem aplicadas (§3º artigo 10).

Vale ressaltar que o artigo 10 da Lei Anticorrupção deve ser lido em conjunto com o artigo 47 da Lei nº 9.784/99, de modo que o relatório deve indicar o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento, formular uma proposta de decisão, objetivamente justificada (se o fato ocorreu ou não), percorrendo sobre a materialidade, a tipicidade e a autoria da suposta pessoa jurídica. Em seguida, deve o PAR ser encaminhado à autoridade competente<sup>2114</sup>.

2110 Na investigação preliminar são examinadas as informações e as provas existentes da notícia do ato lesivo corrupto, que quando insuficientes, permitem a realização de diligências a fim de averiguar melhor o conteúdo e procedência da notícia. Como exemplo, são permitidos i) expedição de ofício requisitando informações e documentos (artigo 9º, §1º, I da IN 13/2019); ii) tomada de depoimentos (artigo 9º, §1º, II da IN); iii) realização de perícia (artigo 9º, §1º, III da IN); iv) quebra de sigilo fiscal, por meio da autoridade competente (artigo 9º, §1º, IV da IN); v) pedido de busca e apreensão, por meio da representação judicial, e demais medidas judiciais que se mostrem necessárias (artigo 9º, §1º, V da IN).

2111 BRASIL. Instrução Normativa nº 13, de 8 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-13-de-8-de-agosto-de-2019-210039570>>. Acesso em 05 jul. 2020.

2112 MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 227.

2113 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). *Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2114 Cf.: ARAÚJO, Kleber Martins de. *Processo Administrativo de Responsabilização*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 291.

Dessa forma, inicia-se a fase julgamento, na qual a autoridade instauradora proferirá a decisão administrativa. Lembrando que esta decisão deverá ser, expressamente, motivada (artigo 93, X, da CRFB/88 e artigo 50, II da Lei nº 9784/1999), apontando a ocorrência das condutas lesivas da Lei Anticorrupção, os parâmetros e a dosimetria da sanção aplicada, demonstrando sua proporcionalidade.

Não obstante tais elementos, atualmente, ainda é preciso que a autoridade administrativa demonstre ter considerado as consequências práticas da decisão e não apenas os valores jurídicos abstratos, nos moldes do artigo 20 da Lei nº 13.655/2018, conforme vejamos:

**Lei nº 13.655/2018**

**Art. 20.** Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

**Parágrafo único.** A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Embora a Lei nº 12.846/2013 não preveja recurso em face da decisão da autoridade julgadora do PAR, o Decreto nº 8.420/2015 no seu artigo 11 prevê a possibilidade de Pedido de Reconsideração, com efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contado da data de publicação da decisão.

Mesmo defendendo que poderia o Decreto nº 8.420/2015 ter exorbitado os limites do poder de regulamentar da Lei nº 12.846/2013, há dois motivos que permitiriam a apresentação de recurso em face da decisão administrativa: i) na esfera constitucional que seria o próprio artigo 5º XXXIV, a, que prevê o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; ii) na esfera infraconstitucional, seria possível aplicar de forma análoga o artigo 56 da Lei de Processo Administrativo Federal, que prevê que “das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito”.

Após esse pedido de reconsideração da decisão, a autoridade julgadora terá novo “prazo de trinta dias para decidir sobre a matéria alegada no pedido de reconsideração e publicar nova decisão”, nos moldes do §2º, artigo 11 do Decreto nº 8.420/2015.

Posteriormente à decisão, deve o PAR ser encaminhado à Advocacia Pública ou ao órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público (artigo 6º, §2º da Lei) para que haja manifestação jurídica acerca da regularidade e respeito à legalidade e ao trâmite do processo administrativo, em especial quanto à observância do princípio do contraditório, da ampla defesa, da motivação e da análise da proporcionalidade da penalidade aplicada.

Mantida a decisão administrativa sancionadora, a pessoa jurídica terá um prazo de 30 dias para efetuar o cumprimento das sanções impostas (§3º, artigo 11 do Decreto). No caso da multa, esta não sendo paga, pode o crédito ser inscrito em dívida ativa da Fazenda Pública e cobrado mediante Execução Fiscal.

Isto é, a multa não paga de forma voluntária será inscrita em dívida ativa e cobrada mediante propositura de ação de Execução Fiscal, que segue o procedimento da LEF (Lei nº 6.830/1980), igualmente deflagrada pela Advocacia Pública, em típica atividade contenciosa.

Nada obstante a responsabilização da Lei Anticorrupção visar a pessoa jurídica, é possível, excepcionalmente, que a pessoa natural seja responsabilizada em detrimento da sociedade, quando houver “abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial”, ensejando a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica<sup>2115</sup>, prevista no artigo 14 da Lei nº 12.846/2013.

Sob este ponto, Tartuce considera uma novidade prevista na Lei Anticorrupção esta hipótese de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo:

---

2115 Lembrando que o STF e STJ possuem entendimentos pela possibilidade de aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no âmbito administrativo, conforme decisões: STF. Medida Cautelar no MS 32.494, rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 11.11.2013, p. 13.11.2013; STJ, Recurso em MS 15.166/BA, rel. Min. Castro Meira, 2ª T., j. 07.08.2003, p. 08.09.2003.

“Pontue-se que a desconsideração da personalidade jurídica sempre foi viável como medida a ser deferida pelo magistrado, dentro de um processo judicial. Todavia, como novidade, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) criou uma nova modalidade, de desconsideração administrativa”<sup>2116</sup>.

Por fim, a comissão designada para apuração da responsabilidade, dará conhecimento ao Ministério Público dos fatos, para apuração de eventuais delitos, nos moldes do artigo 15 da Lei Anticorrupção.

Vale ressaltar que não sendo instaurado o PAR, e havendo indícios de cometimento de atos lesivos previstos na Lei Anticorrupção, é possível que a responsabilização administrativa ocorra de forma subsidiária no âmbito judicial, por provocação do Ministério Público, conforme disciplina o artigo 20 da Lei de Anticorrupção<sup>2117</sup>.

Feito tais considerações quanto à forma que as sanções são aplicadas na esfera administrativa, passa-se para análise das penalidades administrativas.

Conforme visto, os ilícitos previstos no artigo 5º da Lei são passíveis de sanções aplicáveis na própria esfera administrativa, sanções essas destacadas no artigo 6º da Lei, quais sejam: multa e publicação extraordinária de decisão condenatória, podendo ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente, a depender da gravidade e da natureza das infrações, vejamos o teor do artigo 6º:

#### **Lei nº 12.846/2013**

**Art. 6º.** Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e

II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

Inspirada na redação da Lei Antitruste (Lei nº 12.529/2011, artigo 37, I), depreende-se do artigo 6º, inciso I, que a multa poderá ser arbitrada entre 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício antes da instauração do processo administrativo. Assim como, que a base de cálculo para aplicação da multa é o faturamento bruto depois de excluídos os tributos.

Nada obstante, não temos na Lei uma metodologia para o arbitramento do valor da multa, que estabeleça de forma clara a sistemática de cálculo para a aplicação dessa sanção. Diante disso, a fim de tornar a responsabilização administrativa mais eficiente fala-se da necessidade de uma regulamentação esclarecendo como calcular faturamento bruto, ou ainda, em casos em que não haja faturamento bruto no exercício anterior, quais as alternativas de bases de cálculo possíveis.

Sob esse ponto, nos valem da Instrução Normativa da CGU nº 01/2015 e dos artigos 17 ao 23 do Decreto Federal de nº 8.420/2015, que regulamentaram a multa administrativa prevista na Lei Anticorrupção. Ressalte-se que a Instrução Normativa estabeleceu a forma de apurar o faturamento bruto, inclusive para empresas optantes no simples, prevendo que:

#### **IN/CGU nº 01/2015**

**Art. 1º** Para o cálculo da multa a que se refere o inciso I do art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013, o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

**Art. 2º** Para os contribuintes optantes pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, o faturamento bruto compreende a receita bruta de que trata o § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

**Art. 3º** Excluem-se do faturamento bruto os tributos de que trata o inciso III do § 1º do art. 12 do Decreto-Lei nº 1.598, de 1977.

2116 TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 189.

2117 Ver tópico 49.3.

Obviamente que o acesso ao faturamento das empresas pela Administração Sancionadora nem sempre é uma atividade fácil. É preciso considerar que, por vezes, empresas se opõem ao compartilhamento de dados junto à Administração, alegando que tais informações sobre o faturamento da empresa estariam resguardadas no manto do sigilo fiscal<sup>2118</sup>.

Diante dessa possível dificuldade da Administração, é que temos a previsão do §4º artigo 6º da Lei Anticorrupção que dispõe que “caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais)”.

A questão que perpassa o artigo 6º, *caput*, e o seu §4º da Lei Anticorrupção é saber qual o valor razoável para a multa, que não seja nem irrisório (abaixo da lesão causada), nem excessivo a ponto de causar a dissolução da empresa.

Com base no Decreto Federal de nº 8.420/2015, podemos delinear etapas a serem seguidas para o cálculo da multa. A primeira etapa corresponde à análise das circunstâncias agravantes das pessoas jurídicas infratoras, previstas no artigo 17 do Decreto, como: i) extensão da continuidade delitiva, quanto maior, maior o percentual (artigo 17, I); ii) tolerância ou ciência de pessoas do corpo diretivo ou gerencial da pessoa jurídica; iii) casos que haja interrupção do fornecimento do serviço público ou execução da obra (artigo 17, III); iv) situação econômica do infrator (artigo 17, IV); v) reincidência (artigo 17, V); vi) os valores dos contratos públicos (artigo 17, VI), quando mais alto o valor, maior o percentual da multa.

