

## 1. Organização Administrativa Brasileira.

### 1.1. Regime jurídico administrativo

1 - (ESAF/MPOG/2002) A Administração Pública, a que o legislador constituinte de 1988 dedicou todo um Capítulo, ao tratar da organização do Estado, para submetê-la à observância necessária dos princípios fundamentais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade

a) restringe-se ao Poder Executivo Federal.

b) restringe-se aos Poderes Executivos Federal, Estaduais e Municipais.

c) restringe-se aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário Federais.

d) abrange órgãos e entidades dos três Poderes da União, dos Estados e dos Municípios.

e) abrange órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, com suas subsidiárias, sociedades controladas e concessionárias dos seus serviços públicos.

## COMENTÁRIOS

Essa questão é bastante básica, ideal para a introdução a nosso curso. Quando iniciamos o estudo do Direito Administrativo, seja qual for o nível do curso, devemos ter em mente alguns pontos elementares, alguns dos quais são tratados nessa questão. Para mim, são quatro esses “pontos elementares”, como abaixo explico.

1º) Nossa Constituição adota o princípio da separação dos Poderes, também chamado princípio da divisão funcional dos Poderes (CF, art. 2º).

Esse princípio estabelece que as atribuições do Estado são exercidas por “Poderes” independentes e harmônicos entre si, cabendo a cada um uma **função principal**, também chamada **função típica**.

Assim, a função típica do Poder Executivo é dar cumprimento às leis, aplicar o Direito aos casos concretos não litigiosos.

A função típica do Poder Legislativo é elaborar as leis, e a função típica do Poder Judiciário é dizer o Direito aplicável aos casos concretos litigiosos (exercer a jurisdição).

Analisando essa estrutura básica, concluímos que a **função administrativa** é a função típica o Poder Executivo.

Mas, agora, vem uma importante observação, abordada na questão: embora cada Poder tenha uma função principal, todas as funções, em alguma medida, são exercidas por todos os Poderes.

Dizemos, por exemplo, que o Executivo, tipicamente, exerce a administração pública, mas de forma secundária ou atípica desempenha funções legislativas (por

exemplo, edição de medidas provisórias) e de solução de litígios (por exemplo, nos processos administrativos).

Da mesma forma, temos exercício de função administrativa pelos Poderes Legislativo e Judiciário. Por exemplo, há função administrativa quando o Senado ou o Supremo Tribunal Federal realizam licitação para adquirir bens em geral, destinados ao desempenho de suas atribuições, quando celebram os contratos administrativos cujo objeto seja a aquisição desses bens, quando concedem licenças ou férias a seus servidores, quando instauram processos disciplinares e aplicam sanções administrativas a seus servidores etc.

Por esse motivo, embora nos venha à mente, quando falamos em Administração Pública, somente o Poder Executivo, o certo é que **temos Administração Pública em todos os Poderes**. Assim, nessa questão, e em qualquer outra, está absolutamente errada qualquer afirmativa em que seja dito que a Administração Pública restringe-se a este ou aquele Poder. Estão incorretas, desde já, portanto, as alternativas “a” e “b”.

Tratemos do segundo “ponto elementar”.

2º) Nosso Estado é uma Federação.

Isso está explícito já no *caput* do art. 1º da Constituição, e é detalhado em seu art. 18, *caput*.

Assim, coexistem, no território nacional, diversos entes isonômicos e com autonomia política (denominadas pessoas políticas ou entes federados): União, estados, Distrito Federal e municípios. Como decorrência lógica, existe Administração Pública em todos os entes da Federação. Temos Administração Pública federal, Administração Pública em cada estado e no DF, Administração Pública em cada município. Quando se fala, de forma inespecífica, “Administração Pública”, essa expressão abrange as diferentes Administrações Públicas de todas as pessoas políticas da Federação.

Por isso, está errada a alternativa “c”.

Passemos ao terceiro “ponto elementar”.

3º) Não existe um único conceito de Administração Pública.

Essencialmente, quando falamos em “conceito de Administração Pública” estudamos essa expressão sob diversas acepções. Esse tema será objeto de estudo aprofundado quando virmos outras questões mais específicas sobre ele.

Por ora, interessa que uma das classificações mais importantes é a que diferencia “Administração em sentido formal” e “administração em sentido material” (esta última geralmente é escrita com minúscula mesmo).

Em sentido material, administração pública é definida exclusivamente pela atividade.

Em sentido formal, que é o adotado em nosso País, não importa a atividade, mas somente os órgãos e entidades que o ordenamento jurídico determina serem os integrantes da Administração Pública.

Em sentido formal, nosso ordenamento jurídico estabelece que a Administração Pública é integrada, **exclusivamente**, pelos órgãos da Administração Direta e pelas entidades da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Com isso, conseguimos resolver a questão. A alternativa “e” afirma que a Administração Pública abrange as entidades controladas e as concessionárias de serviços públicos. Isso está incorreto. Qualquer questão que diga que alguma pessoa diferente de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista integra a Administração Pública está incorreta. Vejam que não é necessário a questão explicitar que está tratando de Administração em sentido formal, porque essa é a acepção adotada no Brasil. Na verdade, para cogitarmos, em uma questão, de administração em sentido material, é necessário que seu enunciado seja explícito. Se não houver nenhum qualificativo, a expressão “Administração Pública” (mesmo que apareça escrita com iniciais minúsculas) significa sempre “Administração em sentido formal”.

A alternativa “d” afirma que “a Administração Pública abrange órgãos e entidades dos três Poderes da União, dos Estados e dos Municípios”. Alguém poderia ficar inseguro por não ter sido mencionado o Distrito Federal. Mas, vejam que o enunciado não é taxativo (não diz “abrange exclusivamente”). Além disso, como é muito comum, sempre chegaríamos à alternativa “d” por eliminação, uma vez que os erros das demais são absolutamente indiscutíveis. Ainda como observação, alguém poderia “implicar” com a afirmação de que há três Poderes nos municípios, uma vez que estes não têm Poder Judiciário. Mais uma vez, temos que concordar que a letra “d” é, disparadamente, a “menos errada”, o que nos obriga a marcá-la como gabarito, nem que seja por eliminação.

O gabarito, portanto, é letra “d”.

Há, ainda, um quarto “ponto elementar” nesse estudo introdutório do Direito Administrativo.

4º) O Brasil adota o sistema de jurisdição única.

Esse ponto, decorrente do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, será comentado mais à frente.

2 - (Cespe/Papiloscopista PF/1997) Sabendo que Montesquieu, com seu célebre **O espírito das Leis**, de 1747, sistematizou e lançou as bases para a teorização do princípio da separação (ou divisão) dos poderes, ainda hoje de grande prestígio na ciência política e no direito público, é correto afirmar que esse princípio é estritamente adotado na administração pública brasileira, que estabelece uma rígida separação de funções entre os três poderes.

## COMENTÁRIOS

Esse item de questão do CESPE trata de um dos pontos de que falei na análise da questão anterior (embora seja de 1997, mantém-se plenamente atual, como

aliás, quase todas as questões que tratem desses conceitos básicos e introdutórios de qualquer ramo do Direito).

O princípio da separação dos Poderes não implica separação absoluta de funções. Por esse motivo, aliás, a expressão “separação dos Poderes” costuma ser criticada por muitos autores, que preferem o uso da expressão “divisão funcional dos Poderes”. O certo é que esse princípio apenas atribui a cada Poder uma função **principal** (ou típica). Mas, além de sua função principal, cada Poder exerce, também, em caráter secundário, as funções típicas dos outros Poderes.

Como exemplifiquei acima, o Poder Executivo exerce função legislativa, pela edição de medidas provisórias, o Poder Legislativo exerce função administrativa, por meio das mesas das casas legislativas (as mesas são órgãos administrativos dos Poderes Legislativos das diferentes pessoas políticas), o Poder Judiciário exerce função administrativa, por meio das secretarias dos tribunais (as secretarias são órgãos administrativos dos tribunais do Poder Judiciário) e assim por diante.

Portanto, é incorreto afirmar que em nossa Administração Pública seja adotada uma “rígida separação de funções entre os três poderes” (temos Administração Pública nos três Poderes, embora seja a função administrativa seja a principal do Poder Executivo).

Gabarito: F (falso).

3 - (Cespe/Assistente Jurídico do DF/2001) No direito brasileiro, de acordo com o que ocorre em determinados países europeus, os atos administrativos não podem ser controlados pelo Poder Judiciário e, sim, por tribunais administrativos como os tribunais de contas; assim vige o princípio da dualidade da jurisdição.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE trata daquilo que, nos comentários à primeira questão, chamei de “quarto ponto elementar”: o Brasil adota o sistema de jurisdição única.

Relativamente ao âmbito de atuação do Poder Judiciário, existem basicamente dois sistemas no Ocidente.

Um é o chamado “sistema inglês”, ou de jurisdição única, ou de inafastabilidade de jurisdição, em que toda e qualquer matéria pode, **sempre**, ser apreciada pelo Poder Judiciário. É o sistema adotado no Brasil, traduzido no inciso XXXV do art. 5º da Constituição (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

O outro é o denominado “sistema francês”, ou de dualidade de jurisdição, ou “sistema do contencioso administrativo”. Nele, as matérias administrativas **não podem** ser apreciadas pelo Poder Judiciário. As questões envolvendo o Direito Administrativo, a Administração Pública, devem ser decididas exclusivamente por órgãos jurisdicionais da própria Administração Pública, ou seja, nesse sistema as

decisões administrativas, proferidas pelos tribunais administrativos no âmbito do denominado “contencioso administrativo”, são absolutamente definitivas, fazem coisa julgada propriamente dita, em sentido formal e em sentido material.

Voltando ao nosso sistema, de jurisdição única, deve ficar claro que ele não significa, de forma nenhuma, a vedação à existência de processos administrativos. Basta observar que nossa Constituição refere-se expressamente a processos administrativos, estendendo a eles diversas das garantias aplicáveis às partes no processo judicial. Exemplos particularmente importantes são os incisos LV e LXXVIII do 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;”

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” (incluído pela EC 45/2004).

O que acontece, entretanto, é que a utilização da via administrativa é uma opção para o administrado. Se ele preferir, pode ir diretamente ao Judiciário (as únicas exceções são a denominada “justiça desportiva”, que, apesar do nome, é composta por órgãos administrativos - CF, art. 217, § 1º, e a impetração de *habeas data*, que exige que tenha havido, antes, negativa da autoridade administrativa ao fornecimento das informações solicitadas ou à sua retificação).

Pode, também, esgotar a via administrativa e, se a decisão final for a ele desfavorável, contestá-la no Poder Judiciário. Pode, ainda, iniciar a discussão na esfera administrativa e abandoná-la a qualquer tempo, para ingressar com ação judicial tratando do mesmo assunto.

Em suma, a instauração de processos administrativos para discutir direitos que entenda possuir é uma faculdade do administrado. Ele sempre pode recorrer ao Judiciário, único Poder competente, no Brasil, para dizer o direito aplicável ao caso concreto em caráter definitivo. Diz-se, por isso, que no sistema de jurisdição única somente as decisões do Poder Judiciário fazem coisa julgada propriamente dita, o que significa que somente o Judiciário pode proferir decisões absolutamente imodificáveis.

Gabarito: F (falso).

4 - (ESAF/AFRF/2003) O estudo do regime jurídico-administrativo tem em Celso Antônio Bandeira de Mello o seu principal autor e formulador. Para o citado jurista, o regime jurídico-administrativo é construído, fundamentalmente, sobre dois princípios básicos, dos quais os demais decorrem. Para ele, estes princípios são:

- a) indisponibilidade do interesse público pela Administração e supremacia do interesse público sobre o particular.
- b) legalidade e supremacia do interesse público.

- c) igualdade dos administrados em face da Administração e controle jurisdicional dos atos administrativos.
- d) obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e finalidade pública dos atos da Administração.
- e) legalidade e finalidade.

## COMENTÁRIOS

Essa questão da ESAF apresenta um elemento atípico: menciona expressamente o nome de um autor. Na questão, essa menção expressa à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello acabou sendo irrelevante, na minha opinião. Isso porque os principais livros que falam sobre “regime jurídico administrativo” simplesmente reproduzem a sistematização desse assunto feita por Celso Antônio. Portanto, ainda que a questão não mencionasse autor, seu gabarito seria o mesmo.

O chamado “regime jurídico administrativo” aparece em editais de concursos há uns três ou quatro anos. Sempre, sem exceção, a informação básica exigida é a mesma: identificar os princípios que caracterizam esse regime.

Os princípios apontados como caracterizadores do “regime jurídico administrativo”, que é um regime de Direito Público, são a **supremacia do interesse público** e a **indisponibilidade do interesse público**.

O princípio da supremacia do interesse público fundamenta a existência das prerrogativas e dos poderes da Administração Pública, a denominada verticalidade nas relações Administração-particular. Toda atuação administrativa em que existe imperatividade, em que são impostas, unilateralmente, obrigações para o administrado, ou em que são restringidos direitos dos particulares é respaldada pelo princípio da supremacia do interesse público.

Exemplos são o exercício do poder de polícia, as chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, que possibilitam à Administração, dentre outras prerrogativas, modificar unilateralmente o contrato, as hipóteses de intervenção na propriedade privada, como a desapropriação, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a auto-executoriedade etc.

A regra básica é: havendo conflito entre o interesse público e os interesses de particulares, aquele deve prevalecer. Deve-se, todavia, ressaltar sempre o respeito aos direitos e garantias fundamentais e a necessidade de que a atuação da Administração ocorra sempre nos termos e limites da lei e do Direito.

O segundo princípio, o da indisponibilidade do interesse público, faz contraponto ao primeiro. Ao mesmo tempo em que tem poderes especiais, exorbitantes do Direito comum, a Administração sofre restrições em sua atuação que não existem para os particulares. Essas restrições decorrem do fato de que a Administração não é dona da coisa pública, mas sim o povo. Em linguagem jurídica, dispor de alguma coisa é, simplificada, poder fazer o que se queira com ela, sem dar satisfações a ninguém. A disposição é característica do direito de propriedade.

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Administração somente pode atuar quando houver lei que determine sua atuação, e nos limites estipulados por essa lei. Não existe a idéia de “vontade” da Administração, mas sim de “vontade” da lei, que é quem legitimamente traduz a vontade geral, vontade do povo, manifestada pelos seus representantes no Poder Legislativo (tudo isso teoricamente, claro). Além disso, toda a atuação da Administração deve ter possibilidade de ser controlada pelo povo, seja diretamente, seja por meio de órgãos com essa função de controle.

Dessa forma, são decorrências típicas do princípio da indisponibilidade do interesse público a necessidade de realizar concurso público para admissão de pessoal permanente (empregados e servidores públicos efetivos), a necessidade, em regra, de realizar licitação prévia para celebração de contratos administrativos, a exigência de motivação dos atos administrativos (também regra geral), as restrições à alienação de bens públicos etc.

O gabarito, portanto, é letra “a”.

Alguns podem perguntar por que não a letra “b” (“legalidade e supremacia do interesse público”). Vejam bem, a letra “b” está correta, quer dizer, os princípios nela mencionados são de fundamental importância na atuação da Administração Pública.

Por que, então, escolher o princípio da indisponibilidade do interesse público, em vez do princípio da legalidade, como caracterizador do regime jurídico administrativo?

Vejo dois motivos. O primeiro é que a questão menciona expressamente Celso Antônio (talvez seja justamente por isso que ela o faz). O segundo é que os princípios que caracterizam o regime jurídico administrativo, apontados pelos principais autores de Direito Administrativo, são os princípios mais gerais aplicáveis à atuação da Administração. E o princípio da indisponibilidade do interesse público é mais geral do que o princípio administrativo da legalidade. A rigor, este deriva daquele.

Seja como for, considerando que sempre temos que marcar a “mais correta”, ou a “menos errada”, a letra “a” enquadra-se no enunciado com maior precisão do que a letra “b”. Vejam que as letras “d” e “e” também contêm princípios fundamentais de Direito Administrativo, mas não são o gabarito pelo mesmo motivo, qual seja, a letra “a” enquadra-se no enunciado com maior precisão.

5 - (ESAF/Analista MPU/2004) Um dos princípios informativos do Direito Administrativo, que o distingue dos demais ramos, no disciplinamento das relações jurídicas, sob sua incidência, é o da

- a) comutatividade na solução dos interesses em questão.
- b) subordinação do interesse público ao privado.
- c) supremacia do interesse público sobre o privado.