Após essa etapa, inicia-se a análise das atenuantes passíveis de redução do montante da multa aplicada. Nesse ponto, destaca-se o teor do artigo 18 do Decreto Federal que prevê a diminuição do valor da multa quando: i) não haja consumação da infração; ii) haja comprovação de ressarcimento da pessoa jurídica dos danos causados; iii) haja demonstração de colaboração da pessoa jurídica com a investigação; iv) haja comunicação espontânea pela pessoa jurídica, antes mesmo da instauração do Processo Administrativo de Responsabilização – PAR; v) a pessoa jurídica comprovasse possuir e aplicar programa de integridade.

Ademais, tentando evitar que a conta final de agravantes e atenuantes chegasse a zero ou a um resultado negativo, o artigo 19 do Decreto Federal trouxe a seguinte previsão:

**Decreto nº 8.420/2015**

**Art. 19.** Na ausência de todos os fatores previstos nos art. 17 e art. 18 ou de resultado das operações de soma e subtração ser igual ou menor a zero, o valor da multa corresponderá, conforme o caso, a:

I - um décimo por cento do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos; ou

II - R\$ 6.000,00 (seis mil reais), na hipótese do art. 22”.

Aprimorando, ainda mais, a Lei Anticorrupção, o Decreto Federal nº 8.420/2015 no seu artigo 20 estabeleceu o limite mínimo e máximo do valor final da multa, sendo respectivamente, o valor mínimo o montante entre a vantagem auferida e o previsto no artigo 19, e o valor máximo: o menor valor entre i) 20% do faturamento bruto do exercício anterior e ii) três vezes o valor da vantagem pretendida ou auferida.

Mais uma vez, a “legislação federal silencia sobre o processo de cobrança”<sup>2119</sup>. A fim de regulamentar a questão, o Decreto Federal dispõe no seu artigo 25 que ao final do PAR a pessoa jurídica terá 30 dias para pagar a multa administrativa, esta não sendo paga, o valor será inscrito em dívida ativa<sup>2120</sup> e a Fazenda Pública ajuizará execução fiscal (Lei nº 6.830/1980) a fim de cobrar tal montante.

Por fim, o valor da multa pago pela pessoa jurídica será destinado, preferencialmente, aos órgãos ou às entidades públicas lesadas, conforme se extrai do teor do artigo 24 da Lei Anticorrupção.

2118 MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 201-202.

2119 MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 211.

2120 Excepcionalmente, caso a entidade que aplicou a multa não possua Dívida Ativa, o valor poderá ser cobrado independentemente de prévia inscrição, nos termos do §3º do artigo 25 do Decreto Federal nº 8.420/2015.

A segunda espécie de penalidade administrativa prevista no artigo 6º da Lei Anticorrupção é a publicação extraordinária da decisão condenatória, sanção também inspirada na Lei Antitruste (artigo 38, I). O § 5º do artigo 6º da Lei especifica que:

**Lei 12.529/2011**

**Art. 6º [...]** § 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores”.

O objetivo da pena de publicação extraordinária da decisão condenatória é dissuadir a pessoa jurídica de cometer atos lesivos à Administração Pública, pois uma vez publicada pode acarretar consequências negativas para a imagem da pessoa jurídica, tanto com o relacionamento dos clientes, provocando, por vezes, queda no mercado; como diminuindo a credibilidade da empresa para obtenção de créditos em instituições financeiras; ou ainda, acarretando queda no valor das ações e, conseqüentemente, no valor da empresa.

Frise-se que o artigo 16, §2º da Lei Anticorrupção permite a isenção dessa penalidade, quando a empresa celebra junto com a Administração acordo de leniência, ou seja, quando a pessoa jurídica coopera com as investigações e o processo administrativo identificando demais envolvidos na infração e apresentando informações e documentos que comprovem o ilícito<sup>2121</sup>.

Na Lei Anticorrupção as previsões que auxiliam na dosimetria dessas sanções são menos completas e descritivas que os dispositivos do Decreto Federal nº 8.420/2015. Mas temos na Lei o §1º do artigo 6º e o artigo 7º que salientam os pontos que devem ser observados no momento da aplicação da pena:

**Lei nº 12.846/2013**

**Art. 6º (...)**

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

[...]

**Art. 7º** Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

**Parágrafo único.** Os parâmetros de avaliação de mecanismos e procedimentos previstos no inciso VIII do caput serão estabelecidos em regulamento do Poder Executivo federal.

Dessas circunstâncias que devem ser consideradas no momento da aplicação das sanções, sem dúvidas, destacam-se a cooperação da pessoa jurídica durante as investigações e a existência de um programa de integridade, códigos de ética e conduta na empresa, auditorias e incentivos à denúncia de irregularidades/fraudes/ilícitos,

2121 Ver mais: Cartilha da Lei Anticorrupção do MPSP. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO\\_Patrimonio\\_Publico/Banco\\_de\\_Imagens/CartilhaFOCCOSpleianticorruptao.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Patrimonio_Publico/Banco_de_Imagens/CartilhaFOCCOSpleianticorruptao.pdf)>. Acesso em 27 jun. 2020.

conhecidos como mecanismos de *compliance*, os quais são mais bem disciplinados nos artigos 41 e 42 do Decreto Federal de nº 8.420/2015.

Lembrando que o programa de integridade deve ser atualizado e aprimorado constantemente para que tenha efetividade, devendo ainda obedecer os parâmetros do artigo 42 do Decreto<sup>2122</sup>, pois só satisfazendo as previsões legais é que o programa “poderá gerar atenuação da pena base em valores que variam entre 1% a 4% do faturamento bruto”<sup>2123</sup>.

Além disso, conforme a regulamentação da Portaria da CGU nº 909 de 2015, para que a autoridade avalie o programa de integridade, a pessoa jurídica deve apresentar o relatório de perfil e relatório de conformidade do programa, nos termos dos artigos 3º e 4º da Portaria<sup>2124</sup>.

Salienta-se, ainda, que mesmo havendo instauração de PAR para aplicação das sanções administrativas de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória, o §3º do artigo 6º combinado com o artigo 13 da Lei Anticorrupção preveem a reparação integral do dano. Ou seja, a aplicação das demais sanções não afasta a obrigação de reparar o dano no âmbito administrativo<sup>2125</sup>.

Mas tal previsão do §1º do artigo 6º e do artigo 7º da Lei nº 12.846/2013 não sanaram todas as questões envolvendo a aplicação das sanções. Conforme vislumbrado, por vezes, a Lei deixou margem para dúvidas quanto a sua aplicação, que o Decreto Federal nº 8.420/2015 e atos normativos da CGU vieram sanando. Todavia, cabe a cada ente federativo regulamentar a Lei e adequá-la a sua realidade<sup>2126</sup>, especialmente no que tange ao processo administrativo de responsabilização, por força dos artigos 22, I e 24, XI da CRFB/88, o que pode acabar ocasionando a existência de contradições na forma como a Lei Anticorrupção é aplicada:

“É delicado, sem dúvida, o equilíbrio entre a necessária zona de complementação e adaptação na regulamentação da lei no âmbito de cada ente federado, e as demandas da igualdade e da segurança jurídica. Contudo, os limites do poder regulamentar são os mesmos que devem ser levados em conta para a discricionariedade técnica na aplicação das normas. Na verdade, a relação de complementariedade que existe entre a Lei n.º 12.846/2013 e o decreto federal correspondente é coerente com o movimento de deslegalização do Direito Administrativo, como resposta aos limites

2122 “Art. 42 Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos”.

2123 MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 208-209.

2124 BRASIL. Portaria CGU Nº 909 DE 07/04/2015. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=282863>>. Acesso em 30 jun. 2020.

2125 No âmbito judicial, conforme veremos no tópico seguinte, foi prevista no artigo 22 da Lei Anticorrupção a obrigação de reparação integral do dano.

2126 Estados como Goiás (Decreto 18.672/14), Maranhão (Decreto 31.251/15), Espírito Santo (Decreto 3.956 - R/2016), Mato Grosso (Decreto 522/2016), Mato Grosso do Sul (Decreto 14.890/17), Minas Gerais (Decreto 46.782/2015), Paraná (Decreto 10.271/2014), Tocantins (Decreto 4.954/2013), São Paulo (Decreto 60.106/2014), Alagoas (Decreto 52.555/17), Pernambuco (Lei 16.309/18), Rio Grande do Norte (Decreto 25.177/15), Santa Catarina (Decreto 1.106/17), Rio de Janeiro (Decreto 46.366/18), Rio Grande do Sul (Lei 15.228/18), Distrito Federal (Decreto 37.296/2016) já promoveram a regulamentação. “Porém, aproximadamente metade dos entes estaduais ainda se encontra faltoso. Esta realidade fica mais crítica no caso dos municípios, pois desconhecem a atribuição que lhes foi conferida e a necessidade de exercê-la”. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-dez-19/tatiana-camarao-regulamentacao-lei-anticorruptao-empresarial#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2018-dez-19/tatiana-camarao-regulamentacao-lei-anticorruptao-empresarial#_ftn3)>. Acesso em 29 jun. 2020.



da legalidade estrita diante de uma realidade tão complexa. Mesmo assim, é importante que se diga, pode-se criar situações de risco imaginando que esse poder regulamentar tão amplo será também usufruído por um universo muito grande de municípios e atores políticos, determinando uma provável inconstância (ou contradições) nos padrões de decisão utilizados por comissões e autoridades administrativas tão diversas”<sup>2127</sup>.

O maior problema das hipóteses fáticas inacabadas e das imprecisões da Lei Anticorrupção, está muito além da falta de uniformidade na sua aplicação, na verdade, cinge-se no esvaziamento da sua eficácia no combate à corrupção, pois o maior receio é que sem uma completude sua aplicação fique seriamente comprometida.

A fim de evitar uma não aplicação da Lei Anticorrupção por falta de regulamentação, tem sido aplicado aos Estados e seus Municípios, que não possuem diploma normativo específico, a legislação e regulamentação federal<sup>2128</sup>.

Isso vem ocorrendo de forma similar ao que acontece com a Lei de Processo Administrativo Federal, que o STJ determinava desde 2010, com base no REsp nº 1148460 e, recentemente, com base no enunciado da Súmula 633 do STJ, que a Lei nº 9.784/1999 pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria.

### 50.3. RESPONSABILIZAÇÃO JUDICIAL.

Antes de adentrar no tópico da responsabilização judicial propriamente dita, é importante esclarecer que a responsabilização judicial e a administrativa não significam uma afronta ao princípio do *ne bis in idem*<sup>2129</sup>, uma vez que são responsabilizações independentes, com autoridades competentes distintas e com sanções diferentes.

Seguindo essa lógica, vimos que na responsabilização administrativa a competência de instauração é da autoridade administrativa máxima de cada órgão ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e as sanções de natureza administrativa aplicáveis são i) multa administrativa; e ii) publicação extraordinária da decisão condenatória.

Em contrapartida, na responsabilização judicial a competência é da autoridade judicial da Justiça Comum Estadual ou Federal (artigo 109 da CRFB/88), e as sanções de natureza cível são diferentes, como: i) pena de perda dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; e iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

Tanto é assim que o artigo 18 da Lei Anticorrupção prevê que “na esfera administrativa, a responsabilidade da pessoa jurídica não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial”.

Indo além, a própria Lei dispõe no seu artigo 29 e 30, respectivamente, que aplicação da Lei Anticorrupção não exclui as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), do Ministério da Justiça e do Ministério da Fazenda para processar e julgar fato que constitua infração à ordem econômica; assim como que a aplicação das sanções da Lei Anticorrupção não afastam as responsabilizações e aplicações de sanções oriundas de atos de Improbidade Administrativa, condutas ilícitas disciplinadas nas normas de licitação como Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 12.462/2011.

Nada obstante a independência de instância, é possível que haja uma “intersecção entre instâncias” quando

2127 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2128 MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 225.

2129 Violação ao princípio *ne bis in idem* ocorre em casos que o “sujeito é punido mais de uma vez pela mesma conduta, dentro da mesma esfera de responsabilidade”, remetendo a ideia do artigo 125 da Lei nº 8.112/90, a qual prevê que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 557-558.

o PAR não for instaurado. Ou seja, em caso de omissão da autoridade administrativa, é possível que por provocação do Ministério Público, a responsabilização administrativa ocorra no âmbito do Poder Judiciário (artigo 20 da Lei nº 12.846/2015)<sup>2130</sup>.

Dessa forma, embora as sanções de natureza cíveis disciplinadas no artigo 19 da Lei sejam reservadas à jurisdição. Isto é, somente podem ser aplicadas na esfera de responsabilização judicial, as sanções administrativas não são exclusivas do âmbito administrativo, pois é possível que a esfera judicial aplique, além das sanções cíveis, as penalidades administrativas previstas no artigo 6º da Lei (multa e publicação).

Entendido a independência das instâncias e compatibilização com os preceitos constitucionais, passamos à análise do Capítulo VI da Lei Anticorrupção que se dedicou a disciplinar a Responsabilização Judicial.

### 50.3.1. AÇÃO JUDICIAL PARA APLICAÇÃO DE SANÇÕES E OS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO.

Conforme já adiantado, a Lei Anticorrupção prevê a propositura de ação judicial para aplicação às empresas infratoras de sanções cíveis, para além das sanções administrativas aplicadas no âmbito do PAR, nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.846/2013.

Contudo, como vislumbrado anteriormente, é possível que no âmbito judicial haja a aplicação das mesmas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei Anticorrupção, em caso de omissão da autoridade administrativa competente, nos moldes do artigo 20 da mesma Lei.

Outrossim, a condenação na ação judicial ainda permite, mesmo que não expressamente na sentença, a obrigação de reparar integralmente os danos porventura causados ao erário, nos moldes do parágrafo único do artigo 21 da Lei Anticorrupção. Dessa forma, essa obrigação de reparação do dano pode ser proveniente tanto da responsabilização administrativa (artigo 13 da Lei) quanto da judicial (artigo 21, parágrafo único da Lei).

A fim de clarear e tornar ainda mais didática as hipóteses de sanções aplicáveis na esfera administrativa e na esfera judicial, segue tabela abaixo:

<b>RESP. ADMINISTRATIVA (art. 6º)</b>	<b>RESP. JUDICIAL (art. 19)</b>
- multa administrativa;	- perdimento de bens;
- publicação da decisão nos meios de imprensa às expensas do condenado;	- suspensão ou interdição parcial da atividade;
	- dissolução da pessoa jurídica;
	- proibição de receber incentivos, subsídios, doações ou empréstimos da Administração Pública;
<b>REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO</b> <b>(artigo 13 e artigo 21, parágrafo único da Lei nº 12.846/2013)</b>	

A primeira medida do artigo 19, inciso I, da Lei Anticorrupção prevê a pena de “perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração”. Percebe-se pelo teor do inciso mesmo em casos de a pessoa jurídica não ter causado prejuízo ao erário, esta penalidade deve ser aplicada, uma vez que basta ter obtido “vantagem indireta” para que a mesma seja imposta à pessoa jurídica<sup>2131</sup>.

Nos termos artigo 24 da Lei Anticorrupção, os bens, direitos ou valores, oriundos dessa penalidade de perdimento, serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

2130 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 580.

2131 HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 255.

A segunda sanção disciplinada no artigo 19, II, da Lei trata da “suspensão ou interdição parcial de suas atividades”. Sob este ponto defende-se que a suspensão seria na totalidade das atividades da empresa por um período determinado. Enquanto que a interdição seria apenas de parcelas de atividades da empresa que estão sujeitas a riscos de reincidência nos ilícitos<sup>2132</sup>.

Percebe-se que a Lei Anticorrupção não determinou o período que a empresa ficará com suas atividades suspensas, nem quais atividades estariam sujeitas a interdição, cabendo ao magistrado ponderar e estipular no caso concreto a duração e abrangência dessas medidas.

A imposição dessa sanção se justifica em situações em que há uma boa chance de a pessoa jurídica voltar a atuar com probidade nas suas atividades. Isso porque, para a Administração Pública é melhor que as pessoas jurídicas continuem gerando empregos, riquezas e pagando tributos, a fim de fomentar a economia local, regional ou nacional.

Ou seja, para o Poder Público não é interessante dissolver de forma compulsória e definitiva as atividades da empresa, essa medida só se mostrará indispensável quando for comprovado hipóteses de reincidência e habitualidade para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos ou quando a pessoa jurídica foi constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados, nos termos do §1º, I e II, do artigo 19 da Lei Anticorrupção. Nessas circunstâncias, não haverá alternativa se não aplicar a pena do inciso III da Lei: “dissolução compulsória da pessoa jurídica”.

Rememora-se que as penalidades do artigo 19 da Lei Anticorrupção só podem ser aplicadas na esfera judicial. Sob este ponto, defende-se que, em especial, as penalidades do inciso I – perdimento dos bens; do inciso II – suspensão e interdição parcial das atividades; e do inciso III – dissolução compulsória das atividades da pessoa jurídica – só poderiam ser aplicadas aos acusados no âmbito judicial, por força do preceito constitucional contido no artigo 5º, LIV, da CRFB/88, que prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Indo além, há autores<sup>2133</sup> que aplicam de maneira analógica às pessoas jurídicas, o disposto no artigo 5º, XIX, da CRFB/88, que faz menção as associações, defendendo que a partir deste dispositivo para que as atividades das pessoas jurídicas sejam suspensas ou dissolvidas é necessário que haja decisão judicial, conforme vejamos:

#### CRFB

**Art. 5º (...) XIX** – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado”.

Por fim, a última sanção prevista no artigo 19, inciso IV, da Lei Anticorrupção trata da “proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos”.

Esta sanção é decorrência lógica da premissa que não caberia o Poder Público conceder benefícios à pessoa jurídica que cometeu ato improprio e corrupto em face dele próprio, pois caso isso ocorresse, haveria uma incongruência do sistema, a título exemplificativo vejamos:

“Seria um descalabro, por exemplo, que a pessoa jurídica punida com a multa administrativa prevista no inc. I do art. 6º da Lei em comento obtivesse, junto a banco oficial, o empréstimo necessário para o pagamento da punição que lhe foi pespegada, exatamente em razão da prática de ato lesivo cometido contra a pessoa jurídica detentora do controle do banco estatal financiador”<sup>2134</sup>.

Ademais, tal sanção do inciso IV, ainda guarda relação com o risco das finalidades desses benefícios concedidos às pessoas jurídicas inidôneas serem transmutados, acarretando ainda mais danos à Administração Pública.

2132 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2133 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2134 SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312.

A decisão da aplicação das sanções às empresas infratoras, se será de forma cumulativa ou isolada, caberá ao próprio magistrado, artigo 18, §3º da Lei Anticorrupção. O juiz diante do caso concreto decidirá sobre a adequação das penalidades aplicadas. Lembrando, apenas, que por força do disposto no artigo 19, §3º da Lei, havendo as situações que ensejam a pena de dissolução compulsória da pessoa jurídica, deve o juiz aplicá-la.

A responsabilização pela prática de atos lesivos à Administração Pública pode acarretar, ainda, aplicações de sanções no âmbito penal, civil e administrativo, sem que haja alegação de *bis in idem*, por conta da aplicação do princípio da independência das instâncias<sup>2135</sup>.