- d) predominância da liberdade decisória.
- e) correlação absoluta entre direitos e obrigações.

## COMENTÁRIOS

Essa questão trata, também, do “regime jurídico administrativo”, mas permite comentários adicionais.

O primeiro diz respeito à precisão dos enunciados das questões objetivas de concursos, especialmente as da ESAF. Como vocês podem perceber, nem sempre há um grande cuidado com a lógica ou com a terminologia.

Não há dúvida de que o gabarito é a letra “c”, ou seja, a questão afirma que “um dos princípios informativos do Direito Administrativo, que o distingue dos demais ramos, é o da supremacia do interesse público sobre o privado”. Sabemos que o gabarito é a letra “c” porque as outras alternativas não se aplicam ao Direito Administrativo e porque não há uma alternativa mais completa, que contenha o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Agora, afirmar que o princípio da supremacia do interesse público **distingue** o Direito Administrativo dos demais ramos do Direito é tão absurdo que chega a ser engraçado. Para não irmos muito longe, basta lembrarmos do Direito Tributário. Como imaginar um Direito Tributário sem que as relações jurídicas por ele regidas sejam orientadas pelo princípio da supremacia do interesse público?! Na verdade, esse princípio é característico do Direito Público em geral. Mas, novamente, não há dúvida de que a única alternativa que poderíamos marcar seria a letra “c”.

A outra observação que importa fazer é que não é raro questões de concurso, ao tratarem do “regime jurídico administrativo” mencionarem somente o princípio da supremacia do interesse público, “esquecendo” o princípio da indisponibilidade do interesse público. Faço esse alerta para que vocês não considerem incorreta uma afirmação desse tipo. Por exemplo, afirmar que “o ‘regime jurídico administrativo’ é caracterizado pela sujeição das relações jurídicas administrativas ao princípio da supremacia do interesse público” é correto (verdadeiro). Somente marcaríamos **incorreto** (falso) se fosse afirmado algo como “o ‘regime jurídico administrativo’ é caracterizado exclusivamente pela aplicação às relações jurídicas administrativas do princípio da supremacia do interesse público”.

Não há nenhum motivo lógico para as bancas mencionarem mais freqüentemente o princípio da supremacia do interesse público do que o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas, na prática, isso acontece.

Até a próxima.

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

1 - (ESAF/MPOG/2002) A Administração Pública, a que o legislador constituinte de 1988 dedicou todo um Capítulo, ao tratar da organização do Estado, para



submetê-la à observância necessária dos princípios fundamentais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade

- a) restringe-se ao Poder Executivo Federal.
- b) restringe-se aos Poderes Executivos Federal, Estaduais e Municipais.
- c) restringe-se aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário Federais.
- d) abrange órgãos e entidades dos três Poderes da União, dos Estados e dos Municípios.
- e) abrange órgãos e entidades federais, estaduais e municipais, com suas subsidiárias, sociedades controladas e concessionárias dos seus serviços públicos.

2 - (Cespe/Papiloscopista PF/1997) Sabendo que Montesquieu, com seu célebre **O espírito das Leis**, de 1747, sistematizou e lançou as bases para a teorização do princípio da separação (ou divisão) dos poderes, ainda hoje de grande prestígio na ciência política e no direito público, é correto afirmar que esse princípio é estritamente adotado na administração pública brasileira, que estabelece uma rígida separação de funções entre os três poderes.

3 - (Cespe/Assistente Jurídico do DF/2001) No direito brasileiro, de acordo com o que ocorre em determinados países europeus, os atos administrativos não podem ser controlados pelo Poder Judiciário e, sim, por tribunais administrativos como os tribunais de contas; assim vige o princípio da dualidade da jurisdição.

4 - (ESAF/AFRF/2003) O estudo do regime jurídico-administrativo tem em Celso Antônio Bandeira de Mello o seu principal autor e formulador. Para o citado jurista, o regime jurídico-administrativo é construído, fundamentalmente, sobre dois princípios básicos, dos quais os demais decorrem. Para ele, estes princípios são:

- a) indisponibilidade do interesse público pela Administração e supremacia do interesse público sobre o particular.
- b) legalidade e supremacia do interesse público.
- c) igualdade dos administrados em face da Administração e controle jurisdicional dos atos administrativos.
- d) obrigatoriedade do desempenho da atividade pública e finalidade pública dos atos da Administração.
- e) legalidade e finalidade.

5 - (ESAF/Analista MPU/2004) Um dos princípios informativos do Direito Administrativo, que o distingue dos demais ramos, no disciplinamento das relações jurídicas, sob sua incidência, é o da

- a) comutatividade na solução dos interesses em questão.
- b) subordinação do interesse público ao privado.
- c) supremacia do interesse público sobre o privado.
- d) predominância da liberdade decisória.
- e) correlação absoluta entre direitos e obrigações.

## **AULA 1: ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA**

1. Organização Administrativa Brasileira.

1.1. Regime jurídico administrativo

1.2. Administração Pública. Conceitos.

1.3. Desconcentração e descentralização.

1.4. Administração Direta e Indireta.

1.5. Órgãos públicos.

1 - (ESAF/PFN/2003) Assinale, entre os atos abaixo, aquele que não pode ser considerado como de manifestação da atividade finalística da Administração Pública, em seu sentido material.

a) Concessão para exploração de serviço público de transporte coletivo urbano.

b) Desapropriação para a construção de uma unidade escolar.

c) Interdição de um estabelecimento comercial em razão de violação a normas de posturas municipais.

d) Nomeação de um servidor público, aprovado em virtude de concurso público.

e) Concessão de benefício fiscal para a implantação de uma nova indústria em determinado Estado-federado.

### **COMENTARIOS**

Essa questão permite que estudemos os conceitos de Administração Pública. Como cheguei a comentar na aula inaugural, não existe um único conceito de Administração Pública, mas sim acepções, conforme o critério que se utilize.

Merecem nota, brevemente, os conceitos de Administração em sentido amplo e em sentido estrito.

Administração Pública em sentido amplo abrange os órgãos de Governo, que exercem função política, e os órgão e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Entendemos por função política, aqui, o estabelecimento das diretrizes de ação governamental, a fixação das denominadas **políticas públicas**. Função meramente administrativa resume-se à **execução** das políticas públicas.

Administração Pública em sentido estrito só inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa. Ficam excluídos os órgãos e funções políticos.

É muito raro aparecer em concurso o conceito de Administração em sentido amplo. Portanto, **sempre**, que uma questão usar simplesmente a expressão Administração Pública, trata-se de Administração em sentido estrito.

Outra distinção, muito mais importante, é a que a doutrina faz entre Administração em sentido formal e administração em sentido material.

Administração em sentido **formal**, **subjetivo** ou **orgânico** é simplesmente o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas a que o nosso ordenamento atribui o exercício da função administrativa do Estado. A rigor, sempre que temos uma classificação em sentido formal, interessa exclusivamente o que o ordenamento jurídico dispõe. Nenhum outro fator deve ser levado em conta. Assim, Administração em sentido formal, no Brasil, são todos os órgãos e pessoas jurídicas que nosso ordenamento jurídico identifica como Administração Pública.

Como o critério que adotamos no Brasil é o formal, somente será Administração, juridicamente, aquilo que nosso Direito diz que é. Não importa a atividade.

No Brasil, portanto, só é Administração Pública: (1) os órgãos integrantes da denominada Administração Direta (são os órgãos que, em uma pessoa política, exercem função administrativa); e (2) as entidades da Administração Indireta.

Somente são entidades da Administração indireta estas, e nenhuma outra, não importa a atividade que exerçam:

- a) autarquias;
- b) fundações públicas (FP);
- c) empresas públicas (EP);
- d) sociedades de economia mista (SEM).

Administração em sentido material, objetivo ou funcional é o conjunto de atividades que são consideradas atividades administrativas. O conceito adota como referência a atividade, não obrigatoriamente quem a exerce. Portanto, em sentido material, o Banco do Brasil ou a Petrobrás, por exercerem atividade econômica típica, não são considerados administração pública (administração em sentido material geralmente escreve-se com minúscula). Por outro lado, as delegatárias (pessoas privadas que prestam serviços públicos por delegação) – concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos – são consideradas administração em sentido material, embora não o sejam em sentido formal.

A doutrina enumera quatro atividades como próprias da administração em sentido material, sempre as mesmas, a saber:

- 1) serviço público (toda a atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer a necessidade pública, sob regime predominantemente público);
- 2) polícia administrativa (restrições ou condicionamentos impostos ao exercício de atividades privadas em benefício do interesse público; exemplo típico são as atividades de fiscalização);
- 3) fomento (incentivo à iniciativa privada de utilidade pública, por exemplo, mediante a concessão de benefícios ou incentivos fiscais);
- 4) intervenção (abrangendo toda atuação do Estado no setor privado, o que inclui a intervenção na propriedade privada, como a desapropriação, e intervenção no domínio econômico, como o tabelamento de preços, a formação de estoques reguladores, etc.).

Podemos, portanto, resolver a questão.

Ela pede que identifiquemos a alternativa em que não há atividade finalística da administração em sentido material.

Na letra “a” temos um serviço público; na letra “b”, intervenção; na letra “c”, exercício do poder de polícia; na letra “e”, um exemplo de fomento. Só sobrou a letra “d”, que é o gabarito. Mesmo que o candidato não soubesse as atividades que são classificadas como próprias de administração em sentido material, ele poderia acertar a questão, simplesmente raciocinando que a nomeação de servidor não é atividade-fim, mas atividade-meio.

Gabarito, letra “d”.

2 - (Cespe/Papiloscopista PF/1997) Em um sentido formal, a expressão **administração pública** pode ser entendida como o conjunto de órgãos e entidades voltados à realização dos interesses governamentais; de um ponto de vista material, pode ser compreendida como o conjunto das funções que constituem os serviços públicos.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata do mesmo tema que vimos acima. Sempre temos dificuldade quando encontramos um item que não está errado, mas está incompleto.

O gabarito da questão foi **verdadeiro**. Acredito que esse item seja transcrição parcial de algum parágrafo de um livro de Direito Administrativo. Só não identifiquei qual.

Vejam que a definição do sentido formal é a comum: conjunto de órgãos e entidades destinados a exercer função administrativa (embora o sentido formal não leve em conta a atividade, é comum mencionar-se a “destinação à função pública” ou algo assim na definição). Já a definição de administração em sentido material parece ter adotado o conceito de serviço público em sentido amplíssimo, que inclui todas as atividades exercidas pela Administração Pública. Mesmo assim haveria problema, porque em sentido amplíssimo serviço público inclui mesmo as atividades que não são comumente descritas como administração em de sentido material.

Seja como for, é certo que a prestação de serviços públicos, juntamente com o exercício de atividade de polícia, são tidas como as mais importantes atividades de administração em de sentido material. Talvez o autor tenha adotado um conceito de serviço público em sentido amplo, que abranja a atividade de polícia administrativa.

Questões do tipo “V” ou “F” têm esse problema. E o pior é que mesmo a ESAF as adota, quando usa as questões com diversas afirmações, e pede para o candidato marcar a alternativa que contenha a combinação correta de “F” e “V”, o que é freqüente.

Repetindo, o item foi considerado **certo**.

3 - (ESAF/MPOG/2002) Na organização administrativa brasileira, a descentralização dos serviços públicos em geral procede-se

- a) no âmbito interno da Administração Direta
- b) no âmbito restrito da Administração Direta e Indireta
- c) no âmbito restrito da Administração Indireta
- d) quer utilizando-se das entidades da Administração Indireta como das de particulares, mediante contrato de concessão de serviço público
- e) utilizando-se de entidades particulares, mediante concessão, permissão, delegação, autorização, com exclusão das pertencentes à Administração Indireta

## COMENTÁRIOS

Essa questão nos enseja estudar dois assuntos muito importantes: desconcentração e descentralização. Vejamos cada um.

### – Desconcentração

Temos a chamada desconcentração administrativa quando uma entidade da Administração distribui competências no âmbito de sua própria estrutura a fim de tornar mais ágil e eficiente a prestação dos serviços.

A desconcentração pressupõe, obrigatoriamente, a existência de **uma só pessoa jurídica**. Trata-se de simples distribuição interna de competências dessa pessoa.

Ocorre desconcentração, por exemplo, no âmbito da Administração Direta federal, quando a União distribui competências entre diversos órgãos de sua própria estrutura, como os Ministérios (Ministério da Educação, Ministério dos Transportes etc.); ou quando uma autarquia, por exemplo, uma Universidade Pública, estabelece uma divisão interna de funções, criando, na sua própria estrutura, diversos Departamentos (Departamento de Graduação, Departamento de Pós-Graduação, Departamento de Direito, Departamento de Filosofia, Departamento de Economia etc.).

Como a desconcentração ocorre no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, surge relação de **hierarquia**, de **subordinação**, entre os órgãos dela resultantes. No âmbito das entidades desconcentradas temos controle hierárquico (implica os poderes de **comando, fiscalização, revisão, punição, solução de conflitos de competência, delegação e avocação**).

### – Descentralização

Ocorre a chamada **descentralização** administrativa quando o Estado (União, DF, Estados ou Municípios) desempenha algumas de suas funções por meio de outras pessoas jurídicas. A descentralização pressupõe duas pessoas jurídicas distintas: o Estado e a entidade que executará o serviço, por ter recebido do Estado essa atribuição.

A descentralização pode ocorrer por outorga ou por delegação.

A descentralização será efetivada por meio de **outorga** quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, por **lei**, determinado serviço público. A outorga normalmente é conferida por prazo indeterminado.

É o que ocorre na criação das entidades da Administração Indireta: o Estado descentraliza a prestação dos serviços, outorgando-os a outras pessoas jurídicas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

A descentralização será efetivada por meio de **delegação** quando o Estado transfere, por **contrato** (concessão ou permissão de serviços públicos) ou **ato unilateral** (autorização de serviços públicos), unicamente a execução do serviço, para que o ente delegado o preste ao público em seu próprio nome e por sua conta e risco, sob fiscalização do Estado.

A delegação por contrato é **sempre** efetivada por prazo determinado. Na delegação por ato administrativo (autorização de serviços públicos), como regra, não há prazo certo, por causa da precariedade típica da autorização (possibilidade de revogação a qualquer tempo, em regra sem indenização).

Em nenhuma forma de descentralização há hierarquia.

Na relação entre a Administração Direta e a Indireta, diz-se que há **vinculação** (nunca subordinação). A primeira exerce sobre a segunda o denominado **controle finalístico** ou **tutela administrativa** ou **supervisão** (também denominada, na esfera federal, “supervisão ministerial”).

Segundo a doutrina, para exercício do controle finalístico, é exigida expressa previsão legal, que determinará os limites e instrumentos de controle (atos de tutela).

O controle exercido pelo poder delegante é muito mais amplo do que o exercido nos casos de outorga (ex., alteração unilateral das condições de prestação do serviço; intervenção, decretação de caducidade, aplicação direta de sanções etc.). Mesmo nesse caso, não há hierarquia entre o Poder Público delegante e a delegatária do serviço público.

Podemos analisar a questão. Quer-se saber quais entidades podem receber atribuições públicas mediante descentralização. A questão não se restringe a outorga ou delegação.

Portanto, o gabarito é letra “d”. Temos um típico caso de marcação por eliminação. As outras alternativas estão erradas por restringirem indevidamente o âmbito possível da descentralização. Na letra “d”, só se falou, quanto à delegação, nas concessões. Mas vejam que o enunciado diz “em geral”. Realmente, a forma típica, mais importante e disparadamente mais mencionada de delegação de serviços públicos é a concessão.

Gabarito, letra “d”.

4 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Descentralização é a distribuição de competências de uma pessoa para outra, física ou jurídica, e difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata do assunto que acabamos de ver. A dúvida que ele suscita é quanto a essa possibilidade de descentralização para pessoa física. Seria isso possível?

Na verdade, é claro que a regra é e descentralização ter como destinatária uma pessoa jurídica. Na outorga, será sempre uma pessoa jurídica. Na delegação por concessão, a delegatária será sempre uma pessoa jurídica. Mas, na delegação por permissão e por autorização é permitido que a delegatária seja pessoa física ou jurídica. No caso da permissão, isso está expresso na Lei nº 8.987/1995, que veremos ao estudarmos serviços públicos.

De resto, é um excelente item para estudo das definições de descentralização e desconcentração.



Item **certo** (C).