Por exemplo, uma pessoa jurídica que em conjunto com agentes públicos fraudula o caráter competitivo de uma licitação, acarretando prejuízos ao erário e inexecução parcial do objeto da contratação, estaria infringindo dispostos na i) norma penal – artigo 90 da Lei nº 8.666/93; ii) norma civil – artigo 10 da Lei nº 8.429/90; iii) norma administrativa – artigo 5º, IV, a, da Lei Anticorrupção e artigos 86, 78, e 88 da Lei nº 8.666/93, passível de responsabilização em todas essas searas<sup>2136</sup>.

Por fim, a condenação na ação de responsabilização judicial tem a capacidade de gerar efeitos secundários, como i) reparação integral dos danos causados; ii) inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP); iii) inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS; conforme assevera, respectivamente, o parágrafo único do artigo 21 e o *caput* do artigos 22 e 23 da Lei Anticorrupção:

#### Lei nº 12.846/2013

**Art. 21.** (...) Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença”.

**Art. 22.** Fica criado no âmbito do Poder Executivo federal o Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, que reunirá e dará publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base nesta Lei.

**Art. 23.** Os órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo deverão informar e manter atualizados, para fins de publicidade, no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, de caráter público, instituído no âmbito do Poder Executivo federal, os dados relativos às sanções por eles aplicadas, nos termos do disposto nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

A reparação integral dos danos, propriamente dita, não constitui uma penalidade, pois na verdade, é uma obrigação de reparar decorrente da responsabilidade civil, nos moldes do artigo 37, §5º da CRFB/88 e do artigo 927 do Código Civil<sup>2137</sup>.

Pelo fato de a reparação ser um efeito secundário da condenação, é comum que a sentença da responsabilização judicial seja ilíquida, de modo que deve se proceder com a liquidação da obrigação, a fim de quantificar o dano. Liquidado o valor do dano, procede-se com o cumprimento de sentença (artigo 523 do Código de Processo Civil de 2015), tendo a pessoa jurídica 15 (quinze) dias para pagar o valor da condenação.

Lembrando que caso a pessoa jurídica já tenha reparado o dano na esfera administrativa, artigo 13 da Lei Anticorrupção, não cabe a Administração cobrar novamente na esfera judicial, sob pena de ofensa à vedação do enriquecimento ilícito.

O outro efeito secundário da sentença condenatória trata do Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP, este cadastro tem que ser constantemente atualizado, conforme artigo 22, §1º da Lei Anticorrupção, e além de ter um papel importante no momento da aplicação da pena, pois auxilia o magistrado na verificação da reincidência da pessoa jurídica no cometimento de atos ilícitos, ainda ajuda o Poder Público a verificar a idoneidade das empresas que tentam contratar com ele.

2135 O entendimento do STJ segue a orientação que esferas penais e administrativas são independentes, não havendo falar em suspensão do processo administrativo durante trâmite do processo penal. STJ. MS 18.090-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 08/05/2013, informativo 523.

2136 ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. *Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook, não paginado.

2137 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 620.

Revisitando-se as premissas do Direito ao Esquecimento e na tentativa de resguardar a honra objetiva das pessoas jurídicas<sup>2138</sup>, o §5º do artigo 22 da Lei Anticorrupção prevê: “os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos depois de decorrido o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, mediante solicitação do órgão ou entidade sancionadora”.

Assim como ocorre com o CNEP, o CEIS visa proporcionar segurança jurídica e eficiência para a Administração Pública, sobretudo, no momento desta realizar suas contratações com terceiros, uma vez que esse cadastramento acontece quando é aplicado à pessoa jurídica as sanções do artigo 87 da Lei de Licitações (advertência, multa, suspensão temporária de licitar e impedimento de contratar com a Administração Pública pelo prazo máximo de 2 anos, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública).

### 50.3.1.1. RITO PROCEDIMENTAL, LEGITIMADOS PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO E FORMULAÇÃO DOS PEDIDOS.

Quanto ao rito procedimental da ação de responsabilização judicial, a Lei Anticorrupção no seu artigo 21 previu que seria adotado o mesmo procedimento estipulado na Lei nº 7.347/1985 para a Ação Civil Pública, conforme vejamos:

Lei nº 7.347/1985

Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

Com isso, também são aplicáveis à hipótese as regras processuais que compõem o microsistema das ações coletivas, como é o caso da ação popular (Lei nº 4.717/65), da ação civil pública (Lei nº 7.345/85) e da ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), além de aplicar de forma supletiva as regras do Código de Processo Civil de 2015, conforme previsão do artigo 1.046, §2º.

Os legitimados para propositura dessa Ação Civil de Responsabilização da pessoa jurídica por ato lesivo à Administração Pública, segundo o artigo 19 da Lei Anticorrupção seriam: i) os entes federados que foram lesados (através das suas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes); e ii) o próprio Ministério Público.

Destaca-se que na tentativa de aumentar a capacidade de tutelar os bens jurídicos protegidos pela Lei Anticorrupção, entende-se que esta legitimação é concorrente e disjuntiva, ou seja, concorrente porque qualquer dos colegitimados poderiam agir, e disjuntiva porque eles podem propor a ação de forma isolada sem qualquer anuência do outro legitimado ou necessidade de formar litisconsórcio<sup>2139</sup>.

Nada obstante, há uma hipótese de legitimação exclusiva do Ministério Público disciplinado no artigo 20 da Lei Anticorrupção, qual seja quando a autoridade administrativa, de forma omissa, não promover a responsabilização administrativa, poderá o MP requerer a aplicação das penalidades judiciais do artigo 19 combinadas com as sanções administrativas do artigo 6º da Lei.

Lembrando que em caso de omissão como esta, e tendo conhecimento das infrações, a própria autoridade administrativa competente poderá ser responsabilizada no âmbito penal, civil e administrativo, conforme dispõe o artigo 27 da Lei Anticorrupção.

Ademais, no caso do Ministério Público, quando este não for o autor da ação, ele deverá agir como fiscal da lei – *custus legis* – pois ainda que a Lei Anticorrupção não preveja essa intervenção, quando ela determina que a ação seguirá o trâmite da Lei de Ação Civil Pública, aplica-se a previsão do artigo 5º, §1º da Lei nº 7.345/1985, qual

2138 O direito ao esquecimento visa à retirada de informações antigas sobre determinada conduta, em regra é aplicado às pessoas físicas. Ocorre que com base no artigo 52 do Código Civil, as pessoas jurídicas também são tem proteção dos direitos da personalidade, de modo que fatos passados de uma pessoa jurídica também podem trazer danos à sua honra subjetiva no presente. Corroborando a esta premissa, cita-se o enunciado da Súmula 227 do STJ que prevê que a pessoa jurídica também pode sofrer dano moral.

2139 QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 592.

seja: “o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

Sem contar que essa intervenção do Ministério Público poderia ser extraída do próprio artigo 178, I, do CPC de 2015, que assevera que o *parquet* será intimado para intervir nos processos que envolvam interesse público ou social.

Quanto ao legitimado passivo, em regra, será a pessoa jurídica que praticou o ato ilícito em face da Administração Pública, até mesmo porque esta responde de forma objetiva (artigo 1º da Lei Anticorrupção). Todavia, é possível haver desconsideração de personalidade jurídica (artigo 14 da Lei Anticorrupção) ou, ainda, é possível que a própria pessoa física responda em conjunto com a pessoa jurídica, na hipótese daquela ter concorrido para a prática do ato ilícito, desde que demonstrado a sua culpabilidade, uma vez que as pessoas naturais respondem de forma subjetiva.

Quanto à competência para instauração da Ação de Responsabilização Judicial utiliza-se a competência territorial, ou seja, o local onde o ato lesivo contra o Poder Público foi cometido, nos moldes do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985. A partir daí, a Advocacia Pública ou Ministério Público ajuizará a ação na Justiça Comum – Estadual ou Federal (artigo 109 CRFB/88) – a depender do local do dano.

A ação de responsabilização judicial dos atos de corrupção, seguindo as normas disciplinadoras da Ação Civil Pública, deverá ter como causa de pedir a descrição dos atos lesivos supostamente praticados (artigo 5º da Lei Anticorrupção), demonstrando a autoridade onexo causal entre o ato praticado e a lesão provocada ao patrimônio público, aos princípios da Administração Pública ou aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Quanto ao pedido da ação de responsabilização judicial ainda que a parte autora requeira, de forma isolada ou cumulativa, a aplicação das sanções discriminadas no artigo 19 da Lei Anticorrupção caberá ao juiz da causa a sua avaliação quanto à aplicação e à dosimetria das sanções adequadas, devendo este considerar o disposto no artigo 7º da Lei nº 12.846/2013:

**Lei nº 12.846/2013**

**Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:**

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados; e

X - (VETADO).

Insta ressaltar que mesmo que o autor não pleiteie expressamente o pedido de ressarcimento do dano causado, essa reparação ocorrerá, pois é um pedido implícito decorrente da própria sentença condenatória, conforme aduz o artigo parágrafo único do artigo 21 da Lei nº 12.846/2013.

Há quem defenda ainda ser possível cumular a ação civil pública de improbidade administrativa<sup>2140</sup> com a ação de responsabilização em face de prática de atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção, quando as causas de pedir ou o pedido forem comuns (artigo 55 do CPC de 2015) ou quando houver receio de decisões conflitantes sobre assuntos similares (artigo 55, §3º do CPC de 2015)<sup>2141</sup>.

Contudo é preciso rememorar que uma grande diferença entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei

<sup>2140</sup> Sobre a Ação de Improbidade Administrativa ver o Capítulo 46 desta obra.

<sup>2141</sup> QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 603-604.

Anticorrupção é que na primeira hipótese a pessoa jurídica responde quando demonstrado dolo ou culpa no cometimento dos atos de improbidade, enquanto que na Lei Anticorrupção basta a demonstração donexo causal entre o ato ilícito e o dano, uma vez que as pessoas jurídicas respondem de forma objetiva.

### 50.3.1.2. MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS.

Nas ações envolvendo atos de corrupção é extremamente importante haver medidas assecuratórias a fim de garantir a satisfação do direito afirmado, e resguardar, de fato, o ressarcimento dos danos causados ao Poder Público e a efetividade das sanções aplicadas às pessoas jurídicas inidôneas.

Diante dessa necessidade de proteger a eficácia das sanções e assegurar a reparação do dano causado ao erário, o legislador previu que a Advocacia Pública e o Ministério Público poderão requerer na ação de responsabilização da Lei Anticorrupção, a “indisponibilidade de bens, direitos ou valores” necessários à garantia do cumprimento das sanções ou do pagamento da reparação integral do dano, conforme vejamos o teor do artigo 19, §4º da Lei Anticorrupção:

**Lei nº 12.846/2013**

**Art. 19.** (...) § 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé”.

A indisponibilidade dos bens, direitos e valores, diferentemente do sequestro, permite que os bens, direitos e valores continuem na posse da pessoa jurídica, mas impede que a mesma os movimente.

Ressalte-se que o STJ, em vários julgados<sup>2142</sup>, já entendeu que a indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa (artigo 7º da LIA) trata-se de tutela de evidência, pois independe de demonstração de perigo da demora (conforme artigo 311 do CPC de 2015) basta que haja verossimilhança nas informações alegadas para que o juiz conceda essa medida acautelatória.

Este parece ser o entendimento mais adequado para o tratamento da medida de indisponibilidade de bens, direitos e valores prevista na Lei Anticorrupção, isso porque:

“(…) na seara do direito público, entendeu-se que o *periculum in mora* seria presumido em razão da gravidade dos fatos e da importância de se preservar o bem público. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica, pois, que a decretação de indisponibilidade de bens pode ocorrer mesmo sem a existência de fatos concretos individuais de dilapidação do patrimônio por parte dos responsáveis. (...) adota-se procedimento consentâneo com aquele da Lei de Improbidade Administrativa, visto que ambas tratam de questões de direito público.”<sup>2143</sup>

Em resumo, não se exige comprovação de dilapidação do patrimônio pela pessoa jurídica para que haja decretação da indisponibilidade de bens, direitos e valores, essa medida acautelatória independe de demonstração de *periculum in mora* (perigo da demora).

### 50.3.1.3. PRESCRIÇÃO.

No artigo 25 da Lei Anticorrupção temos a disciplina quanto ao prazo prescricional para o ajuizamento da ação de responsabilização judicial da pessoa jurídica que cometeu atos lesivos ao Poder Público:

**Lei nº 12.846/2013**

**Art. 25.** Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.”

Observa-se do teor do dispositivo que o prazo de 5 anos se inicia da ciência da infração pelas autoridades competentes – entidades da administração pública lesada ou membro do Ministério Público – para iniciar a responsabilização

2142 Vejamos alguns julgados do STJ: REsp nº 1.319.515/ES; REsp 1522656/MT; AgRg no AREsp 671281/BA; AgRg no AgRg no REsp 1328769/BA.

2143 ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 137-138.

administrativa ou judicial. Ou em situações em que as infrações protraem e se estendem no tempo, a partir da data que o ilícito tiver cessado.

Ressalta-se que temos previsão semelhante a essa no artigo 142, §1º da Lei nº 8.112/1990 que prevê que o “prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido”. Sobre essa questão, o STJ já se posicionou, nos Mandados de Segurança de nº 14.446/DF e nº 11.974/DF, que a ciência do ato ilícito não necessariamente precisa ser por aquela autoridade específica que deveria instaurar o processo administrativo disciplinar, bastaria qualquer autoridade tomar conhecimento do fato.

Ademais, o prazo prescricional é interrompido com a instauração do processo que tenha por objeto a apuração da infração, seja processo na esfera administrativa seja na via judicial, conforme determinado no parágrafo único do artigo 25 da Lei Anticorrupção.

Além dessa hipótese do artigo 25, temos a disciplina do artigo 16, §9º da Lei nº 12.846/2013 que prevê que a celebração do Acordo de Leniência também interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos previstos na Lei Anticorrupção<sup>2144</sup>.

Dessa forma, firmado acordo de leniência com o acusado, ou iniciado processo administrativo de responsabilização ou ajuizada ação de responsabilização judicial, a prescrição para aplicação das sanções e para o ressarcimento do dano causado seria interrompida, de modo que o prazo de 5 anos voltaria a ser contado do zero.

Diante disso, é possível se questionar se essa ação de responsabilização baseada na Lei Anticorrupção seria passível de prescrição intercorrente<sup>2145</sup>. Primeiramente, importante ponderar que a Lei nº 12.846/2013 não trouxe previsão nesse sentido, e analisando esse ponto sob uma perspectiva sistemática, observamos que para Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa o entendimento do STJ é que não haveria prescrição intercorrente, vejamos:

“(…) Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

7. Da leitura do mencionado dispositivo, não se pode constatar a possibilidade de ocorrência de prescrição intercorrente nas Ações de Improbidade Administrativa, uma vez que o aludido comando legal somente se refere a prescrição quinquenal para ajuizamento da ação, contados do término do exercício do mandato, cargo em comissão ou função de confiança. Ressalta-se que, sobre o tema, já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, inexistir amparo legal à tese de ocorrência de prescrição intercorrente na Ação Civil Pública por ato de improbidade (...)”<sup>2146</sup>

Entretanto, é importante rememorar que no âmbito federal, a Lei nº 9.873/1999 traz no seu artigo 1º, §1º a seguinte previsão:

#### **Lei nº 9.873/1999**

**Art. 1º** (...) § 1º 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 decorrente da paralisação, se for o caso.

Dessa forma, este dispositivo poderia suscitar a ideia de que na responsabilização administrativa poderia haver prescrição intercorrente. Mas a Lei Anticorrupção não trouxe previsão acerca dessa temática, de modo que ao que parece não haveria aplicação de prescrição intercorrente no âmbito da responsabilização administrativa também.

<sup>2144</sup> Sobre esse ponto, interessante ressaltar que o acordo de leniência em regra não vincula o Ministério Público, tendo em vista que se trata de ato administrativo. Diante disso, questionam-se o acordo de leniência não seria apto a interromper o prazo prescricional tão somente da responsabilização administrativa, tendo em vista que pela independência das instâncias o Ministério Público poderia ingressar com ação de responsabilização judicial. SOUSA, Ricardo Garcia de. *Estudo do instituto da prescrição previsto na Lei 12.846/13*. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/estudo-do-instituto-da-prescricao-previsto-na-lei-12-846-13/#\\_ftnref8](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/estudo-do-instituto-da-prescricao-previsto-na-lei-12-846-13/#_ftnref8)>. Acesso em 05 jul. 2020.

<sup>2145</sup> “Prescrição intercorrente é aquela relacionada com o desaparecimento da proteção ativa, no curso do processo, ao possível direito material postulado, expressado na pretensão deduzida; quer dizer, é aquela que se verifica pela inércia continuada e ininterrupta no curso do processo por seguimento temporal superior àquele em que ocorre a prescrição em dada hipótese”. ALVIM, José Manoel Arruda. Da prescrição intercorrente. In CIANCI, Mirna (Coord). *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34.

<sup>2146</sup> STJ. Primeira Turma. REsp 1218.050/RO. Rel. Min. Napoleão Nunes. Data julgamento: 20.09.2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001746508&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 27 jun. 2020.



Ademais, sobre a reparação integral do dano, Jorge Munhós defende que por se tratar de medida de responsabilidade civil, semelhante a previsão do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, deveríamos aplicar o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal<sup>2147</sup> de que tal reparação além de imprescritível, por força do artigo 37, §5º da CRFB/88, também seria passível de transferência para os sucessores do condenado, conforme artigo 5º, XLV da CRFB/88<sup>2148</sup>.

Quanto à primeira afirmativa temos uma situação controvertida, uma vez que o entendimento mais recente do STF é que somente seriam “imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificados na Lei de Improbidade Administrativa”<sup>2149</sup>, ou seja, passou a se exigir a demonstração do elemento subjetivo “dolo” para a defesa da imprescritibilidade.

Sendo assim, ao que tudo indica, não poderia ser aplicado esse raciocínio à Lei Anticorrupção pelo fato de a reparação do dano pela pessoa jurídica condenada por atos corruptos ser independente da demonstração de dolo ou culpa. Será necessário, pois, aguardar o posicionamento da jurisprudência sobre essa questão.

Frise-se que a Lei Anticorrupção não trouxe hipóteses de suspensão dos prazos prescricionais, apenas essas 3 situações de interrupção da prescrição: i) instauração PAR; ii) ajuizamento ação responsabilização judicial; e iii) celebração de acordo de leniência.

## 50.4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ARAÚJO, Kleber Martins de. *Processo Administrativo de Responsabilização*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 291.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Da prescrição intercorrente*. In: CIANCI, Mirna (Coord). *Prescrição no Código Civil: uma análise interdisciplinar*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 34.

BAETA, André Pachioni. *Atos Lesivos na execução dos contratos administrativos de obras públicas*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 149-185.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p.575.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei 12.846/2013*. 3º Ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 59-60.

CAMPOS, Patrícia Toledo de. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei anticorrupção*. *Revista Digital de Direito Administrativo*, USP, v. 2, n. 1, p. 160-185, 2015.

Cartilha da Lei Anticorrupção do MPSP. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO\\_Patrimonio\\_Publico/Banco\\_de\\_Imagens/CartilhaFOCCOSpleianticorruptao.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/CAO_Patrimonio_Publico/Banco_de_Imagens/CartilhaFOCCOSpleianticorruptao.pdf)>. Acesso em 27 jun. 2020.