5 - (Cespe/Agente PF/1997) Sabendo que o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), que tem a natureza de empresa pública, foi criado porque a União concluiu que lhe conviria criar uma pessoa jurídica especializada para atuar na área de informática, é correto afirmar que a União praticou, nesse caso, descentralização administrativa.

### COMENTÁRIOS

Item certo. Como o SERPRO é uma pessoa, temos descentralização. Como é uma empresa pública (EP), temos descentralização por outorga (mas isso nem foi abordado na questão).

6 - (Cespe/Agente PF/1997) Tendo o Departamento de Polícia Federal (DPF) criado, nos estados da Federação, Superintendências Regionais (SRs/DPF), é correto afirmar que o DPF praticou desconcentração administrativa.

### COMENTÁRIOS

Item certo. Nem o DPF nem as Superintendências Regionais do DPF têm personalidade jurídica. Todos integram a estrutura da pessoa União. Como estamos no âmbito de uma mesma pessoa jurídica, temos desconcentração.

7 - (Cespe/Agente PF/1997). As pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta constituem um produto do mecanismo de desconcentração administrativa.

### COMENTÁRIOS

Item errado. As pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta resultam de **descentralização** por outorga.

8 - (Cespe/Agente PF/1997) Tanto na descentralização quanto na desconcentração, mantém-se relação de hierarquia entre o Estado e os órgãos e pessoas jurídicas dela surgida.

### COMENTÁRIOS

Item errado. Nunca temos hierarquia na descentralização. Temos hierarquia na desconcentração. Além disso, órgãos, por não terem personalidade jurídica, só podem resultar de desconcentração, nunca de descentralização.

9 - (CESPE/Atendente Judiciário/TJBA/2003) Administração indireta, também denominada administração descentralizada, decorre da transferência, pelo poder público, da titularidade ou execução do serviço público ou de utilidade pública, por outorga ou delegação.

## COMENTÁRIOS

Item incorreto.

Administração descentralizada é mesmo, comumente, usado como sinônimo de Administração Indireta. Mas a Administração Indireta obrigatoriamente surge por outorga, não por delegação. Outro problema é que a maioria da doutrina entende que a outorga transfere, sim, a titularidade do serviço público. A delegação é que transfere a mera execução (isso é pacífico). A diferença é que a mera execução pode se retomada com muito maior facilidade (encampação, decretação de caducidade). No caso da outorga, a retomada do serviço pela pessoa política sempre exige lei e, se for total, exige a extinção da pessoa jurídica da Administração Indireta.

10 - (ESAF/AFC/STN/2000) A diferença fundamental existente entre órgãos públicos e entidades da Administração Indireta Federal gira em torno de terem ou não

- a) autonomia administrativa
- b) personalidade jurídica
- c) poder de polícia
- d) sujeição ao controle externo
- e) sujeição ao princípio da legalidade

## COMENTÁRIOS

Vou utilizar essa questão não só para falar sobre a diferença fundamental entre órgãos e entidades, que é a personalidade jurídica, mas também para estudarmos a criação das entidades da Administração Indireta.

Como eu disse acima, a Administração Direta é integrada pelo conjunto de órgãos que integram as pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada (mas desconcentrada), de atividades administrativas.

A Administração Indireta é integrada pelas pessoas jurídicas administrativas que, vinculadas à Administração Direta, têm a competência para o exercício, de forma descentralizada, de atividades administrativas.

As pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta são, exclusivamente:

- a) autarquias;
- b) fundações públicas (FP);
- c) empresas públicas (EP);
- d) sociedades de economia mista (SEM).

A criação das entidades da Administração Indireta ocorre por outorga, ou seja, depende de lei.

A criação das entidades da Administração Indireta está disciplinada no art. 37, inciso XIX, da Constituição. É a seguinte sua redação:

“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;”

Como vemos, há duas formas distintas para criação das entidades da Administração Indireta, a saber:

- 1) Para as **autarquias**: criação pela lei específica, **diretamente**.
- 2) Para as demais entidades: autorização para sua criação em lei específica. Nesses casos, a criação da entidade efetivamente ocorre quando o Poder Executivo registra os atos constitutivos no Registro Público competente (os atos constitutivos integram um decreto; mas não é a publicação do decreto que cria a entidade, é seu registro).

A primeira forma de criação é a forma adotada para conferir-se a uma entidade personalidade jurídica de direito público (não existe registro de pessoa jurídica de direito público em cartório).

A segunda é a forma jurídica de criação de pessoas jurídicas de direito privado.

Portanto, não há dúvida que o inciso XIX do art. 37 da Constituição, com a redação dada pela EC 19/98, pretendeu conferir personalidade jurídica de direito privado às EP, SEM e FP.

Para as EP e SEM não há polêmica alguma. Elas são e sempre foram tidas por pessoas jurídicas de direito privado.

Quanto às FP, a questão é mais complicada. O STF entende que elas podem ser criadas pela forma prevista no inciso XIX do art. 37, caso em que sem dúvida serão pessoas jurídicas de direito privado, mas podem, alternativamente, segundo o STF, serem criadas diretamente por lei específica. Nesse caso, sempre segundo o STF, pois isso não está em nenhuma parte da Constituição, elas serão “espécie do gênero autarquia” e terão, evidentemente, personalidade jurídica de direito público, assim como as autarquias. Veremos esse assunto de novo mais à frente.

Voltando ao inciso XIX do art. 37, vemos que em sua parte final há a exigência de **lei complementar** para o estabelecimento das áreas em que poderão atuar as **fundações públicas**.

A lei complementar poderia, por exemplo, estabelecer que as áreas em que poderão atuar as fundações públicas sejam somente as relacionadas a atividades

de ensino, pesquisa, saúde, assistência social, proteção ao meio ambiente. Essa lei complementar nunca foi editada.

Abaixo, trago uma lista com aquelas que, a meu ver, são as principais **características comuns** às entidades da Administração Indireta:

- a) Personalidade jurídica própria;
- b) Autonomia administrativa e financeira (Obs.: A Profª Maria Sylvia condena o uso do vocábulo “autonomia”, pois este implicaria poder de editar leis, conferido diretamente pela Constituição, inexistente para as pessoas da Administração Indireta; a autora utiliza o termo “**auto-administração**”);
- c) Relação de vinculação (não de subordinação) com a Administração Direta; sujeitas ao **poder de tutela** da Administração Direta (controle finalístico / supervisão ministerial);
- d) Não cabe recurso contra seus atos ao Ministério Supervisor ou à Presidência da República, salvo os denominados “recursos hierárquicos impróprios”, que devem ser expressamente previstos em lei (entendimento doutrinário);
- e) As suas despesas e receitas integram o orçamento fiscal da pessoa política a que pertencem, devendo constar da lei orçamentária anual (CF, art. 165, § 5º, I);
- f) Sujeição à fiscalização e ao controle legislativo (CF, art. 49, X);
- g) Todos os seus atos sujeitam-se ao controle judicial irrestrito;
- h) Sujeição ao controle dos Tribunais de Contas;
- i) Todas sujeitam-se aos princípios administrativos expressos no *caput* do art. 37 da CF;
- j) Contratação de pessoal efetivo mediante concurso público;
- k) Vedação à acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos (extensiva a subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo Poder Público);
- l) Obrigatoriedade de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações (que pode ter regime próprio no caso das EP e SEM que explorem atividade econômica);
- m) Seus agentes, servidores ou não, sujeitam-se à lei que tipifica e sanciona os atos de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992);
- n) Podem ser sujeitos passivos de ação popular;
- o) Seus agentes, quando praticantes de “atos de autoridade”, podem ser sujeitos passivos de mandado de segurança;
- p) Todos os seus agentes públicos são considerados “funcionários públicos” para fins penais;
- q) Têm legitimidade ativa para propor ação civil pública;

r) Responsabilidade civil objetiva pelos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros (no caso das EP e SEM, só há essa modalidade de responsabilidade para as prestadoras de serviços públicos, não para as exploradoras de atividades econômicas).

Voltando à nossa questão, que simplesmente quer saber a diferença fundamental existente entre órgãos públicos e entidades da Administração Indireta Federal, o gabarito é letra “b”: “terem ou não personalidade jurídica” (tanto faz ser federal ou não; a diferença essencial é essa, em todos os níveis).

É verdade que órgãos públicos não têm autonomia administrativa propriamente (mas os órgãos de hierarquia mais elevada têm algum grau de autonomia) e as entidades da Administração Indireta teoricamente têm ampla autonomia administrativa. Entretanto, é claro que entre essa diferença e a de terem ou não personalidade jurídica, esta é a fundamental.

Gabarito, letra “b”.

11 - (ESAF/AFC/STN/2000) A espécie organizacional da Administração Pública Indireta que deve ter sua área de atuação definida em lei complementar é:

- a) empresa pública
- b) órgão autônomo
- c) autarquia
- d) fundação
- e) sociedade de economia mista

## COMENTÁRIOS

Conforme vimos no comentário à questão anterior, a parte final do inciso XIX do art. 37 da Constituição prevê a edição de **lei complementar** que defina as áreas de atuação das fundações públicas (essa lei complementar ainda não foi editada). O gabarito é letra “d”.

12 - (Esaf/AFC/SFC/2000) Em relação à organização administrativa, não é correto afirmar:

- a) A autonomia gerencial de órgão despersonalizado pode ser ampliada mediante contrato de gestão.
- b) Somente lei específica pode criar autarquia.
- c) As organizações sociais gozam de personalidade jurídica de direito privado.
- d) A área de atuação da fundação deve ser objeto de lei complementar.
- e) A participação da sociedade de economia mista em empresa privada prescinde de autorização legislativa.

## COMENTÁRIOS

Com essa questão tenho o objetivo de complementar o estudo do inciso XIX do art. 37 da Constituição, analisando o inciso XX do mesmo artigo. Sua redação é a seguinte:

Art. 37, XX – “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;”

A Constituição não explica o que significa “autorização legislativa”. Parece claro que pode ser uma lei ou outro instrumento de natureza legislativa, como um decreto legislativo.

O conceito de “subsidiária” não é nada claro. Pelos Dicionários Jurídicos da Maria Helena Diniz e do De Plácido e Silva, seria uma sociedade anônima cujas ações pertencem integralmente a uma empresa brasileira. Na verdade, esse é o conceito de “subsidiária integral”, que está na Lei das S.A. (Lei 6404/1976).

Minha opinião é que essas subsidiárias constituídas por entidades da Administração Indireta integrarão, também, a Administração Pública. Caso contrário, seria fácil burlar a Constituição em assuntos como exigência de concurso público e de licitação.

Seja como for, sobre esse inciso XX do art. 37, pode ser interessante vocês conhecerem a posição do STF, manifestada na ADI nº 1.649, segundo a qual “dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora.”

A decisão é surpreendente, porque o texto da Constituição é claríssimo ao afirmar que “depende de autorização legislativa, **em cada caso**, a criação de subsidiárias”. Apesar disso, o STF entende que não é necessária a autorização específica do Congresso Nacional para a instituição de cada uma das subsidiárias de uma mesma entidade, considerando que a autorização legislativa para a criação de subsidiárias de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, a que se refere o inciso XX do art. 37 da CF, pode ser dada em caráter genérico. Basta, portanto, para a criação de subsidiárias, a autorização genérica prevista na lei que instituiu a entidade matriz, não se exigindo, para cada nova entidade subsidiária, autorização legislativa específica.

Voltando à questão, o gabarito é letra “e”, pois é pedida a alternativa errada e a letra “e” afirma que a participação da sociedade de economia mista em empresa privada independe de autorização legislativa, contrariando frontalmente o inciso XX do art. 37 da Constituição. Os assuntos tratados nas alternativas “a” e “c” ainda não foram vistos. Serão estudados mais adiante.

Gabarito, letra “e”.

13 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) É possível a existência, no plano federal, de entidades da administração indireta vinculadas aos Poderes Legislativo e Judiciário.

## COMENTÁRIOS

Como vimos, na Administração Direta de cada ente da Federação, nós temos uma única pessoa, que é a própria pessoa política (por exemplo, na Administração Direta federal a única pessoa é a União), atuando por meio de órgãos, que são centros de competência despersonalizados resultantes da desconcentração. Há subordinação, ou seja, hierarquia entre os órgãos.

Diferentemente, na Administração Indireta de cada ente federado, eu tenho sempre pessoas jurídicas (autarquias, FP, EP e SEM), **vinculadas** (ou seja, sem hierarquia) à Administração Direta do mesmo ente.

Esse item da questão do CESPE me surpreendeu, quando o vi da primeira vez. Eu nunca havia visto essa menção a uma entidade da Administração Indireta vinculada ao Legislativo ou ao Judiciário. O DL 200/1967, o definir Administração Indireta, somente fala que suas entidades são **vinculadas a um Ministério supervisor**. Tudo bem, sabe-se que o DL 200/1967 está superado em muitas coisas. Por exemplo, basta ler a lei geral de organização do Poder Executivo (Lei nº 10.683/2003, cuja leitura, para concurso, eu **não** recomendo), para ver que mesmo as entidades da Administração Indireta vinculadas ao Poder Executivo nem sempre são vinculadas a um Ministério; há muitas vinculadas diretamente à Presidência da República.

Mas o fato é que eu nunca havia pensado na existência, ou não, de entidades da Administração Indireta vinculadas aos Poderes Legislativo e Judiciário. Como o gabarito do item foi **certo** ("C"), eu procurei descobrir algum exemplo concreto. Pelo que averigüei, há pelo menos uma universidade vinculada ao Legislativo Federal; é possível que haja fundações ou outras entidades ligadas aos tribunais superiores ou ao TCU. Na verdade, isso não importa. Como um professor me disse, basta lermos, diretamente, o *caput* do art. 37 da Constituição:

"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:"

Vejam que a Constituição fala claramente em "administração (...) indireta de qualquer dos Poderes". Basta a literalidade desse dispositivo para marcarmos **verdadeiro** no item. Como dito, foi mesmo "V" o gabarito definitivo.

14 - (ESAF/CGU/2004) No contexto da Administração Pública Federal, o que distingue e/ou assemelha os órgãos da Administração Direta em relação às entidades da Administração Indireta, é que

a) os primeiros integram a estrutura orgânica da União e as outras não.

- b) os primeiros são dotados de personalidade jurídica de direito público, as outras são de direito privado.
- c) são todos dotados de personalidade jurídica de direito público.
- d) são todos dotados de personalidade jurídica de direito privado.
- e) todos integram a estrutura orgânica da União.

## COMENTÁRIOS

Essa questão permite que eu trate do assunto “órgãos públicos”. Esse assunto está inserido no assunto “teorias acerca da atuação do Estado e de seus agentes públicos”.

Essas teorias têm, ou tiveram, o intuito de explicar ou de justificar a atribuição ao Estado, e às pessoas jurídicas de direito público em geral, dos atos das pessoas naturais que agem em nome deles, uma vez que pessoas jurídicas não possuem vontade própria. É importante essa atribuição para que se estabeleça a presunção de que o ato foi praticado em nome do Estado. Assim, embora o ato tenha sido efetivamente executado por uma pessoa física (o agente público), a legitimidade de tal ato e a responsabilidade pelas consequências dele decorrentes são do Estado, o qual responde pela atuação de seus agentes (quando estes atuam na qualidade de agentes públicos).

Os livros apresentam três diferentes teorias, a saber:

### 1) Teoria do mandato

Mandato, no Direito Privado, é o contrato mediante o qual uma pessoa, o mandante, outorga poderes a outra, o mandatário, para que este execute determinados atos em nome do mandante e sob a responsabilidade deste. O instrumento do contrato de mandato é a **procuração**.

Assim, o agente público, pessoa física, seria o mandatário da pessoa jurídica (Estado), agindo em seu nome e sob a responsabilidade dela, em razão de outorga específica de poderes.

O principal problema dessa teoria é que, se for adotado o regime que o Direito Privado confere ao mandato, o mandante não terá nenhuma responsabilidade por atos do mandatário que extrapolem os poderes específicos a ele outorgados. Assim, sempre que o agente público atuasse de forma irregular, mesmo que na qualidade de agente público, não decorreria qualquer responsabilidade para o Estado.

### 2) Teoria da representação

Essa teoria equipara o agente público ao representante dos incapazes, como o tutor ou o curador.

Seu principal problema é idêntico ao existente na teoria do mandato. Adotado o regime jurídico da representação, existente no Direito Privado, o Estado ficaria



isento de qualquer responsabilidade quando o agente público atuasse irregularmente, mesmo que na qualidade de agente público.

### 3) Teoria do órgão

É a teoria adotada em nosso ordenamento, amplamente aceita pelos administrativistas em geral.

Ela baseia-se na idéia de **imputação**. Significa que a atuação do agente é imputada ao Estado, quer dizer, é considerada como se fosse atuação do próprio Estado. Simples assim.

A vantagem é que quando o agente público, agindo nessa qualidade, atuar com excesso ou qualquer irregularidade, considera-se que a atuação indevida foi do próprio Estado. Com isso, o Estado é diretamente responsabilizado pelos danos decorrentes da atuação de seus agentes públicos, quando estes atuam na qualidade de agente público.

Mais precisamente, a teoria do órgão, conjugada com a teoria da imputação, estabelece que o Estado atua por intermédio de seus órgãos que, por sua vez, atuam por meio de seus agentes. A atuação do agente é a própria atuação do órgão. Como o órgão é um centro de competências despersonalizado, sua atuação é imputada à pessoa jurídica a que ele pertence. Só isso.

Maria Sylvia Di Pietro explica que essa teoria é utilizada para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato, pois considera que o ato por ele praticado é ato do órgão, imputável, portanto, à Administração.

A expressão “funcionário de fato” é usualmente empregada para descrever a situação do agente quando há vício ou irregularidade na sua investidura em cargo ou função pública, a exemplo da nulidade do concurso público, da nomeação efetuada por servidor incompetente, do descumprimento de requisito essencial para a posse. Segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, “‘funcionário de fato’ é aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade. Em nome do princípio da aparência, da boa-fé dos administrados, da segurança jurídica e do princípio da presunção de legalidade dos atos administrativos reputam-se válidos os atos por ele praticados, se por outra razão não forem viciados.”

Continuando com a lição de Maria Sylvia, a imputação não poderia ser usada no caso do **usurpador de função**. É útil transcrever este trecho de sua obra:

“Essa teoria é utilizada por muitos autores para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato; considera-se que o ato do funcionário é ato do órgão e, portanto, imputável à Administração. A mesma solução não é aplicável à pessoa que assuma o exercício de função pública por sua própria conta, quer dolosamente (como o usurpador de função), quer de boa-fé, para desempenhar função em momentos de emergência, porque nesses casos é evidente a inexistência de investidura do agente no cargo ou função.

Vale dizer que existem limites à teoria da **imputabilidade** ao Estado de todas as atividades exercidas pelos órgãos públicos; para que se reconheça essa

imputabilidade, é necessário que o agente esteja investido de poder jurídico, ou seja, de poder reconhecido pela lei ou que, pelo menos, tenha **aparência** de poder jurídico, como ocorre no caso da função de fato. Fora dessas hipóteses, a atuação do órgão não é imputável ao Estado”.

#### – **Conceito de órgão público**

Apresento, abaixo, duas tradicionais definições de órgão público:

Hely Lopes Meirelles define órgãos como “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem”.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, órgãos públicos são “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado.”

Temos ainda uma **definição legal**.

A Lei 9.784/1999, que regula os processos administrativos na esfera federal, nos incisos I e II do § 2º do seu art. 1º assim define órgão e entidade:

“I – órgão – a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II – entidade – a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;”

Vejam que a Lei deixa claro que existem órgãos tanto no âmbito da Administração Direta quanto no da Indireta. Basta que se trate de um conjunto de competências despersonalizado, resultado da desconcentração.

Como já vimos, a principal característica dos órgãos é a ausência de personalidade jurídica. Segue, abaixo, uma lista com esta e outras características dos órgãos públicos:

- a) integram a estrutura de uma pessoa jurídica;
- b) não possuem personalidade jurídica;
- c) são resultado da desconcentração;
- d) alguns possuem autonomia gerencial, orçamentária e financeira;
- e) podem firmar, por meio de seus administradores, contratos de gestão com pessoas jurídicas (CF, art. 37, § 8º);
- f) não têm capacidade para representar em juízo a pessoa jurídica que integram;
- g) não possuem patrimônio próprio.

Além dessas características, os órgãos têm capacidade processual para defesa em juízo de suas prerrogativas funcionais, isto é, são legitimados ativos para impetração de mandado de segurança com esse objetivo. Hely Lopes Meirelles classifica os órgãos em quatro níveis, conforme a posição estatal, isto é, a hierarquia: independentes, autônomos, superiores e subalternos; somente os órgãos independentes e autônomos têm essa capacidade processual, mesmo assim restrita e específica.

Voltando à nossa questão, vemos que o elaborador, para “fugir” da manjadíssima distinção entre órgão e entidade – a personalidade jurídica –, menciona outra distinção.

Os órgãos integram a estrutura de uma pessoa jurídica (dizer que o órgão integra a “estrutura orgânica” de uma pessoa chega a ser meio redundante) e as entidades não (isso é óbvio, já que entidades são pessoas jurídicas elas próprias).

O gabarito, portanto, é letra “a”. Essa mesma distinção entre órgão e entidade já pareceu em umas duas outras questões da ESAF, que não repetirei aqui por serem quase idênticas.

Gabarito, letra “a”.

15 - (ESAF/PFN/2004) Quanto à teoria do órgão e sua aplicação ao Direito Administrativo, aponte a opção correta.

a) Consoante tal teoria, o órgão é apenas parte do corpo da entidade e, por consequência, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade.

b) Essa teoria não distingue órgão de entidade, reconhecendo personalidade jurídica a ambos, indistintamente, e, por conseguinte, reconhecendo serem sujeitos de direitos e obrigações, de forma direta.

c) Essa teoria, de ampla aceitação entre os administrativistas pátrios, reconhece personalidade jurídica ao órgão, que passa a ser sujeito de direitos e obrigações.

d) Por tal teoria, o agente (pessoa física) atua como representante da pessoa jurídica, à semelhança do tutor e do curador de incapazes.

e) Essa teoria não tem aceitação entre os publicistas contemporâneos, por não explicar, de forma satisfatória, como atribuir aos entes públicos os atos das pessoas humanas que agem em seu nome.

## COMENTÁRIOS

Mais uma questão sobre órgão, para encerrarmos o assunto.

O gabarito é letra “a”, que descreve a teoria do órgão, a qual, como vimos, conjuga-se com a teoria da imputação para afirmar que a atuação do órgão é considerada atuação da própria pessoa jurídica que ele integra.

As letras “b” e “c” afirmam que órgão tem personalidade jurídica, o que é absurdamente errado.

A letra “d” descreve a teoria da representação.

A letra “e” afirma que a teoria do órgão não tem aceitação, o que está totalmente incorreto.

Gabarito, letra “a”.

## LISTA DE QUESTÕES APRESENTADAS

1 - (ESAF/PFN/2003) Assinale, entre os atos abaixo, aquele que não pode ser considerado como de manifestação da atividade finalística da Administração Pública, em seu sentido material.

- a) Concessão para exploração de serviço público de transporte coletivo urbano.
- b) Desapropriação para a construção de uma unidade escolar.
- c) Interdição de um estabelecimento comercial em razão de violação a normas de posturas municipais.
- d) Nomeação de um servidor público, aprovado em virtude de concurso público.
- e) Concessão de benefício fiscal para a implantação de uma nova indústria em determinado Estado-federado.

2 - (Cespe/Papiloscopista PF/1997) Em um sentido formal, a expressão **administração pública** pode ser entendida como o conjunto de órgãos e entidades voltados à realização dos interesses governamentais; de um ponto de vista material, pode ser compreendida como o conjunto das funções que constituem os serviços públicos.

3 - (ESAF/MPOG/2002) Na organização administrativa brasileira, a descentralização dos serviços públicos em geral procede-se

- a) no âmbito interno da Administração Direta
- b) no âmbito restrito da Administração Direta e Indireta
- c) no âmbito restrito da Administração Indireta
- d) quer utilizando-se das entidades da Administração Indireta como das de particulares, mediante contrato de concessão de serviço público
- e) utilizando-se de entidades particulares, mediante concessão, permissão, delegação, autorização, com exclusão das pertencentes à Administração Indireta

4 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Descentralização é a distribuição de competências de uma pessoa para outra, física ou jurídica, e difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica.

5 - (Cespe/Agente PF/1997) Sabendo que o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), que tem a natureza de empresa pública, foi criado porque a União concluiu que lhe conviria criar uma pessoa jurídica especializada para atuar na área de informática, é correto afirmar que a União praticou, nesse caso, descentralização administrativa.

6 - (Cespe/Agente PF/1997) Tendo o Departamento de Polícia Federal (DPF) criado, nos estados da Federação, Superintendências Regionais (SRs/DPF), é correto afirmar que o DPF praticou desconcentração administrativa.

7 - (Cespe/Agente PF/1997). As pessoas jurídicas integrantes da administração pública indireta constituem um produto do mecanismo de desconcentração administrativa.

8 - (Cespe/Agente PF/1997) Tanto na descentralização quanto na desconcentração, mantém-se relação de hierarquia entre o Estado e os órgãos e pessoas jurídicas dela surgida.

9 - (CESPE/Atendente Judiciário/TJBA/2003) Administração indireta, também denominada administração descentralizada, decorre da transferência, pelo poder público, da titularidade ou execução do serviço público ou de utilidade pública, por outorga ou delegação.

10 - (ESAF/AFC/STN/2000) A diferença fundamental existente entre órgãos públicos e entidades da Administração Indireta Federal gira em torno de terem ou não

- a) autonomia administrativa
- b) personalidade jurídica
- c) poder de polícia
- d) sujeição ao controle externo
- e) sujeição ao princípio da legalidade

11 - (ESAF/AFC/STN/2000) A espécie organizacional da Administração Pública Indireta que deve ter sua área de atuação definida em lei complementar é:

- a) empresa pública
- b) órgão autônomo
- c) autarquia

- d) fundação
- e) sociedade de economia mista

12 - (Esaf/AFC/SFC/2000) Em relação à organização administrativa, não é correto afirmar:

- a) A autonomia gerencial de órgão despersonalizado pode ser ampliada mediante contrato de gestão.
- b) Somente lei específica pode criar autarquia.
- c) As organizações sociais gozam de personalidade jurídica de direito privado.
- d) A área de atuação da fundação deve ser objeto de lei complementar.
- e) A participação da sociedade de economia mista em empresa privada prescinde de autorização legislativa.

13 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) É possível a existência, no plano federal, de entidades da administração indireta vinculadas aos Poderes Legislativo e Judiciário.

14 - (ESAF/CGU/2004) No contexto da Administração Pública Federal, o que distingue e/ou assemelha os órgãos da Administração Direta em relação às entidades da Administração Indireta, é que

- a) os primeiros integram a estrutura orgânica da União e as outras não.
- b) os primeiros são dotados de personalidade jurídica de direito público, as outras são de direito privado.
- c) são todos dotados de personalidade jurídica de direito público.
- d) são todos dotados de personalidade jurídica de direito privado.
- e) todos integram a estrutura orgânica da União.

15 - (ESAF/PFN/2004) Quanto à teoria do órgão e sua aplicação ao Direito Administrativo, aponte a opção correta.

- a) Consoante tal teoria, o órgão é apenas parte do corpo da entidade e, por consequência, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade.
- b) Essa teoria não distingue órgão de entidade, reconhecendo personalidade jurídica a ambos, indistintamente, e, por conseguinte, reconhecendo serem sujeitos de direitos e obrigações, de forma direta.
- c) Essa teoria, de ampla aceitação entre os administrativistas pátrios, reconhece personalidade jurídica ao órgão, que passa a ser sujeito de direitos e obrigações.

d) Por tal teoria, o agente (pessoa física) atua como representante da pessoa jurídica, à semelhança do tutor e do curador de incapazes.

e) Essa teoria não tem aceitação entre os publicistas contemporâneos, por não explicar, de forma satisfatória, como atribuir aos entes públicos os atos das pessoas humanas que agem em seu nome.

## **AULA 2: ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA**

1.6. Entidades da Administração Indireta.

1.7. Terceiro Setor. Organizações sociais. OSCIP. Serviços sociais autônomos. Contratos de Gestão.

16 – (ESAF/Analista MPU/2004) O serviço público personificado, com personalidade jurídica de direito público, e capacidade exclusivamente administrativa, é conceituado como sendo um(a)

- a) empresa pública.
- b) órgão autônomo.
- c) entidade autárquica.
- d) fundação pública.
- e) sociedade de economia mista.

### **COMENTÁRIOS**

As autarquias quase sempre são definidas em questões de concursos como “serviço público personificado”, ao passo que as fundações públicas são conceituadas como “patrimônio personificado”.

Essa definição de autarquia decorre do disposto no Decreto-Lei 200/67, que implementou a primeira reforma administrativa de nosso País (restrita, na época, à esfera federal).

O DL 200/67 assim define autarquia: “o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

A doutrina, em linhas gerais, define autarquias como entidades administrativas autônomas, criadas por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições estatais específicas.

Reproduzo, como exemplo, a definição de Maria Sylvia: “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei”

Abaixo, listo as principais características das autarquias:

- Criação por lei específica;
- Personalidade jurídica de direito público;
- Imunidade tributária recíproca;



- Seus bens sujeitam-se ao regime jurídico dos bens públicos (inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, não-oneração);
- Regime jurídico de seu pessoal pode ser estatutário ou celetista;
- Seus dirigentes são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, podendo, se a lei assim determinar, depender de aprovação prévia pelo Poder Legislativo (na esfera federal a aprovação é feita pelo Senado, nos termos do art. 52, III, da CF, obrigatória para Presidente e Diretores do Banco Central);
- Julgamento de suas causas pela Justiça Federal (autarquias federais) ou Estadual (autarquias estaduais e municipais);
- Praticam atos administrativos e celebram contratos administrativos;
- Privilégios processuais;
- a) Prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer nos processos em que é parte (CPC, art. 188);
- b) Pagamento das custas judiciais só ao final, quando vencidas (CPC, art. 27);
- c) Dispensa de exibição de instrumento de mandato em juízo, pelos procuradores de seu quadro de pessoal, para a prática de atos processuais;
- d) Prescrição quinquenal das dívidas e demais direitos contra as autarquias;
- e) Execução de suas dívidas mediante precatório (seus bens não estão sujeitos a penhora), excetuados os créditos de pequeno valor, definidos em lei;
- Responsabilidade subsidiária do Estado por suas dívidas.

O gabarito da questão é letra “c”.

**17 – (ESAF/AFTE-MG/2005)** Relativamente às autarquias, aponte o item correto.

- a) Os bens de uma autarquia não podem ser objeto de penhora, não obstante tais entidades não integrem a Administração direta.
- b) Há subordinação hierárquica entre a autarquia e a Administração direta.
- c) Nosso sistema legislativo expressamente exclui a possibilidade de criação de autarquias municipais.
- d) Não se pode dizer que as autarquias tenham capacidade de auto-administração, tendo em vista a tutela que sobre ela exerce a Administração direta.
- e) Os servidores das autarquias estão subordinados ao regime jurídico único estatutário, não havendo mais amparo, em nosso sistema legislativo, para a contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

## COMENTÁRIOS

Essa questão continua o assunto “autarquias”.

O gabarito é letra “a”.

Como vimos acima, os bens das autarquias, assim como todos os bens de qualquer pessoa jurídica de direito público, ao bens públicos, portanto, sujeitos ao regime jurídico dos bens públicos: inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, não-oneração.

Por esse motivo, pela impenhorabilidade, as dívidas judiciais das autarquias, salvo as de pequeno valor, são pagas pelo sistema de precatórios, nos termos do art. 100 da Constituição.

A Letra “b” está errada porque **subordinação** só existe em relação hierárquica. Nenhuma entidade da Administração Indireta é subordinada à Administração Direta. Todas elas são **vinculadas**, expressão que se usa para explicitar a ausência de hierarquia.

A letra “c” está errada porque, como visto na aula inaugural, temos Administração Direta e Administração Indireta, com todas as entidades que integram esta última, em todas as esferas da Federação.

Na letra “d”, é correto dizer que a Administração Direta exerce tutela administrativa (controle finalístico) sobre todas as entidades da Administração Indireta. Mas, juridicamente, a tutela não exclui a capacidade de auto-administração.

A letra “e” está incorreta porque a EC 19/1998 retirou do texto constitucional (art. 39) a obrigatoriedade de adoção de “regime jurídico único” em cada ente federado. Assim, a partir de 1998, todos os entes federados, desde que prevejam isso em suas leis, podem admitir agentes para suas pessoas jurídicas de direito público pelo regime estatutário ou pelo regime celetista. Ma esfera federal, a contratação de empregados públicos celetistas pela Administração Direta, autarquias e fundações públicas está disciplinada na Lei nº 9.962/2000.