CONJUR. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2018-dez-19/tatiana-camarao-regulamentacao-lei-anticorruptacao-empresarial#\\_ftn3](https://www.conjur.com.br/2018-dez-19/tatiana-camarao-regulamentacao-lei-anticorruptacao-empresarial#_ftn3)>. Acesso em 29 jun. 2020.

DEMATTÉ, Flávio Rezende. *Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção*. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. p. 199.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p.898.

DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Atos de Corrupção relacionados com licitações e contratos*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 87-88.

2147 RE 669069/MG, rel. Min. Teori Zavascki, data julgamento 03.02.2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4189164>>. Acesso em 27 jun.2020.

2148 MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 218.

2149 STF, RE n.º 852.475, Relator Min. Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 08.08.2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4670950>>. Acesso em 27 jun. 2020.

- GARCIA, Mônica Nicida. Improbidade administrativa por lesão ao erário. In: DIAS, Jefferson Aparecido; MACHADO, Pedro Antonio de Oliveira. *Atos de Corrupção relacionados com licitações e contratos*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 78.
- HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei Anticorrupção: Lei n.º 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei anticorrupção: Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013*. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico, não paginado.
- MEDINA OSÓRIO, Fábio. Probidade Empresarial: Lei 12.846/13. *Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região*. Porto Alegre, ano 1, n.º 1, p. 253-278, out. 2014. p. 266-267.
- MUNHÓS, Jorge. *Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 193-194.
- NETTO, Felipe P. Braga. Uma nova hipótese de responsabilidade objetiva na ordem jurídica brasileira? O estado como vítima de atos lesivos. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 40.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Gen, 16º Ed., 2017. p. 121/122.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 851.
- PETRELLUZZI, Marco Vinicio. RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 62.
- PIMENTEL FILHO, André. *Comentários aos artigos 1º ao 4º da Lei Anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 47.
- PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e ordem Constitucional: desafios e perspectivas para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Revista Dos Tribunais*. São Paulo, n. 105, v. 967. p. 21-38, maio, 2016.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *Responsabilização judicial da pessoa jurídica na lei anticorrupção*. In: MUNHÓS, Jorge; QUEIROZ Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção e temas de Compliance*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2017. p. 557-558.
- SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à Lei 12.846/2013: Lei anticorrupção*. 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 312.
- SOUSA, Ricardo Garcia de. *Estudo do instituto da prescrição previsto na Lei 12.846/13*. Disponível em: <[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/estudo-do-instituto-da-prescricao-previsto-na-lei-12-846-13/#\\_ftnref8](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/estudo-do-instituto-da-prescricao-previsto-na-lei-12-846-13/#_ftnref8)>. Acesso em 05 jul. 2020.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 189.
- TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. *Lei Anticorrupção: comentada dispositivo por dispositivo*. São Paulo: Almedina, 2016. I. 696-700.
- ZENKNER, Marcelo. *Integridade Governamental e Empresarial*. São Paulo: Forum, 2019, p. 178-179.
- ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013): uma visão do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 137-138.
- ZIMMER, Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia (Coord.); MOTTA, Fabrício (Coord.); PRAXEDES, Marco (Coord.). *Coleção Soluções de Direito Administrativo – Leis Comentadas, Série I, Vol. 9. Lei anticorrupção – Lei 12.846/2013*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, ebook.



# CAPÍTULO 51 – IMPROBIDADE EMPRESARIAL: ACORDO DE LENIÊNCIA.

*Dinara de Lima*

**SUMÁRIO:** 51.1. Conceito. 51.2. Natureza Jurídica do Acordo de Leniência. 51.3. Surgimento: contexto histórico do acordo de leniência. 51.3.1. Contexto Histórico do Acordo de Leniência no Brasil: a diferença entre acordos de leniência no âmbito das Leis Antitruste (12.529/ 2011) e Anticorrupção (12.846/2013). 51.4. Acordo de Leniência na Lei Anticorrupção (12.846/2013) 51.4.1. Requisitos para celebração do Acordo de Leniência. 51.4.2. Legitimidade para firmar o Acordo de Leniência. 51.4.3. Demais questões no que tange ao Acordo de Leniência. 51.5. Referências Bibliográficas.

## 51.1. CONCEITO.

O termo leniência advém da palavra em latim *lenitate*, a qual pode ser considerada sinônimo das palavras brandura, mansidão. Logo, o acordo de leniência pode ser entendido como um acordo com a finalidade de amenizar uma determinada situação.

O acordo de leniência se insere no âmbito dos crimes de natureza econômica cometidos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, sua finalidade de amenização se refere aos benefícios que adquire o agente, pessoa jurídica, que cometeu o ato ilícito ao realizar o acordo, como abrandamento ou extinção da pena que receberia.

Assim descreve Thiago Marrara “o chamado “acordo de leniência” designa um ajuste entre certo ente estatal e um infrator confesso pelo qual o primeiro recebe a colaboração probatória do segundo em troca da suavização da punição ou mesmo da sua extinção.”<sup>2150</sup>

O acordo possui o objetivo de fazer com que o infrator, no caso, pessoa jurídica, colabore com as investigações do ilícito cometido, a fim de identificar os demais envolvidos e obter provas para que seja possível a comprovação do ilícito. Assim está definido no site da CGU (Controladoria-Geral da União):

O acordo de leniência tem o objetivo de fazer com que as empresas colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, devendo resultar dessa colaboração: a identificação dos demais envolvidos na infração administrativa, quando couber; e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem a infração sob apuração.<sup>2151</sup>

O acordo de leniência, em seu conceito, muito se parece com a delação premiada, instituto do direito penal, que também visa a colaboração do agente criminoso a fim de facilitar e acelerar a investigação do crime. Nesse

2150 MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 2, p. 509- 527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 02 jul.2020.

2151<sup>o</sup> Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. *Guia Prático 5CCR. Acordos de Leniência*. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/guia-pratico-acordo-leniencia/> >. Acesso em: 03 jul. 2020.

sentido, afirmam Fidalgo e Canetti:

Percebe-se que o paralelismo entre a ratio que norteia a colaboração em meio ao processo penal, e aquela que fundamenta os acordos de leniência do Direito Administrativo Sancionador; em ambos, o que se busca é aumentar a carga de eficiência das investigações dos ilícitos que, por sua complexidade e nível de organização, oferecem dificuldades ao deslinde tão somente através da atuação do Poder Público.<sup>2152</sup>

Mas, apesar da semelhança, são institutos diferentes e com objetivos diferentes, conforme explicado no site do MPF (ministério Público Federal):

O Acordo de Colaboração Premiada é instituto próprio do Direito Penal, com previsão no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre investigação penal e meios de obtenção de prova no caso de organizações criminosas [...] O Acordo de Leniência é instituto próprio de Direito Administrativo Sancionador, com previsão no artigo 16 da Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013[...] Por conseguinte, ambos são novos institutos inseridos na disciplina da atividade punitiva penal e não penal do Estado, legalmente justificados em razão dos resultados perseguidos com a sua celebração, o que acentua o seu caráter pragmático em cada ramo jurídico. A celebração não é obrigatória, dependendo da avaliação detalhada ou circunstanciada dos elementos de prova já existentes ou colhidos na atividade investigativa estatal, o que descaracteriza direito subjetivo de investigados à sua formalização. Por fim, relevante destacar que, na disciplina penal, os acordos de colaboração premiada estão sujeitos à homologação judicial, conforme o artigo 4º da Lei 12.850/2013, sendo que os acordos de leniência, firmados no curso da atividade extrajudicial civil, estão sujeitos exclusivamente à homologação perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF. As atribuições da 5ª CCR/MPF encontra-se no artigo 2º, §5º da Resolução CSMFP nº 20, de 6 de fevereiro de 1996. O regimento interno deste relevante Colegiado foi aprovado pela Resolução CSMFP nº 102, de 2 de fevereiro de 2010.

## 51.2. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE LENIÊNCIA.

No que tange a natureza jurídica do acordo de leniência, podemos vislumbrá-lo como um instrumento de prova visto que o mesmo tem como objetivo, conforme descrito no tópico 50.1, facilitar a investigação e angariar provas a fim de tornar possível a acusação dos demais envolvidos no ilícito.

Ademais, também não podemos negar sua natureza contratual, visto que se trata de um acordo no qual ambas as partes se comprometem com o avençado, assim afirma Pereira:

Também é válida a afirmação de que a natureza jurídica do acordo de leniência, além de probatória, é dotada de um viés contratual, pois compromete os assinantes a cumprirem o que fora avençado com boa-fé. Ou seja, o Estado assegura a atenuação das sanções administrativas e a pessoa jurídica o relato fidedigno dos esquemas de corrupção.<sup>2153</sup>

## 51.3. SURGIMENTO: CONTEXTO HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA.

Os primeiros resquícios desse instituto jurídico surgiram na década de 70, nos Estados Unidos. Foi proposto pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça do Estados Unidos em 1978, o Corporate Leniency Program (Programa de Leniência Corporativa), por meio do qual se buscava coibir e facilitar a investigação dos crimes de Cartel, que haviam aumentado muito no país, conforme dispõe Renato Vicente Nonato, “naquele momento, os empresários conseguiam mitigar a prática da concorrência, acabando por angariar mais lucro, mas gerando um enorme prejuízo concorrencial estatal, que por sua vez, teve um reflexo direto no bojo da sociedade.”<sup>2154</sup>

2152 FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. *Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.p.267

2153 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.p.90

2154NONATO, Renato Vicente. *ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL: seus limites e a ação de seus protagonistas*. 2018. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte. p. 23.