Gabarito, letra “a”.

18 - (ESAF/Fiscal RN/2005) O patrimônio personificado, destinado a um fim específico, que constitui uma entidade da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito público, cuja criação depende de prévia autorização expressa por lei, se conceitua como sendo

- a) um órgão autônomo.
- b) um serviço social autônomo.
- c) uma autarquia.
- d) uma empresa pública.
- e) uma fundação pública.

## COMENTÁRIOS

Como mencionei acima, sempre que vocês virem a expressão “patrimônio personificado”, ela se refere às fundações. No caso das fundações públicas, temos um patrimônio público personificado.

Vimos acima que a EC 19/1998 alterou o inciso XIX do art. 37 da Constituição, que passou a exigir apenas **autorização em lei específica** para a criação de fundação pública, assim como ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista, que são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O fato é que essas entidades não são criadas pela lei, mas sim pelo registro no Registro Público competente de seus atos constitutivos, consubstanciados em um decreto editado pelo Poder Executivo. Não há dúvida de que essa forma de criação, mediante registro, dá origem a pessoas jurídicas de direito privado.

Apesar disso, nossos autores e tribunais entendem ser possível, também, a **criação de fundações públicas diretamente por lei específica**. Basta a lei específica criar uma fundação pública e expressamente conferir a ela personalidade jurídica de direito público, caso em que a simples publicação dessa lei dará surgimento à fundação.

Para nossa doutrina e nossos tribunais, a fundação pública criada diretamente pela edição de lei específica, portanto com personalidade de direito público, é, na verdade, uma espécie de autarquia.

As fundações públicas com personalidade de direito público são, portanto, **espécie do gênero autarquia** (é comum a denominação “fundação autárquica” ou “autarquia fundacional”). Seu regime jurídico é idêntico ao das autarquias.

Dessa forma, atualmente admite-se a existência de duas espécies distintas de fundações públicas na Administração Indireta: fundações públicas com personalidade jurídica de direito público e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado. É comum as questões de concursos referirem-se a elas como “fundação pública de direito público” e “fundação pública de direito privado”.

Em resumo, após a EC 19/1998, passaram a coexistir na Administração Indireta fundações públicas com personalidade jurídica de direito público, instituídas diretamente por lei específica, e fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, instituídas pelo Poder Executivo, autorizado por lei específica.

Em qualquer caso, exige-se lei complementar para o estabelecimento das áreas em que poderão atuar as fundações públicas.

Voltando à nossa questão, vemos que foi feita uma certa confusão no enunciado. Não teríamos como errar, porque, como eu disse, “patrimônio personificado” é sinônimo de fundação.

O problema do enunciado é que ele se restringiu às fundações públicas com personalidade jurídica de direito público, mas afirmou que sua “criação depende de prévia autorização expressa por lei”. Como vimos acima, não é assim que se cria uma fundação pública com personalidade jurídica de direito público. E isso é

pacífico. Como as fundações públicas com personalidade jurídica de direito público são espécie de autarquia, elas são criadas diretamente pela lei específica. Para completar, é totalmente absurdo imaginar o registro no Registro Público de uma pessoa jurídica de direito público.

Mas, a única dúvida possível seria entre fundação pública e autarquia. Seja como for, também seria errado afirmar, para as autarquias, que sua “criação depende de prévia autorização expressa por lei”, porque elas **sempre** são criadas diretamente pela lei específica.

Quanto às outras alternativas: órgão nem tem personalidade; serviço social autônomo sequer integra a Administração Pública (falaremos neles mais tarde); empresa pública obrigatoriamente tem personalidade de direito privado.

Gabarito, letra “e”.

19 - (CESPE/Técnico Judiciário/TRT 6ª/2002) As fundações de direito público têm a mesma natureza das autarquias: desfrutam dos privilégios do processo especial de execução e possuem prazos dilatados em juízo e imunidade tributária relativa aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços.

## COMENTÁRIOS

Apresento esse item só para reforçar o que acabamos de ver. Notem que a questão usa o termo “fundações de direito público”, referindo-se às fundações públicas com personalidade jurídica de direito público.

O item é **verdadeiro** (V).

20 - (ESAF/Analista Comércio Exterior/2002) A recente reforma do Estado, empreendida pelo Governo Federal, introduziu diversas novas figuras na Administração Pública Federal. No rol abaixo, assinale aquela que pode ser conceituada como o resultado da qualificação que se atribui a uma autarquia ou fundação pública, cujo objetivo institucional seja uma atividade exclusiva de Estado, com o propósito de dotá-la de maior autonomia gerencial.

- a) agência reguladora
- b) organização social
- c) serviço social autônomo
- d) agência executiva
- e) organização da sociedade civil de interesse público

## COMENTÁRIOS

Não é muito comum encontrarmos uma questão falando sobre “agências executivas”. Essa figura não é uma entidade distinta das entidades da Administração Indireta. É somente uma qualificação atribuída a **autarquias** ou **fundações públicas** (nada é dito na lei sobre serem estas de direito público ou de direito privado; por isso, entendo que pode ser qualquer fundação pública).

Não há como confundir “agências executivas” com “agências reguladoras” principalmente porque estas últimas sempre são autarquias, pelo menos na esfera federal. Além disso, para as “agências executivas” sempre é exigida a celebração de um contrato de gestão e para as “agências reguladoras” a celebração de contrato de gestão só é exigida se a lei específica que a criou fizer essa exigência.

Voltando às agências executivas, essa qualificação está prevista na Lei 9.649/1998. Essa Lei autorizou o Poder Executivo a qualificar como **agência executiva** a autarquia ou a fundação pública que houvesse celebrado **contrato de gestão** com o respectivo ministério supervisor, para o fim de cumprir objetivos e metas com este acordados. Teoricamente, com a celebração do contrato de gestão, a autarquia ou a fundação pública, agora qualificada como agência executiva, terá assegurada, pelo Poder Executivo, maior autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos no contrato de gestão.

Em resumo, os requisitos estabelecidos na Lei 9.649/1998 para qualificação são:

- a) Possuir um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento.
- b) Haver celebrado **contrato de gestão** com o respectivo ministério supervisor. O contrato de gestão deverá ser celebrado com periodicidade mínima de um ano e estabelecerá os objetivos, metas e respectivos indicadores de desempenho da entidade, bem como os recursos necessários e os critérios e instrumentos para a avaliação do seu cumprimento.

Após a celebração do contrato de gestão, o reconhecimento como agência executiva é feito por **decreto**.

A única consequência jurídica direta, em termos práticos, decorrente da qualificação como agência executiva, que eu conheça, está no parágrafo único do art. 24 da Lei 8.666/1993. Esse parágrafo amplia os **limites** de valor de contratações até os quais a **licitação** é **dispensável**. Para a Administração em geral, é dispensável a licitação quando o valor do contrato é de até 10% do valor máximo admitido para a utilização da modalidade convite. **Para as agências executivas esse limite até o qual a licitação é dispensável é o dobro, ou seja, 20% do valor máximo admitido para a utilização da modalidade convite.**

**Observação:** como veremos ao estudarmos licitações, esse limite de 20% também é aplicável aos consórcios públicos (estudaremos “consórcios públicos” ao final desta unidade) e a todas as empresas públicas e sociedade de economia mista, por estarem incluídos na regra do mesmo parágrafo único do art. 24 da Lei

8.666/1993; nesse caso, porém, não há nenhuma relação com celebração de contratos de gestão.

O gabarito da questão, portanto, é letra “d”.

21 - (ESAF/Contador Recife/2003) As agências reguladoras criadas nos últimos anos na esfera federal assumiram a forma jurídica de:

- a) fundações públicas
- b) órgãos da administração direta
- c) empresas públicas
- d) sociedades de economia mista
- e) autarquias

### COMENTÁRIOS

Essa questão é singela, mas serve para uma rápida exposição acerca das denominadas agências reguladoras.

As agências reguladoras são autarquias instituídas sob regime especial. A doutrina conceitua as autarquias em regime especial como aquelas que receberam da lei instituidora privilégios específicos, a fim de aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns (que seguem o regime geral, previsto no DL 200/67).

São as seguintes as principais características das agências reguladoras:

- a) exercem função de regulação sobre determinado setor da atividade econômica, ou concernente a determinadas relações jurídicas decorrentes das atividades econômicas em geral;
- b) contam com instrumentos, previstos em lei, que asseguram sua relativa independência perante o Poder Executivo;
- c) possuem um amplo poder normativo no que concerne às áreas de sua competência; e
- d) submetem-se, como qualquer outra entidade integrante da Administração Pública, aos controles judicial e parlamentar.

Os mais importantes instrumentos assecuratórios da autonomia ampliada das agências reguladoras federais são:

- (1) a nomeação de seus dirigentes sujeita a aprovação prévia pelo Senado;
- (2) a nomeação de seus dirigentes para o exercício de mandatos fixos (somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar);
- (3) seus dirigentes sujeitam-se a “quarentena” quando deixam seus cargos;

(4) inexistência, como regra geral, de revisão hierárquica de seus atos (recurso hierárquico impróprio); e

(5) a celebração de contrato de gestão (somente algumas delas).

Quanto à nomeação dos dirigentes precedida de aprovação legislativa, o STF já se pronunciou sobre o tema e decidiu o seguinte (ADIMC 2.225):

a) desde que **prevista em lei**, é constitucional a exigência de prévia aprovação legislativa para a nomeação de dirigentes de autarquias e fundações públicas, tanto na esfera federal (aprovação pelo Senado), quanto para os estados, DF, e municípios (aprovação pelo respectivo Poder Legislativo); o fundamento, na esfera federal é o art. 52, III, “f”, da Constituição, e para os estados, DF, e municípios, o princípio da simetria com a Constituição Federal; repita-se, é necessário que essa exigência de aprovação legislativa prévia esteja prevista em lei do respectivo ente federado;

b) é **inconstitucional** a exigência de prévia aprovação legislativa para a **exoneração** de dirigentes de entidades da Administração Indireta pelo Chefe do Executivo (assim como é inconstitucional a previsão de que a exoneração decorra diretamente de ato do Poder Legislativo); o STF considera que previsão legal com esse teor é ofensiva ao princípio da separação entre os poderes (ADIMC 1.949);

c) O STF, em **medida cautelar** (ADIMC 2.225), decidiu que a exigência de aprovação legislativa prévia para nomeação de dirigentes de empresas públicas ou sociedades de economia mista é **inconstitucional**; fundamentou sua decisão no art. 173 da Constituição, o que nos levaria a concluir que só seria inconstitucional para as empresas públicas ou sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica; vejam entretanto, que isso não está expresso na decisão, portanto, para concurso, eu marcaria verdadeiro mesmo que a afirmação seja genérica, isto é, não especifique a atividade das EP e SEM.

Voltando a nossa questão, na esfera federal, até hoje, todas as agências reguladoras foram criadas como **autarquias** (em regime especial).

Gabarito, letra “e”.

22 – (ESAF/AFRF/2003) A Constituição Federal prevê a edição do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que explorem atividade econômica. No conteúdo da referida norma jurídica, conforme o texto constitucional, não está previsto dispor sobre:

a) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

b) constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários.

c) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

d) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

e) forma de distribuição de seus resultados, inclusive para os acionistas minoritários.

## COMENTÁRIOS

Essa questão permite estudarmos as empresas públicas (EP) e sociedades de economia mista (SEM).

As EP e SEM são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Indireta, que podem ter por objeto a prestação de serviços públicos **ou** a exploração de atividades econômicas.

Como já vimos, sua criação depende de lei específica autorizadora e é feita pelo Poder Executivo, que deve providenciar o registro de seus atos constitutivos no Registro Público competente.

A questão trata de uma importante distinção, quanto ao regime jurídico, entre EP e SEM exploradoras de atividades econômicas e EP e SEM prestadoras de serviços públicos.

As EP e SEM exploradoras de atividades econômicas têm seu regime jurídico mais geral delineado no art. 173 da Constituição. Esse artigo prevê a edição do estatuto jurídico das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas, ou seja, uma lei geral das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas. Essa lei, que nunca foi editada, será uma lei ordinária da União, aplicável a todos os entes da Federação. A doutrina costuma chamar esse tipo de norma de “lei nacional”, para diferenciar das leis da União que só se aplicam à União; reservam para estas a designação “lei federal”; para concursos, podemos tranquilamente usar a expressão “lei federal” para qualquer lei editada pelo Congresso Nacional, inclusive para as que a doutrina chama de “leis nacionais”.

O estatuto jurídico das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas deverá dispor sobre (art. 173, § 1º):

- I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Os dois incisos mais importantes, são, sem dúvida, o segundo, que determina expressamente que as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas devem sujeitar-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, e o terceiro, que prevê o estabelecimento de normas próprias de licitação para elas.



Observamos que a questão, infelizmente, foi de pura e simples “decoreba”. Em vez de tratar de alguma decorrência importante dos dispositivos do art. 173, simplesmente reproduziu, literalmente, nas alternativas “a”, “b”, “c”, “d”, quatro dos cinco incisos do § 1º desse artigo e, na alternativa “e”, inventou uma regra que não consta do texto constitucional.

O **gabarito**, portanto, é **letra “e”**, já que o enunciado pede a alternativa incorreta.

De qualquer forma, vou aproveitar para expor o que entendo relevante sobre as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas e as diferenças entre os regimes jurídicos delas e das EP e SEM prestadoras de serviços públicos

Um ponto importante é a **possibilidade de falência**. A doutrina administrativista, em peso, defendia a possibilidade de ser decretada a falência das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas. Diferentemente, era praticamente unânime o entendimento pela impossibilidade de falência das EP e SEM prestadoras de serviços públicos, em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Pois bem, a nova Lei de Falências (Lei 11.101/2005), no seu art. 2º, inciso I, sem fazer qualquer distinção, simplesmente afirma: “Esta Lei não se aplica a empresa pública e sociedade de economia mista”.

Claro que isso é muito estranho, tendo em vista que o art. 173, § 1º, como visto, sujeita as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas ao regime próprio das empresas privadas quanto aos **direitos e obrigações comerciais**.

Mas, para concurso, não importa que seja estranho. A menos que, no futuro, o STF se manifeste em contrário, **empresas públicas e sociedades de economia mista, qualquer que seja seu objeto, não estão sujeitas a falência**.

O segundo ponto é que, embora sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas continuam obrigadas à licitação, observados os princípios da Administração Pública.

O estatuto das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas não poderá suprimir a exigência de licitação, mas somente adotar modalidades e procedimentos de licitação mais ágeis, que permitam a sua competitividade com as empresas do setor privado, desde que observados os princípios da Administração Pública.

É importante vocês atentarem que, enquanto não for editado o estatuto das EP e SEM exploradoras de atividades econômicas, **todas as EP e SEM estão sujeitas ao regime de licitação previsto na Lei 8.666/1993**.

Uma diferença relevante diz respeito à responsabilidade civil. **As EP e SEM prestadoras de serviços públicos estão sujeitas à responsabilidade civil objetiva por atos de seus agentes lesivos a terceiros** (CF, art. 37, § 6º); o Estado responde subsidiariamente. Diferentemente, as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas **não estão sujeitas à responsabilidade civil objetiva**.

Outro ponto importante: as **EP e SEM exploradoras de atividades econômicas** não podem gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor

privado (CF, art. 173, § 2º). O fundamento dessa vedação é o princípio da livre concorrência, que é um princípio fundamental da ordem econômica (CF, art. 170, IV). Por outro lado, o STF decidiu que as EP prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado (o julgado envolvia a ECT) são abrangidas pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”, c/c art. 150, § 2º).

Outra diferença que pode aparecer em concursos é que, embora todas as EP e SEM estejam sujeitas ao **controle ordinário** de suas contas pelos Tribunais de Contas, o STF decidiu que as **EP e SEM exploradoras de atividades econômicas não estão sujeitas ao instituto da tomada de contas especial pelo TCU** (tratava-se de julgado envolvendo o Banco do Brasil, SEM econômica federal).

Ainda, vocês devem saber:

- 1) o pessoal de todas as EP e SEM é contratado pela CLT (são empregados públicos);
- 2) a contratação dos efetivos obrigatoriamente é precedida de concurso público (CF, art. 37, II);
- 3) estão sujeitos à vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicos, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas (CF, art. 17, XVI e XVII);
- 4) suas causas são julgadas pela Justiça do Trabalho;

Por último, estão sujeitas ao teto de remuneração do serviço público somente as EP e SEM, e suas subsidiárias, **que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral** (não se incluem nessa regra os investimentos); as que não recebam esses recursos não se sujeitam ao teto de remuneração.

Gabarito, letra “e”.

23 - (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) As sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas vinculam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, estando sujeitas à falência.

## COMENTÁRIOS

Trouxe esse item do CESPE para reforçar a novidade trazida pela Lei de Falências, porque acho bem provável isso aparecer nos próximos concursos.

Como eu disse, a doutrina quase toda afirmava que as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas podiam falir, por causa de sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Com a vigência da nova Lei de Falência, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, **empresas públicas e sociedades de economia mista, qualquer que seja seu objeto, não estão sujeitas a falência.**

Portanto, o gabarito desse item, que foi de uma questão de 2003, foi “verdadeiro” (V), mas, **hoje, o gabarito desse item seria “falso”, (F).**

24 - (ESAF/AFC/STN/2000) Como entidades da Administração Pública Federal Indireta, as autarquias e empresas públicas podem ter em comum, por lhes serem iguais,

- a) a sua natureza jurídica.
- b) a imunidade fiscal.
- c) o foro da Justiça Federal.
- d) o regime jurídico dos seus servidores.
- e) o fato de constituírem um serviço público essencial personificado.

## COMENTÁRIOS

Utilizo essa questão para tratarmos das diferenças formais entre as EP e as SEM. Vimos, na questão anterior, que elas submetem-se a algumas regras comuns a todas e a algumas regras diferenciadas em função de seu objeto (econômicas e exploradoras de serviços públicos). Mas em todas essas regras, tratamos das EP e SEM conjuntamente, isto é, sem distinguir EP de SEM.

O que acontece é que só existem mesmo três diferenças entre EP e SEM, e as três diferenças são formais, quer dizer, não têm nada a ver com o objeto, com a atividade. Essas diferenças são:

### a) **A forma jurídica.**

As SEM devem ter a forma de Sociedade Anônima (S.A.); portanto, são reguladas, basicamente, pela Lei das S.A. (Lei 6.404/1976).

As empresas públicas podem assumir qualquer forma admitida em Direito (Ltda., S.A., ou qualquer outra).

### b) **A composição do capital social.**

O capital das SEM deve obrigatoriamente pertencer ao Estado e a particulares (economia mista significa justamente capital público e capital privado). A maioria das ações com direito de voto (ações ordinárias) devem pertencer à entidade instituidora da SEM (se for federal, à União; se for estadual, ao estado; se for municipal, ao município; se for distrital, ao DF). Diz-se que o controle acionário deve ser do poder público.

O capital das EP é integralmente público, isto é, oriundo de pessoas integrantes da Administração Pública. A EP pode ser unipessoal (100% do capital pertencente à pessoa política instituidora) ou pluripessoal (nesse caso, o controle societário

deve ser da pessoa política instituidora e o restante do capital pode estar nas mãos de quaisquer outras entidades da Administração Indireta de qualquer esfera da Federação, ou mesmo de outras pessoas políticas).

c) **O foro processual (somente para as entidades federais).**

Essa é uma diferença que só existe entre as EP **federais** e as SEM **federais**.

As EP federais têm suas causas, exceto as, trabalhistas, de acidente de trabalho, de falência e eleitorais, julgadas pela **Justiça Federal** (CF, art. 109, I).

As SEM federais têm suas causas julgadas pela **Justiça Estadual**.

Para as EP e SEM estaduais e municipais não há diferença de foro; todas estão sujeitas à Justiça Estadual.

Essa terceira diferença, o foro processual, é muito cobrada em concursos. É ela, aliás, que resolve nossa questão.

As autarquias e as EP federais podem ter em comum o foro da Justiça Federal. O gabarito é letra “c”.

A letra “a” está errada porque autarquias são pessoas jurídicas de direito público e empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado.

A letra “b” está errada porque empresas públicas não têm imunidade. Aqui há o problema do julgado do STF que reconheceu imunidade à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (uma empresa pública federal). Mas vejamos, a regra continua sendo EP não ter imunidade. O julgado do STF foi específico para a ECT; o máximo que podemos fazer é estendê-lo às EP prestadoras de serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado, ou seja aqueles que teoricamente não podem ser delegados. Não podemos generalizar e sair dizendo que as EP têm imunidade tributária!

A letra “d” é mais problemática. Os empregados das EP sempre são celetistas e os empregados das autarquias, em tese, podem ser estatutários ou celetistas. Portanto, as EP e as autarquias **podem** ter em comum o regime de seu pessoal. Apesar disso, a ESAF desconsiderou essa hipótese, apresentou como gabarito a letra “c” e não anulou a questão. Como a parte final do enunciado é “por lhes serem iguais”, minha opinião é que é aceitável dizer que a letra “d” está mesmo errada, porque o regime de pessoal não é igual. Além de EP não poder ter agentes efetivos estatutários, mesmo que uma autarquia federal contrate empregados públicos eles serão regidos pela CLT **e também** pela Lei 9.962/2000, e não só pela CLT, como acontece com os empregados das EP. Portanto, forçando um pouquinho, penso que podemos aceitar a letra “d” como errada.

A letra “e” reproduz o conceito tradicional de autarquia. As EP nunca são definidas assim. Além disso, as EP podem explorar atividades econômicas e mesmo as prestadoras de serviços públicos não obrigatoriamente prestam “serviços essenciais”.

Gabarito, letra “c”.

25 – (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) Caso um banco estadual, organizado na forma de sociedade de economia mista, tenha o seu controle societário transferido para a União, a competência para apreciar ações judiciais contra o banco será alterada, passando da justiça comum estadual para a justiça federal em razão da presença da União como parte ou interessada.

## COMENTÁRIOS

O item tenta confundir o candidato. Primeiro porque cria uma hipótese em que uma SEM estadual aparentemente passaria a ser uma SEM federal (na minha opinião seria necessária uma lei autorizando que isso acontecesse, mas a questão não tocou nesse ponto). Segundo porque diz que a União seria interessada nas causas, o que justificaria o foro da Justiça Federal.

Vejam a redação do art. 109, inciso I, da Constituição:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;”

Vejam bem, se o simples fato de a União deter o controle societário de uma entidade atraísse o foro da Justiça Federal, as causas que envolvessem SEM federais sempre seriam julgadas pela Justiça Federal. Portanto, o simples fato de a União ser acionária de uma entidade, mesmo que detenha o controle societário, como ocorre com as SEM federais, não enseja a incidência do art. 109, I, da Constituição, ou seja, não atrai o foro da Justiça Federal.

O item está errado.

26 - (CESPE/ Agente PF/2000) As empresas públicas e as sociedades de economia mista

1. respondem objetivamente pelos atos praticados por seus agentes independentemente de prestarem serviços públicos ou de explorarem atividades econômicas.
2. que explorem atividades econômicas estão obrigadas a realizar concurso público para a contratação de seus empregados.
3. somente poderão ser instituídas após a edição de lei específica.
4. vinculadas à administração pública federal possuem foro privilegiado na justiça federal.
5. deverão ser registradas em cartórios de pessoas jurídicas ou em juntas comerciais para poderem adquirir personalidade jurídica.

## COMENTÁRIOS

**Item 1** – Somente as EP e SEM prestadoras de serviços públicos têm responsabilidade civil objetiva (enquadram-se no art. 37, § 6º da Constituição); às EP e SEM econômicas não se aplica o art. 37, § 6º da Constituição. O item está errado.

**Item 2** – Esse item fala somente nas EP e SEM econômicas com o objetivo de deixar o candidato inseguro. O natural é o candidato pensar: por que será que ele falou só das econômicas? Será que existe alguma ressalva para elas quanto à exigência de contratação mediante concurso? A resposta é **não**! A exigência de concurso vale para toda a Administração Pública. O item está correto.

**Item 3** – Vejam que o item não fala que a criação de EP e SEM é feita por lei específica. Diz que é necessária uma lei específica prévia. Isso está correto. Lembrem que o art. 37, XIX, exige autorização em lei específica para a criação de EP, SEM (e também para as FP). A entidade, entretanto, só nasce, só adquire personalidade jurídica, com o registro de seus atos constitutivos no Registro Público. Item correto.

**Item 4** – Novamente a questão da Justiça Federal. Como vimos, só as EP federais têm foro na Justiça Federal; as SEM têm foro na Justiça Estadual. O item está errado.

**Item 5** – Esse item está absolutamente correto. As EP e SEM só nascem com o registro, obviamente depois de ter sido autorizada a sua criação por meio de lei específica, nos termos do inciso XIX do art. 37 da Constituição. Item certo.

27 - (ESAF/PROCURADOR FORTALEZA/2002) Em relação à organização administrativa da União Federal, assinale a opção verdadeira.

- a) O contrato de gestão só pode ser celebrado entre a União Federal e as suas empresas estatais.
- b) É possível, na esfera federal, uma empresa pública ser organizada sob a forma de sociedade anônima, sendo a União Federal a sua única proprietária.
- c) As fundações públicas de direito público não podem exercer poder de polícia administrativa.
- d) As agências reguladoras representam uma nova categoria jurídica no âmbito da Administração Indireta, distintas de autarquias e fundações.
- e) As entidades do denominado Sistema S, inclusive o Sebrae, integram o rol da Administração Pública Indireta.

## COMENTÁRIOS

Por algum motivo que eu desconheço, é muito freqüente a ESAF e o CESPE aparecerem com a afirmação da alternativa “b”, perguntando se está certa ou errada.

Lembrem que a SEM só podem ser criadas sob a forma de sociedade anônima. As EP podem ser criadas sob qualquer forma admitida em Direito, o que inclui, obviamente, a forma de sociedade anônima! Além disso, as EP sempre podem ser unipessoais ou pluripessoais. Portanto, é claro que se uma EP for criada sob a forma de sociedade anônima ela poderá ter 100% de seu capital, nesse caso, de suas ações, nas mãos da pessoa política instituidora. Esqueçam as vedações à existência de um único acionista ou outras quaisquer constantes da Lei 6.404/1976. **Elas não se aplicam às empresas públicas.**

O gabarito dessa questão é letra “b”.

A letra “a” fala sobre contrato de gestão, que será o tema da próxima questão.

A letra “c” trata de um assunto um pouco polêmico. A doutrina diverge sobre a possibilidade de ser exercido poder de polícia administrativa por pessoas jurídicas de direito privado. Minha opinião é que, em princípio, para concursos da ESAF e do CESPE, devemos adotar a posição conservadora, segundo a qual poder de polícia só pode ser exercido por pessoas jurídicas de direito público.

Portanto, na questão, o que está afirmado na alternativa “c” não é polêmico. Como ela trata somente do exercício de poder de polícia administrativa pelas **fundações públicas de direito público** (ou seja, pessoas jurídicas de direito público), é pacífico que não há vedação. A afirmação, portanto, está errada.

Quanto à letra “d”, já vimos que, pelo menos na esfera federal, todas as agências reguladoras são autarquias. Além disso, em qualquer caso, elas não poderiam de forma nenhuma ser uma entidade diferente das que a Constituição prevê como integrantes da Administração Indireta.

A afirmação da alternativa “e” também aparece com alguma frequência. Já vimos que o Brasil adota o conceito formal de Administração Pública. Por isso, independentemente da atividade, são integram a Administração Pública os órgãos e entidades que o nosso ordenamento jurídico definem como Administração Pública. Nenhuma outra entidade.

Os denominados serviços sociais autônomos (que são apelidados Sistema S) – SECS, SESI, SENAI etc. – fazem parte daquilo que a doutrina chama de **terceiro setor**. Normalmente são considerados integrantes do terceiro setor, além dos serviços sociais autônomos, as organizações sociais (OS) e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCI), que estudaremos adiante. Todos têm como característica serem pessoas privadas, sem fins lucrativos, **não integrantes da Administração Pública**, que exercem atividades de utilidade pública ou interesse coletivo não exclusivas de Estado. A letra “e”, portanto, está errada.

Gabarito, letra “b”.

28 – (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) A Constituição Federal estabeleceu a possibilidade de se firmar um contrato de gestão entre organismos da Administração Pública para concessão de autonomia gerencial, orçamentária e

financeira a órgãos e entidades. A norma constitucional prevê uma lei para reger o assunto. Não está prevista para esta lei dispor sobre o seguinte:

- a) prazo de duração do contrato.
- b) critérios de avaliação de desempenho.
- c) remuneração de pessoal.
- d) formas de contratação de obras, compras e serviços.
- e) responsabilidade dos dirigentes.

## **COMENTÁRIOS**

Essa questão possibilita estudarmos o assunto “contratos de gestão”.

Não existe uma definição legal de contrato de gestão.

Em linhas mais gerais, contrato de gestão é um ajuste que tem como objetivo o cumprimento de uma espécie de programa. Todo contrato de gestão estabelece:

- a) metas a serem atingidas;
- b) prazo para atingimento;
- c) critérios objetivos de avaliação de desempenho, para verificação do atingimento, ou não, das metas.

Além disso, dispõem sobre remuneração de pessoal ou diretores, assim como sobre a responsabilidade destes.

Há duas espécies de contratos de gestão no Brasil. O que muda são as partes contratantes e a contrapartida. São elas:

### **1ª Espécie:**

O contrato de gestão com previsão constitucional.

É celebrado no âmbito da Administração Pública e está previsto no art. 37, § 8º, da Constituição. É o mais cobrado em concursos públicos.

Seu fundamento é o princípio da eficiência. A idéia central é reduzir os controles de atividades-meio e concentrar os controles nas atividades-fim (verificação do atingimento das metas, estabelecidas tendo em vista os fins do órgão ou entidade).

É a seguinte a redação do dispositivo constitucional:

CF, art. 37, § 8º “A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I - o prazo de duração do contrato;



II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal."

Como se vê, o ajuste é firmado entre a Administração Direta Centralizada e **administradores de** entidades da Administração Indireta, ou de órgãos da própria Administração Direta.

A contrapartida é a ampliação da liberdade de atuação administrativa do órgão ou entidade (ampliação da "autonomia gerencial, orçamentária e financeira").

Como já vimos, essa espécie de contrato de gestão, quando celebrado com autarquias e fundações públicas possibilita que elas recebam a qualificação de agências executivas.

## **2ª Espécie:**

O contrato de gestão previsto na Lei 9.637/1998.

Trata-se de um contrato de gestão celebrado entre a Administração e uma espécie de entidade privada, não integrante da Administração Pública. Essas pessoas privadas, que são as **únicas** pessoas fora da Administração que celebram contratos de gestão com a Administração Pública, são as denominadas **organizações sociais**.

Vimos que o contrato de gestão celebrado no âmbito da Administração, aquele previsto no art. 37, § 8º da Constituição, tem como contrapartida a ampliação da autonomia do órgão ou entidade que se compromete a atingir as metas estabelecidas no contrato de gestão.

Pois bem, diferentemente, esse contrato de gestão celebrado com as organizações sociais, acaba resultando em sensível redução da autonomia da (OS). Por outro lado, a OS receberá como contrapartida **recursos públicos**. Mais especificamente, a contrapartida das OS traduz-se principalmente em:

- a) dotações orçamentárias próprias;
- b) permissão gratuita de uso de bens públicos;
- c) cessão de servidores com ônus para a origem (ônus para a Administração cedente);
- d) dispensa de licitação quando a Administração contrata serviços contemplados no contrato de gestão (Lei 8.666/1993, art. 24, XXIV).

Logicamente, a OS fica sujeita a controle não só relativo a atingimento de metas, mas também aos controles decorrentes do recebimento e utilização de recursos públicos, como o exercido pelo TCU.

Quanto a contratos de gestão é só isso mesmo. Atenção para o fato de que nenhuma outra pessoa privada (isto é, não integrante da Administração) além das OS celebra contrato de gestão com a Administração Pública.

Voltando a questão, vemos que ela trata somente do contrato de gestão previsto no art. 37, § 8º, da Constituição. Além disso, é uma questão literal, que exigia pura “decoreba” dos incisos do § 8º do art. 37.

As alternativas “a”, “b”, “c” e “e” praticamente reproduzem os incisos citados.

O gabarito é letra “d”. A Constituição **não** prevê que a lei sobre os contratos de gestão do art. 37, § 8º, disponha sobre “formas de contratação de obras, compras e serviços”.