Por meio do Leniency Program, era oferecido “a anistia com a possibilidade de extinção da punibilidade penal por práticas de truste, desde que a empresa se submetesse a colaborar antes do início das investigações e fosse a primeira do cartel a auxiliar no inquérito.”<sup>2155</sup>

Entretanto, haviam muitos critérios subjetivos na celebração deste acordo, aos quais o Departamento de Justiça poderia utilizar, o que gerava grande insegurança jurídica para as empresas na assinatura deste. Nesse sentido, não havia grande interesse das empresas em realiza-lo pois não se apresentava tão vantajoso. Assim assevera Sales e Bannwart Junior:

O instrumento não obteve sucesso, haja vista que ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América foi dada a possibilidade de adoção de critérios subjetivos para sua celebração, fato este que gerou uma grande discricionariedade para o Departamento de Justiça na celebração dos acordos. Assim, suscitou-se enorme insegurança jurídica e, por conseguinte, desestimularam-se eventuais interessados no acordo. Esse fato foi facilmente comprovado pelos dados estatísticos, visto que apenas 1 (um) acordo de leniência era celebrado por ano no período de 1978 a 1993.<sup>2156</sup>

Porém, mais tarde, em 1993, houve reformulação do Leniency Program, gerando o Amnesty Program (Programa de Anistia), no qual “a leniência passa de ato discricionário para ato vinculado, desde que firmado antes da investigação”.<sup>2157</sup> E a partir dessa reformulação houve maior aderência das empresas, sendo ele referência utilizada por diversos outros países que incluem em sua legislação o acordo de leniência.

### 51.3.1. CONTEXTO HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, o acordo de leniência surgiu por meio da Medida Provisória 2.055-4, a qual foi, posteriormente, convertida na Lei 10.149/2000, que alterou a Lei Antitruste vigente a época, Lei 8.884/1994. Sendo assim, ele surgiu como uma medida de facilitação para investigação de crimes concorrenciais contra a Ordem Econômica ocorridos no âmbito da Lei Antitruste.

Posteriormente, a Lei 8.884/1994 foi revogada pela Lei 12.529/2011, sendo atualmente previsto o acordo de Leniência nos artigos 86 e 87 da Lei 12.529/ 2011, dando ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) competência para realizar tal acordo com as empresas interessadas

O primeiro Acordo de Leniência celebrado no Brasil “ocorreu no ano de 2003; tratava-se de um caso de cartel ocorrido no Rio Grande do Sul com o objetivo de fraudar procedimentos licitatórios”.<sup>2158</sup>

Segundo dados do CADE, de 2003 até 2019, foram celebrados 99 (noventa e nove) Acordos de Leniência e 28 (vinte e oito) Aditivos, totalizando 127 acordos.<sup>2159</sup>

Entretanto, posteriormente, o Acordo de Leniência também foi previsto nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção, Lei 12.846/ 2013, dando a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública competência para realizar tal acordo com as empresas interessadas (exceto, a competência para realizar acordos no âmbito do Poder Executivo federal, ou em casos de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira).

Logo, o Acordo de Leniência parou de ser utilizado apenas nos crimes contra a ordem econômica, cometidas no âmbito do direito particular e passou a ser utilizada também nos crimes envolvendo o poder público, a fim de cessar a corrupção, tão impregnada na Sociedade Brasileira.

2155 SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação de mestrado. 293 f. São Paulo. 2012. P.138.

2156 SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade*. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p31. ISSN: 1980-511X. p. 35

2157 NONATO, Renato Vicente. *ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL: seus limites e a ação de seus protagonistas*. 2018. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte. p. 28.

2158 SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade*. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p31. ISSN: 1980-511X. p. 38

2159 Conselho Administrativo De Defesa Econômica. *Estatísticas do Programa de Leniência do Cade*. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas> >. Acesso em: 03 jul. 2020.

## 51.4. A DIFERENÇA ENTRE ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO DAS LEIS ANTITRUSTE (12.529/ 2011) E ANTICORRUPÇÃO (12.846/2013).

Apesar de semelhantes, os Acordos de Leniência celebrados no âmbito das Leis 12.529/2011 (Lei Antitruste) e 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC), visto que o último foi inspirado no primeiro, há uma enorme diferença entre tais acordos, tanto em seu contexto quanto em relação a sua competência.

Ambos são realizados junto a pessoas jurídicas que praticaram algum ilícito, a fim de que exista uma colaboração dessas pessoas na investigação por meio de disponibilização de provas e apontamento dos demais envolvidos, e em contrapartida há amenização das penas a elas conferidas.

Entretanto, no âmbito da Lei Antitruste, “as tais infrações pressupõem a existência de um cartel entre duas ou mais empresas. Por sua vez, quanto à LAC, para a prática da infração basta o concurso entre uma empresa e um agente público.”<sup>2160</sup>

Ademais, no âmbito da Lei Antitruste o ato ilícito é praticado no contexto das relações privadas, não envolvendo o Estado, já na LAC, o ilícito ocorre no contexto das relações público-privadas. Assim dispõe Pereira:

O acordo de leniência direcionado ao combate à corrupção trata de relações público-privadas, visa destruir esquemas de desvirtuamento no seio do Estado e recompor sua moralidade, enquanto o outro trata de relações exclusivamente privadas, tendo por escopo a desarticulação das atividades anticoncorrenciais e a restauração da moralidade do mercado.<sup>2161</sup>

Outra diferença está na abrangência do acordo, no caso da Lei Antitruste, o Acordo de Leniência pode abranger todos as empresas do grupo econômico, assim como também as pessoas físicas envolvidas no ilícito, além de apresentar reflexos em outros âmbitos jurídicos, como perdão no âmbito do direito penal. Já na LAC, o acordo não abrange as pessoas físicas, sendo específico para pessoas jurídicas, e não possui reflexos em outras áreas do direito, sendo válido só no contexto do direito administrativo. Assim aduz Pereira:

Outrossim, a leniência da Lei Antitruste pode alcançar todas as pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo econômico, bem como as naturais envolvidas no ilícito, sendo capaz de as livrar de toda e qualquer sanção, inclusive criminal. Já na Lei Anticorrupção, a leniência não beneficia as pessoas físicas e, apesar de poder se estender às empresas de um mesmo grupo econômico, não se reverbera na esfera penal (ao menos é o que consta no texto legal, apesar das controvérsias).<sup>2162</sup>

Outro ponto de diferença, já citada no tópico 50.3.1, está no órgão competente para firmar o Acordo de Leniência, no contexto da Lei Antitruste o órgão responsável é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), já na LAC, há duas previsões, sendo que para realizar acordos no âmbito do Poder Executivo Federal, ou em casos de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira, o órgão responsável será a Controladoria-Geral da União – CGU, já para realização de acordos no âmbito estadual ou municipal, o órgão responsável será a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

## 51.5. ACORDO DE LENIÊNCIA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (12.846/2013)

As principais discussões a respeito dos Acordos de Leniência na Lei Anticorrupção versam a respeito dos requisitos que devem ser atendidos pelas empresas e legitimidade dos órgãos públicos para celebração dos acordos. Nesse sentido, iremos abordar esses dois temas nesse tópico.

2160 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. P. 87

2161 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. P. 87

2162 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. P. 87

### 51.5.1. REQUISITOS PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O artigo 16 da Lei 12.846/2013, em seu parágrafo primeiro estabelece alguns requisitos a serem atendidos para que possa ser realizado o Acordo de Leniência, quais são: a) a pessoa jurídica seja a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito; b) a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; c) a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

A partir do primeiro requisito compreende-se que a partir da primeira manifestação não será mais realizado acordo de leniência com outras empresas interessadas posteriormente a primeira manifestação, isto pois, o acordo de leniência não se trata de uma ajuda ou direito da empresa que cometeu o ilícito, é na verdade uma troca de interesses, a empresa só será beneficiada com o acordo para que a investigação ocorra de forma mais eficiente, obtendo informações e cooperação da primeira empresa, não será mais necessário novos acordos.

Ademais, conforme assevera Alcir Moreno da Cruz, por meio desse requisito também se busca

Estimular o rompimento do silêncio, a espontaneidade, a vontade própria. E ao mesmo tempo, deixar numa situação desconfortável aquele que aguarda a pioneira para depois se apresentar. Logo, é um privilégio ao voluntarismo e não àquele que simplesmente espera o que vai acontecer para posteriormente entregar-se, impelido pelas circunstâncias.<sup>2163</sup>

Entretanto, é necessário destacar que caso a primeira manifestação seja recusada “reabre-se a possibilidade de uma nova oferta, se o aludido indeferimento não se deu porque a administração já possui elementos suficientes”.<sup>2164</sup>

Ainda no que tange ao primeiro requisito, é necessário salientar a respeito do inciso I do artigo 30 do Decreto nº 8.420/2015, que introduziu nova interpretação a esse requisito, por meio da seguinte redação “a pessoa jurídica que pretenda celebrar acordo de leniência deverá: (...) I – ser a primeira a manifestar interesse em cooperar para a apuração de ato lesivo específico, quando tal circunstância for relevante”.

Ao incluir a frase “quando tal circunstância for relevante” o Decreto dá abertura para realização de acordos, posteriores ao primeiro já realizado, entretanto, conforme assevera Pereira “tal dispositivo do decreto parece, portanto, ter extrapolado os limites normativos preestabelecidos na lei ordinária, ao passo que atribui uma discricionariedade não conferida pelo legislador.”<sup>2165</sup>

No que tange ao segundo requisito, ele deverá ser observado nos atos ilícitos que

São passíveis de cessação, pois podem já se encontrar consumados à época da delação. A conduta descrita no art. 5º, inciso I, da LAC é um exemplo, vez que prometida, oferecida ou dada vantagem indevida a agente público o fato se consuma imediatamente, não restando muito o que ser feito, a não ser que se trate de um crime continuado ainda em execução.<sup>2166</sup>

Nesse sentido, se tratando de ato ilícito passível de cessação, caso a empresa não cesse a ilicitude ou dê continuidade posteriormente a assinatura do acordo, esse deve ser recusado ou denunciado, pela falta de atendimento ao requisito.