29 - (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) A autonomia gerencial, orçamentária e financeira das entidades da administração indireta poderá ser ampliada mediante contrato que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para a entidade, cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, os direitos, as obrigações e as responsabilidades dos dirigentes e a remuneração do pessoal. Os órgãos da administração direta, por sua vez, estão impedidos de fazer semelhante pactuação em razão de não terem personalidade jurídica própria.

## COMENTÁRIOS

Questões ou itens com conteúdo praticamente iguais ao deste são bastante comuns. Minha opinião é que isso já apareceu tantas vezes que é improvável que continue aparecendo.

O ponto tratado é simples. A doutrina costuma criticar a previsão de que contratos de gestão sejam celebrados por órgãos. Afinal, os órgãos não têm personalidade jurídica (não podem ser sujeitos de direitos e obrigações) e fazem parte da própria pessoa com quem estão contratando. No fundo, é uma pessoa contratando algo com ela mesma, o que, convenhamos, realmente é difícil de aceitar.

Provavelmente por isso o texto constitucional diz que o contrato será celebrado com o **administrador** do órgão. Mas é claro que isso não resolve o problema, porque é evidente que o administrador atua em nome do órgão (lembrem da teoria da imputação: o órgão atua por meio de seus agentes e sua atuação é imputada à pessoa jurídica a quem ele pertence).

Seja como for, o certo é que órgãos podem celebrar contratos de gestão, porque isso está no § 8º do art. 37 da Constituição. E tanto faz, em uma questão, ser afirmado que é o órgão ou que é o administrador do órgão que celebra o contrato de gestão.

O item, portanto, está errado (E).

30 - (ESAF/PFN/2003) Tratando-se de Administração Pública Descentralizada ou Indireta, assinale a afirmativa falsa.

a) A qualificação como agência executiva pode recair tanto sobre entidade autárquica quanto fundacional, integrante da Administração Pública.

- b) Conforme a norma constitucional, a empresa pública exploradora de atividade econômica terá um tratamento diferenciado quanto às regras de licitação.
- c) Admite-se, na esfera federal, uma empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, com um único sócio.
- d) Pode se instituir uma agência reguladora cujo objeto de fiscalização ou regulação não seja uma atividade considerada como de serviço público.
- e) As entidades qualificadas como Organizações Sociais, pela União Federal, passam a integrar, para efeitos de supervisão, a Administração Pública Descentralizada.

## COMENTÁRIOS

Com essa questão vou tratar do assunto “organizações sociais”. Até hoje nunca vi uma questão de concurso aprofundada sobre organizações sociais. Por isso, veremos só as linhas gerais.

Antes, analisemos cada alternativa (a questão pede a falsa).

### Alternativa “a”

Já vimos que a qualificação de “agência executiva” pode ser atribuída a autarquia ou fundação pública que celebre contrato de gestão com a Administração Direta. A alternativa está correta.

### Alternativa “b”

A regra a que se refere a assertiva está no art. 173, § 1º, inciso III, e é aplicável às EP e SEM econômicas, conforme já estudamos. A alternativa está correta.

### Alternativa “c”

Já vimos afirmativa praticamente idêntica a esta na questão 27. A alternativa está correta.

### Alternativa “d”

Essa alternativa não tem muito sentido. Não existe uma “lei geral das agências reguladoras”, nem norma constitucional que estabeleça as áreas em que elas poderiam atuar. Como não existe nenhuma regra desse tipo, simplesmente as agências reguladoras podem atuar em qualquer área, regulando qualquer setor da economia, qualquer serviço público ou mesmo um conjunto de serviços ou de áreas ou relações econômicas.

Basta vocês compararem a ANP (Agência Nacional de Petróleo), que regula setor econômico, com a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), que regula serviço público.

A alternativa está correta.

### Alternativa “e”

Só sobrou essa como gabarito.

Como já falei algumas vezes, o fato de o Brasil adotar o critério formal de Administração Pública torna as coisas fáceis para nós. Só é Administração o que o ordenamento diz que é. E o ordenamento só considera Administração a Administração Direta e a Indireta, sendo esta última composta exclusivamente por autarquias, FP, EP e SEM.

Claro que a alternativa tentou deixar o candidato inseguro, com essa história de “integrar, **para efeitos de supervisão**, a Administração Pública Descentralizada”. Nem para efeito de supervisão, nem para nenhum outro! As OS não são Administração Pública e ponto final!

A alternativa está errada. A letra “e” é o gabarito.

Aproveito para estudarmos aquilo que considero relevante sobre as OS.

Maria Sylvia Di Pietro assim define as organizações sociais: “são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de contrato de gestão”.

A Lei 9.637/1998 afirma que o Poder Executivo poderá qualificar como **organizações sociais** pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

As OS não são delegatárias de serviço público, ou seja, não exercem atividades públicas de titularidade exclusiva do Estado, mas atividades privadas, em seu próprio nome, com incentivo (fomento) do Estado.

Como vimos, as OS são as únicas entidades privadas que celebram contrato de gestão com a Administração. O **contrato de gestão é condição imprescindível para a qualificação como OS**.

São quatro, portanto, as condições básicas para qualificação como OS:

- 1) ter personalidade jurídica de direito privado;
- 2) não ter finalidade lucrativa;
- 3) atuar nas atividades de ensino, cultura, saúde, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico e preservação do meio ambiente;
- 4) celebrar contrato de gestão com o Poder Público.

Nos termos da Lei 9.637/1998, na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e, também, os seguintes preceitos:

- 1) obrigações da organização social: especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução;

- 2) previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- 3) limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções;
- 4) os Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade devem definir as demais cláusulas dos contratos de gestão de que sejam signatários.

Os principais instrumentos de fomento às OS são:

- 1) destinação de recursos orçamentários;
- 2) permissão gratuita de uso de bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão, **dispensada licitação**, devendo constar de cláusula expressa do contrato de gestão;
- 3) cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para o órgão de origem do servidor cedido.

Além disso, o art. 24, inciso XXIV da Lei 8.666/1993 arrola como hipótese de licitação dispensável a “celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”. Isso significa que **a Administração Pública, ao contratar serviços a serem prestados pelas organizações sociais, está dispensada de realizar licitação**, desde que aquele serviço esteja previsto no contrato de gestão celebrado pela organização social.

As organizações sociais integram o denominado **terceiro setor**. Isso significa que elas **não integram a Administração Pública**.

Por isso, não estão sujeitas à exigência de contratação mediante concurso público, às regras de vedação à acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, ao teto constitucional de remuneração, nem à exigência de contratar mediante licitação.

Este último ponto merece ênfase. As organizações sociais recebem recursos públicos. Por isso, embora não estejam sujeitas à Lei 8.666/1993 (lei geral de licitações e contratos administrativos), elas têm que possuir regras próprias de contratação com utilização de recursos públicos, por elas mesmas estabelecidas, mas que atendam aos princípios gerais da licitação. Essencialmente esses princípios são a competitividade, a isonomia e a seleção da proposta mais vantajosa.

Essa exigência de estabelecimento de normas próprias de contratação orientadas pelos princípios da licitação, aplicáveis aos contratos que envolvam recursos públicos, existe para todos os integrantes do terceiro setor: (1) organizações sociais; (2) OSCIP; e (3) serviços sociais autônomos (no caso dos serviços sociais autônomos, existe “jurisprudência” do TCU expressamente determinando a observância dos princípios da licitação).

Além disso, como as OS recebem recursos públicos, estão sujeitas a controle pelo TCU.

O Poder Executivo poderá proceder à **desqualificação** da entidade como organização social, quando constatado o descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão.

A desqualificação será precedida de processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa, respondendo os dirigentes da organização social, individual e solidariamente, pelos danos ou prejuízos decorrentes de sua ação ou omissão.

A desqualificação implicará a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues à utilização da organização social, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Gabarito, letra “e”.

31 – (ESAF/AFC/STN/2005) Tratando-se da Administração Pública brasileira, assinale a afirmativa falsa.

- a) É possível a constituição de uma empresa pública federal, regida pelo direito privado, tendo a União Federal a totalidade de seu capital social.
- b) Em virtude da Emenda Constitucional nº 32/2001, introduziu-se a figura do decreto autônomo na organização administrativa brasileira.
- c) As organizações sociais, uma vez celebrado o respectivo contrato de gestão com o órgão supervisor, passam a integrar a administração descentralizada.
- d) As agências reguladoras têm natureza autárquica, sob o regime jurídico-administrativo.
- e) As fundações públicas de direito público, de natureza autárquica, não se submetem aos órgãos de controle fundacional do Ministério Público.

## COMENTÁRIOS

Essa recente questão da ESAF acaba repetindo, no gabarito, a mesma afirmação da questão anterior.

Vamos direto ao gabarito, depois eu comentarei as outras alternativas.

A questão pede a alternativa falsa. Logo, o gabarito é letra “c”. Não existe nenhuma dúvida de que as OS não integram a Administração Pública. Vejam como as questão quase sempre abordam os mesmos pontos!

Tratemos das outras alternativas:

### Alternativa “a”

Essa afirmação é outra que já vimos diversas vezes. As EP, sejam as econômicas sejam as prestadoras de serviços públicos, podem adquirir qualquer forma

admitida em Direito e sempre podem ter a totalidade de seu capital social nas mãos da pessoa política instituidora.

#### **Alternativa “b”**

Veremos esse assunto quando estudarmos o poder regulamentar.

A regra, no Brasil, é a expedição de decretos ser feita somente para regulamentar as leis, ou seja, como regra, para a expedição de um decreto é necessária a existência de uma lei prévia, e o conteúdo do decreto não pode contrariar, nem mesmo ir além do que consta da lei. Diz-se que esse tipo de decreto, chamado decreto regulamentar, não inova o Direito, não cria, modifica ou extingue direitos e obrigações.

Um decreto autônomo é um decreto que não depende de lei alguma, que decorre diretamente da Constituição. Portanto, ele não regulamenta alguma lei. Ele próprio inova o Direito.

Com a promulgação da Constituição de 1988, até antes da EC 32/2001, estava pacificada a inexistência de decretos autônomos no Brasil. Com a EC 32/2001, foram criadas duas **únicas hipóteses** de decreto autônomo, previstas no inciso VI do art. 84. Transcrevo-o abaixo:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; “

A alternativa “b”, portanto, é verdadeira.

#### **Alternativa “d”**

Já vimos que, pelo menos na esfera federal, todas as agências reguladoras são autarquias. Dizer que uma autarquia sujeita-se a “regime jurídico-administrativo” é redundante.

Podemos afirmar, tranquilamente, que, na Administração Pública, as únicas entidades que não estão integralmente sob regime administrativo, ou seja, que são regidas predominantemente pelo Direito Privado, são as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas.

Alternativa correta.

#### **Alternativa “e”**

Não é comum os livros de Administrativo tratarem desse assunto.

O Código Civil, no seu artigo 66, tratando das **fundações privadas** (não integrantes da Administração; vejam que não estou falando de fundações públicas com personalidade de direito privado, mas sim de fundações privadas, instituídas

por particulares, como “Fundação Roberto Marinho”, “Fundação Ayrton Senna” etc.), estabelece:

“Art. 66. Velará pelas fundações o Ministério Público do Estado onde situadas.

§ 1º Se funcionarem no Distrito Federal, ou em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.”

O controle sobre as atividades das fundações públicas, independentemente de sua natureza jurídica, não é realizado pelo Ministério Público, mas sim pela Administração Direta, mediante o chamado controle finalístico.

Seja como for, a alternativa, talvez para evitar alguma polêmica, só fala nas fundações públicas com personalidade jurídica de direito público, e ainda explicita que elas têm natureza autárquica. Não há absolutamente nenhuma dúvida de que a essas fundações não se aplica, em nenhuma hipótese, o art. 66 do Código Civil.

Alternativa verdadeira.

O gabarito da questão, portanto, é letra “c”.

32 - (ESAF/AFRF/2003) Não há previsão legal para a celebração de contrato de gestão entre a pessoa jurídica de direito público política e a seguinte espécie:

- a) órgão público
- b) organização social
- c) agência executiva
- d) organização da sociedade civil de interesse público
- e) sociedade de economia mista

## COMENTÁRIOS

Com essa questão estudaremos as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Maria Sylvia Di Pietro define as OSCIP como “pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, com incentivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de termo de parceria”.

As OSCIP integram o **terceiro setor**. Não integram a Administração Pública. Trata-se de um regime de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, instituído e disciplinado pela Lei 9.790/1999.

Essa lei define entidade sem fins lucrativos, para efeito de qualificação como OSCIP a entidade que “não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes



operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

Além dessa exigência, a Lei 9.790/1999 traz uma lista enorme de pessoas que não podem ser OSCIP. Eu **não** recomendo que vocês tentem decorar a lista. Sinto-me, entretanto, no dever de reproduzi-la, mais como informação complementar do que algo que deva ser bem sabido.

Não podem ser OSCIP:

- Pessoas que não podem ser OSCIP:
  - a) as sociedades comerciais, sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional;
  - b) as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
  - c) as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
  - d) as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
  - e) as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
  - f) as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
  - g) as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;
  - h) as organizações sociais;
  - i) as cooperativas;
  - j) as fundações públicas;
  - l) as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
  - m) as organizações creditícias que tenham quaisquer tipos de vinculação com o Sistema Financeiro Nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

A lista de atividades que podem ser desenvolvidas pelas OSCIP também é muito grande. Não decorem, mas leiam com atenção, de preferência mais de uma vez:

- a) assistência social;
- b) promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- c) promoção gratuita da educação ou da saúde;
- d) promoção da segurança alimentar e nutricional;
- e) defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

- f) promoção do voluntariado;
- g) promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
- h) experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
- i) promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
- j) promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
- l) estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos.

Agora vem o **ponto mais importante para concursos**. O vínculo entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público é estabelecido mediante a celebração de **termo de parceria**.

Portanto, repito: as OSCIP **nunca celebram contrato de gestão**; o instrumento de fomento das OSCIP é chamado **termo de parceria**. Essa é a principal distinção entre OS e OSCIP, para efeito de concursos públicos. OS celebra contrato de gestão e OSCIP celebra termo de parceria.

No termo de parceria devem estar previstos, de modo detalhado, os direitos e as obrigações dos pactuantes, tais como o objeto do ajuste, as metas a serem alcançadas, os prazos de execução, os critérios de avaliação de desempenho, a previsão de receitas e despesas, a obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, acompanhado da prestação de contas, regras de contratação quando o contrato envolver recursos públicos etc.

As OSCIP estão sujeitas a controle pelo TCU, relativamente à utilização dos recursos públicos que receba.

A entidade que deixar de preencher, posteriormente, os requisitos exigidos na Lei 9.790/1999 sofrerá a perda da qualificação como OSCIP, exigido para isso processo administrativo prévio, instaurado a pedido do Ministério Público ou de qualquer cidadão, em que se lhe assegure contraditório e ampla defesa.

O gabarito da questão, portanto, é **letra “d”**.

33 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) A administração pública brasileira, tomada em acepção subjetiva, de acordo com a letra do Decreto-lei nº 200/67, não engloba os serviços sociais autônomos.

## COMENTÁRIOS

Os serviços sociais autônomos são a terceira espécie das entidades comumente apontadas como integrantes do **terceiro setor** (mas são muito mais antigos do que as OS e OSCIP).

Vimos várias vezes que o Brasil adota o critério formal de definição de Administração Pública (sinônimo de acepção subjetiva ou orgânica). O DL 200/67 foi o primeiro instrumento normativo em nosso País que estabeleceu a definição e os integrantes da Administração Pública, explicitando a adoção do critério formal. O DL 200/67 só é aplicável à Administração federal, mas os integrantes da Administração são os mesmos em todas as esferas, porque essa estruturação dada pelo DL 200/67 foi encampada pela Constituição de 1988.

O item é fácil. Os serviços sociais autônomos **não integram a Administração Pública**.

Aproveitemos para falar um pouco sobre os serviços sociais autônomos.

Os serviços sociais autônomos (SESI, SENAI, SESC etc.) são criados por lei.

Têm por objeto uma atividade social, não lucrativa, normalmente direcionada para a prestação de um serviço de utilidade pública, beneficiando certo grupo social ou profissional

São mantidos por recursos oriundos de contribuições sociais recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes definidos em lei, bem como mediante dotações orçamentárias do Poder Público.

Pelo fato de utilizarem verbas decorrentes de contribuições sociais (recursos públicos), estão sujeitos ao controle pelo TCU.