Por fim, a respeito do terceiro requisito, deve ser observado que não adianta a empresa manifestar interesse no Acordo e apresentar provas que terão pouca eficácia na investigação só a fim de firmar o acordo, que tal participação será recusada.

2163 CRUZ, Alcir Moreno da. *Requisitos polêmicos do acordo de leniência*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4.318, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38499>>. Acesso em: 03 jul.2020

2164 CAMBI, Eduardo (Coord.); GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). *Lei Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/13*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014, seção 4.

2165 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. P. 97

2166 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. P. 97



Ademais, aqui também foi realizada uma complementação por meio do Decreto nº 8.420/2015, segundo o qual a pessoa jurídica deverá “comparecer, sob suas expensas e sempre que solicitada, aos atos processuais, até o seu encerramento” (art. 30, inciso IV, segunda parte) e “fornecer informações, documentos e elementos que comprovem a infração administrativa” (art. 30, inciso V).

Nesse caso, as alterações advindas por meio do decreto no terceiro requisito “tão somente complementam a redação da lei ordinária, sem modificar o seu conteúdo, entende-se que, neste ponto, não foi criada uma incompatibilidade.”<sup>2167</sup>

Através dessa breve análise, podemos afirmar que o segundo e terceiro requisito não se tratam apenas de requisitos para realização do acordo, mas também são condições que devem ser observadas ao longo de toda a investigação pela empresa parte do Acordo, pois em caso de não observância o acordo será susgado, não obtendo, portanto, a empresa, as vantagens almejadas por meio do acordo.

### 51.5.2. LEGITIMIDADE PARA FIRMAR O ACORDO DE LENIÊNCIA

A legitimidade para firmar o Acordo de Leniência está prevista no caput e no parágrafo décimo do artigo 16 da Lei Anticorrupção, sendo eles, respectivamente, “A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei” e “A Controladoria-Geral da União - CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.”

Nesse sentido, está expresso na própria legislação a competência da CGU para celebrar os acordos de leniência no âmbito Federal, entretanto, há discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos demais entes não citados mas que possuem legítimo interesse na celebração de tais acordos no âmbito federal, quais são: a) a Advocacia Geral da União (AGU); b) o Ministério Público Federal (MPF) e; c) o Tribunal de Contas de União (TCU), e por isso, assim os realizam.

O legítimo interesse mencionado advém do fato que alguns termos tratados nos Acordos de Leniência são de competência dos respectivos órgãos citados, portanto, sua participação em relação a esses termos é devida e pode ser contestada.

Tal discussão e indefinição torna-se um grande problema e entranha a realização dos acordos, visto que cria uma insegurança jurídica para as empresas, pois há possibilidade da suscitação de invalidade do acordo com base na falta de legitimidade do órgão com o qual foi realizado.

Não só a questão de legitimidade para realização do acordo é um problema, mas também a pluralidade e concorrência desses órgãos na celebração dos acordos, isto é, quando o acordo envolve interesse que compete a mais de um órgão, ambos podem recorrer o direito de realizar o acordo, e se o acordo é realizado apenas junto a um deles, o outro posteriormente poderá pleitear a anulação do acordo ou complementação, criando uma insegurança jurídica enorme.

Eis um dos exemplos, que ocorreu tal confusão, nada incomum, quanto a legitimidade dos acordos de leniência.

Os executivos da Odebrecht resistiram enquanto puderam. Ao perceberem que não colaborar com as autoridades seria pior não só como estratégia no âmbito penal, mas também para a saúde empresarial do grupo, fecharam uma colaboração premiada coletiva e um acordo de leniência com o Ministério Público Federal (MPF).

Logo depois, a Advocacia-Geral da União (AGU) contestou a competência do MPF para firmar acordo de leniência no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), que concordou com a tese do Executivo. Depois de 3 anos de negociação, a empresa acabou assinando, então, um acordo de leniência com o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e a Advocacia-Geral da União (AGU) em que se comprometia a pagar R\$ 2,72 bilhões ao longo dos próximos 22 anos.

Novamente, a Odebrecht teve de lidar com um contratempo vindo de outro braço do Estado: técnicos do Tribunal de Contas da União (TCU) pediram que os ministros da corte suspendessem o acordo pelo fato de o órgão não ter participado

2167 PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016. P. 98

das tratativas. A leniência acabou liberada, mas o episódio deixou ainda mais evidente a falta de entendimento entre as instituições estatais.<sup>2168</sup>

A confusão causada por falta de estipulação legal ou organização desses órgãos, a fim de tornar o acordo mais eficaz e seguro, gera enfraquecimento do instituto. No que tange a essa problemática, asseverou a 5ª Câmara de Combate à Corrupção do Ministério Público Federal:

Em razão da autonomia das instâncias de responsabilização, como sabido, é comum que o poder público apresente-se fragmentado, com órgãos diversos, que detêm pretensões sancionadoras distintas. Entretanto, para o particular, sua realidade infracional é una, ainda que informada e reportada a diferentes canais estatais. Para compatibilizá-la com a fragmentação organizacional do Estado, no intuito de se assegurar efetivo equilíbrio às posições de cada parte, deve-se, preferencialmente, efetuar a negociação de um acordo único, transversal, que contemple adequadamente os interesses dos celebrantes e, especialmente, os do ente estatal considerado amplamente e não em razão de cada uma de suas expressões funcionais ou orgânica.<sup>2169</sup>

No mesmo sentido, também se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF):

Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança tornam indeclinável o dever estatal de honrar o compromisso assumido no acordo de colaboração, concedendo a sanção premial estipulada, legítima contraprestação ao adimplemento da obrigação por parte do colaborador.<sup>2170</sup>

Assim, portanto, na letra da lei a legitimação para propor Acordos de Leniência é apenas da Controladoria-Geral da União (CGU), entretanto, devido aos interesses jurídicos dispostos no Acordo de Leniência, também é correto afirmar que a Advocacia Geral da União (AGU), o Ministério Público Federal (MPF) e Tribunal de Conta da União (TCU) possuem legitimidade para firmar tal acordo, o que, entretanto, não gera plena segurança jurídica do cumprimento, sem questionamentos, do acordo avençado.

### 51.5.3. DEMAIS QUESTÕES NO QUE TANGE AO ACORDO DE LENIÊNCIA

A respeito das demais previsões estabelecidas no artigo 16 da Lei Anticorrupção, é interessante, ainda pontuar o disposto no parágrafo terceiro, o qual determina que o acordo de leniência não exige a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado. Logo, no acordo poderão haver benefícios pecuniários, como isenção de multa, entretanto, o dano deverá ser reparado em caso de celebração do acordo ou não.

Ademais, também é interessante destacar o prescrito no parágrafo sétimo, que prevê a impossibilidade da proposta de acordo realizada pela empresa ser rejeitada pelo órgão público, mas mesmo assim ser aceito o reconhecimento da prática do ato ilícito investigado realizado pela empresa a fim de assinar o acordo. Dessa forma, por meio deste parágrafo, foi garantida segurança jurídica as empresas que desejam propor ou manifestar interesse na celebração do acordo, visto que em caso de não celebração do acordo, não será considerada válida sua declaração de participação no ilícito e não poderá ser utilizada como prova na investigação.

Por fim, destacamos o parágrafo oitavo, que prevê impedimento de celebração por 3 (três) anos de novo Acordo de Leniência em caso de descumprimento de um acordo já celebrado. Esse parágrafo visa penalizar as empresas que não se comprometem com o acordado e ainda garantir que não haja banalização na celebração desses acordos.

## 51.6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMBI, Eduardo (Coord.); GUARAGNI, Fábio André (Coord.); BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). *Lei*

2168 TEIXEIRA, Matheus. *Falta de entendimento entre instituições gera insegurança quanto a leniência*. Jota. Brasília, 28 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/covertas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

2169 *ESTUDO TÉCNICO Nº 01/2017*. 2017. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão - Combate à Corrupção do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/publicacoes/estudo-tecnico/doc/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

2170 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Julgamento do Habeas Corpus nº 127.483 em 27/08/2015.

*Anticorrupção: comentários à Lei 12.846/13*. 1. ed. São Paulo: Almedina, 2014, seção 4.

CRUZ, Alcir Moreno da. *Requisitos polêmicos do acordo de leniência*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4.318, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/38499>>. Acesso em: 03 jul.2020

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. *Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção*. In: SOUZA, Jorge Munhos QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARRARA, Thiago. *Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes*. REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 2, p. 509- 527, 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/>>. Acesso em: 02 jul.2020.

NONATO, Renato Vicente. *ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL: seus limites e a ação de seus protagonistas*. 2018. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Fumec, Belo Horizonte.

PEREIRA, Victor Alexandre El Khoury M. *Acordo de leniência na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013)*. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, p. 79-113, jan./jun. 2016.

SALES, Marlon Roberth. BANNWART JUNIOR, Clodomiro José. *O Acordo de Leniência: uma análise de sua compatibilidade constitucional e legitimidade*. Revista do Direito Público. Londrina, v.10, n.3, p.31-50, set/dez.2015. DOI: 10.5433/1980-511X.2015v10n3p31. ISSN: 1980-511X.

SALOMI, Maíra Beauchamp. *O acordo de leniência e seus reflexos penais*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação de mestrado. 293 f. São Paulo. 2012.

TEIXEIRA, Matheus. *Falta de entendimento entre instituições gera insegurança quanto a leniência*. Jota. Brasília, 28 nov. 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/coberturas-especiais/empresas-e-estado/falta-de-entendimento-entre-instituicoes-gera-inseguranca-quanto-a-leniencia-28112018>>. Acesso em: 03 jul. 2020.