O Tribunal de Contas da União decidiu que os serviços sociais autônomos não se subordinam à Lei de Licitações (Lei 8.666/1993). Mas devem elaborar e publicar regulamentos próprios, definindo as regras relativas aos contratos que venham a ser celebrados, observados os princípios da licitação (TCU, Decisão Plenária nº 907, de 1997).

O item é certo (V).

34 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Os serviços sociais autônomos, embora não integrem a administração indireta, estão sujeitos aos princípios da licitação.

## COMENTÁRIOS

Trouxe esse item só para reforçar o que acabamos de ver.

Vejam que uma leitura desavisada faria o candidato errar. O enunciado não diz que os serviços sociais autônomos estão sujeitos à Lei de Licitações. Diz apenas que eles estão sujeitos aos princípios da licitação (que devem ser observados nos regulamentos próprios que eles mesmos elaborarão, disciplinando suas contratações).

O item, portanto, é **certo** (C).

Com isso, nós terminamos nossa primeira unidade, a organização administrativa brasileira, sem dúvida um dos assuntos mais importantes, se não o mais, em qualquer prova de Administrativo.

Na verdade, nós terminamos a análise de questões e itens sobre esse assunto. Mas há, ainda, um assunto, que, por ser muito recente, nunca apareceu em concursos. Quero rapidamente vê-lo com vocês.

Trata-se dos denominados **consórcios públicos**, disciplinados na Lei nº 11.107/2005.

Prestem atenção no edital do concurso que vocês realizarão. Se não constar consórcios públicos em lugar nenhum, não estudem esse assunto. Mas, se constar, acredito que com as noções abaixo vocês terão condições de acertar o que eventualmente seja cobrado sobre o tema.

## CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A Lei nº 11.107, de 06.04.2005, introduziu em nosso ordenamento uma pessoa jurídica denominada **consórcio público**. Os consórcios públicos, como veremos, poderão ser constituídos como pessoas jurídicas de direito privado ou como pessoas jurídicas de direito público; neste último caso a Lei explicitamente afirma integrarem eles a Administração Pública Indireta. Para tratarmos dessa nova figura, é necessário expor a base constitucional e os principais pontos da Lei nº 11.107/2005.

O art. 241 da Constituição, com redação inteiramente dada pela EC nº 19/1998, estabelece que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

Percebe-se que o preceito reproduzido atribui a cada ente federado a competência para disciplinar, por meio de lei própria, os **consórcios públicos**, os **convênios de cooperação** e a **gestão associada de serviços públicos**.

Entretanto, a Lei nº 11.107/2005 é uma lei de normas gerais, ou seja, aplica-se a todos os entes da Federação; seu art. 1º, *caput*, informa que ela “dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências”.

Com o intuito de compatibilizar com a Constituição essa edição, pela União, de normas gerais sobre consórcios públicos, a Lei nº 11.107/2005 atribuiu a eles natureza **contratual**. Assim, a competência da União estaria sendo exercida com base no art. 22, inciso XXVII, não no art. 241 da Constituição.

Os consórcios públicos são celebrados entre entes federados de mesma espécie ou não. Não haverá, entretanto, consórcio público constituído unicamente pela União e municípios. Isso porque o art. 1º, § 2º, da Lei estatui que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados”. Também não pode haver consórcio público celebrado entre um estado e município

de outro estado (razão de veto dos incisos III e V do § 1º do art. 4º). Podem ser celebrados, entretanto, consórcios públicos entre o Distrito Federal e municípios (art. 4º, § 1º, inciso IV).

O consórcio público será constituído por **contrato**, cuja celebração dependerá da prévia subscrição de **protocolo de intenções**. Conquanto a Lei nº 11.107/2005 atribua aos consórcios públicos natureza contratual, determina que “o contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, **mediante lei**, do protocolo de intenções” (art. 5º). Essa ratificação só é dispensada se o ente da Federação, antes de subscrever o protocolo de intenções, disciplinar **por lei** a sua participação no consórcio público (art. 5º, § 4º). Como se vê, em nenhuma hipótese um consórcio público poderá ser criado sem participação do Poder Legislativo de cada um dos entes federados consorciados. A alteração ou a **extinção** de contrato de consórcio público dependerá de instrumento aprovado pela assembléia geral, que é a instância máxima dos consórcios públicos, devendo esse instrumento ser ratificado, também mediante **lei**, por **todos** os entes consorciados (art. 12).

O representante legal do consórcio público obrigatoriamente deverá ser eleito dentre os Chefes do Poder Executivo dos entes da Federação consorciados. A forma de sua eleição e a duração do mandato devem estar previstas no protocolo de intenções (art. 4º, inciso VIII). O consórcio público está sujeito à fiscalização contábil, operacional e patrimonial pelo Tribunal de Contas competente para apreciar as contas do Chefe do Poder Executivo representante legal do consórcio (art. 9º, parágrafo único).

A Lei prevê a possibilidade de o consórcio público celebrar **contrato de gestão** ou **termo de parceria**, cabendo ao protocolo de intenções determinar as condições para que ele o faça (art. 4º, inciso X).

É cláusula essencial do protocolo de intenções a autorização para a **gestão associada de serviços públicos** (art. 4º, inciso XI), isto é, prestação de serviços públicos sob administração conjunta dos entes consorciados. Nesses casos de **gestão associada de serviços públicos**, a Lei prevê, ainda, a celebração dos denominados **contratos de programa**.

Nos termos da Lei nº 11.079/2005, o consórcio público sempre terá personalidade jurídica (art. 6º). É curioso constatar que será sempre uma pessoa com **prazo de duração determinado**. Com efeito, o art. 4º, inciso I, estabelece como cláusula necessária do protocolo de intenções “a denominação, a finalidade, o prazo de duração e a sede do consórcio”.

A meu ver, a partir da Lei nº 11.079/2005, podemos estabelecer como elemento fundamental de distinção entre consórcios públicos e convênios de cooperação (ambos mencionados no art. 241 da Constituição) exatamente a atribuição de personalidade jurídica aos primeiros e não aos convênios. O fato de visarem à realização de objetivos de interesse comum está presente em ambos.

Como dito antes, o consórcio público poderá ser pessoa jurídica de direito privado, sem fins econômicos, ou pessoa jurídica de direito público, assumindo, nesse caso, a forma de **associação pública** (art. 1º, § 1º e art. 4º, inciso IV).

Por esse motivo, a Lei nº 11.079/2005 alterou o art. 41, inciso IV, do Código Civil para incluir expressamente entre as pessoas jurídicas de direito público interno as associações públicas.

Mais importante, a nova redação desse dispositivo do Código Civil explicita que as **associações públicas são autarquias** (art. 41, inciso IV: “São pessoas jurídicas de direito público interno: as autarquias, inclusive as associações públicas;”).

A doutrina utiliza a expressão “autarquia interfederativa” ou “autarquia multifederada” para referir-se a essas autarquias que pertencem a mais de um ente federado.

**Os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados** (art. 6º, § 1º)

Quando o consórcio público for pessoa jurídica de direito privado, sua constituição deve ser efetivada conforme a legislação civil, isto é, a aquisição da personalidade ocorrerá com o registro dos atos constitutivos no registro público competente. Esses consórcios públicos estarão sujeitos às normas de Direito Público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal. O pessoal desses consórcios públicos será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (art. 6º, § 2º).

## **LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS**

16 – (ESAF/Analista MPU/2004) O serviço público personificado, com personalidade jurídica de direito público, e capacidade exclusivamente administrativa, é conceituado como sendo um(a)

- a) empresa pública.
- b) órgão autônomo.
- c) entidade autárquica.
- d) fundação pública.
- e) sociedade de economia mista.

17 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Relativamente às autarquias, aponte o item correto.

- a) Os bens de uma autarquia não podem ser objeto de penhora, não obstante tais entidades não integrem a Administração direta.
- b) Há subordinação hierárquica entre a autarquia e a Administração direta.
- c) Nosso sistema legislativo expressamente exclui a possibilidade de criação de autarquias municipais.
- d) Não se pode dizer que as autarquias tenham capacidade de auto-administração, tendo em vista a tutela que sobre ela exerce a Administração direta.

e) Os servidores das autarquias estão subordinados ao regime jurídico único estatutário, não havendo mais amparo, em nosso sistema legislativo, para a contratação pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

18 - (ESAF/Fiscal RN/2005) O patrimônio personificado, destinado a um fim específico, que constitui uma entidade da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito público, cuja criação depende de prévia autorização expressa por lei, se conceitua como sendo

- a) um órgão autônomo.
- b) um serviço social autônomo.
- c) uma autarquia.
- d) uma empresa pública.
- e) uma fundação pública.

19 - (CESPE/Técnico Judiciário/TRT 6ª/2002) As fundações de direito público têm a mesma natureza das autarquias: desfrutam dos privilégios do processo especial de execução e possuem prazos dilatados em juízo e imunidade tributária relativa aos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços.

20 - (ESAF/Analista Comércio Exterior/2002) A recente reforma do Estado, empreendida pelo Governo Federal, introduziu diversas novas figuras na Administração Pública Federal. No rol abaixo, assinale aquela que pode ser conceituada como o resultado da qualificação que se atribui a uma autarquia ou fundação pública, cujo objetivo institucional seja uma atividade exclusiva de Estado, com o propósito de dotá-la de maior autonomia gerencial.

- a) agência reguladora
- b) organização social
- c) serviço social autônomo
- d) agência executiva
- e) organização da sociedade civil de interesse público

21 - (ESAF/Contador Recife/2003) As agências reguladoras criadas nos últimos anos na esfera federal assumiram a forma jurídica de:

- a) fundações públicas
- b) órgãos da administração direta
- c) empresas públicas
- d) sociedades de economia mista

e) autarquias

22 – (ESAF/AFRF/2003) A Constituição Federal prevê a edição do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista que explorem atividade econômica. No conteúdo da referida norma jurídica, conforme o texto constitucional, não está previsto dispor sobre:

- a) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.
- b) constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação dos acionistas minoritários.
- c) a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.
- d) sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.
- e) forma de distribuição de seus resultados, inclusive para os acionistas minoritários.

23 - (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) As sociedades de economia mista que explorem atividades econômicas vinculam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, estando sujeitas à falência.

24 - (ESAF/AFC/STN/2000) Como entidades da Administração Pública Federal Indireta, as autarquias e empresas públicas podem ter em comum, por lhes serem iguais,

- a) a sua natureza jurídica.
- b) a imunidade fiscal.
- c) o foro da Justiça Federal.
- d) o regime jurídico dos seus servidores.
- e) o fato de constituírem um serviço público essencial personificado.

25 – (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) Caso um banco estadual, organizado na forma de sociedade de economia mista, tenha o seu controle societário transferido para a União, a competência para apreciar ações judiciais contra o banco será alterada, passando da justiça comum estadual para a justiça federal em razão da presença da União como parte ou interessada.

26 - (CESPE/ Agente PF/2000) As empresas públicas e as sociedades de economia mista



1. respondem objetivamente pelos atos praticados por seus agentes independentemente de prestarem serviços públicos ou de explorarem atividades econômicas.
2. que explorem atividades econômicas estão obrigadas a realizar concurso público para a contratação de seus empregados.
3. somente poderão ser instituídas após a edição de lei específica.
4. vinculadas à administração pública federal possuem foro privilegiado na justiça federal.
5. deverão ser registradas em cartórios de pessoas jurídicas ou em juntas comerciais para poderem adquirir personalidade jurídica.

27 - (ESAF/PROCURADOR FORTALEZA/2002) Em relação à organização administrativa da União Federal, assinale a opção verdadeira.

- a) O contrato de gestão só pode ser celebrado entre a União Federal e as suas empresas estatais.
- b) É possível, na esfera federal, uma empresa pública ser organizada sob a forma de sociedade anônima, sendo a União Federal a sua única proprietária.
- c) As fundações públicas de direito público não podem exercer poder de polícia administrativa.
- d) As agências reguladoras representam uma nova categoria jurídica no âmbito da Administração Indireta, distintas de autarquias e fundações.
- e) As entidades do denominado Sistema S, inclusive o Sebrae, integram o rol da Administração Pública Indireta.

28 – (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) A Constituição Federal estabeleceu a possibilidade de se firmar um contrato de gestão entre organismos da Administração Pública para concessão de autonomia gerencial, orçamentária e financeira a órgãos e entidades. A norma constitucional prevê uma lei para reger o assunto. Não está prevista para esta lei dispor sobre o seguinte:

- a) prazo de duração do contrato.
- b) critérios de avaliação de desempenho.
- c) remuneração de pessoal.
- d) formas de contratação de obras, compras e serviços.
- e) responsabilidade dos dirigentes.

29 - (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) A autonomia gerencial, orçamentária e financeira das entidades da administração indireta poderá ser ampliada mediante contrato que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para a entidade,

cabendo à lei dispor sobre o prazo de duração do contrato, os controles e critérios de avaliação de desempenho, os direitos, as obrigações e as responsabilidades dos dirigentes e a remuneração do pessoal. Os órgãos da administração direta, por sua vez, estão impedidos de fazer semelhante pactuação em razão de não terem personalidade jurídica própria.

30 - (ESAF/PFN/2003) Tratando-se de Administração Pública Descentralizada ou Indireta, assinale a afirmativa falsa.

- a) A qualificação como agência executiva pode recair tanto sobre entidade autárquica quanto fundacional, integrante da Administração Pública.
- b) Conforme a norma constitucional, a empresa pública exploradora de atividade econômica terá um tratamento diferenciado quanto às regras de licitação.
- c) Admite-se, na esfera federal, uma empresa pública, sob a forma de sociedade anônima, com um único sócio.
- d) Pode se instituir uma agência reguladora cujo objeto de fiscalização ou regulação não seja uma atividade considerada como de serviço público.
- e) As entidades qualificadas como Organizações Sociais, pela União Federal, passam a integrar, para efeitos de supervisão, a Administração Pública Descentralizada.

31 – (ESAF/AFC/STN/2005) Tratando-se da Administração Pública brasileira, assinale a afirmativa falsa.

- a) É possível a constituição de uma empresa pública federal, regida pelo direito privado, tendo a União Federal a totalidade de seu capital social.
- b) Em virtude da Emenda Constitucional nº 32/2001, introduziu-se a figura do decreto autônomo na organização administrativa brasileira.
- c) As organizações sociais, uma vez celebrado o respectivo contrato de gestão com o órgão supervisor, passam a integrar a administração descentralizada.
- d) As agências reguladoras têm natureza autárquica, sob o regime jurídico-administrativo.
- e) As fundações públicas de direito público, de natureza autárquica, não se submetem aos órgãos de controle fundacional do Ministério Público.

32 - (ESAF/AFRF/2003) Não há previsão legal para a celebração de contrato de gestão entre a pessoa jurídica de direito público política e a seguinte espécie:

- a) órgão público
- b) organização social
- c) agência executiva

- d) organização da sociedade civil de interesse público
- e) sociedade de economia mista

33 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) A administração pública brasileira, tomada em acepção subjetiva, de acordo com a letra do Decreto-lei nº 200/67, não engloba os serviços sociais autônomos.

34 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Os serviços sociais autônomos, embora não integrem a administração indireta, estão sujeitos aos princípios da licitação.

### **AULA 3: PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO.**

1 – (ESAF/Fiscal RN/2005) - Sobre os princípios constitucionais da administração pública, pode-se afirmar que

I. o princípio da legalidade pode ser visto como incentivador do ócio, haja vista que, segundo esse princípio, a prática de um ato concreto exige norma expressa que o autorize, mesmo que seja inerente às funções do agente público;

II. o princípio da publicidade visa a dar transparência aos atos da administração pública e contribuir para a concretização do princípio da moralidade administrativa;

III. a exigência de concurso público para ingresso nos cargos públicos reflete uma aplicação constitucional do princípio da impessoalidade;

IV. o princípio da impessoalidade é violado quando se utiliza na publicidade oficial de obras e de serviços públicos o nome ou a imagem do governante, de modo a caracterizar promoção pessoal do mesmo;

V. a aplicação do princípio da moralidade administrativa demanda a compreensão do conceito de “moral administrativa”, o qual comporta juízos de valor bastante elásticos;

VI. o princípio da eficiência não pode ser exigido enquanto não for editada a lei federal que deve defini-lo e estabelecer os seus contornos.

Estão corretas as afirmativas

- a) I, II, III e IV.
- b) II, III, IV e V.
- c) I, II, IV e VI.
- d) II, III, IV e VI.
- e) III, IV, V e VI.

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão é excelente para iniciarmos o estudo dos princípios de Direito Administrativo, porque ela trata de quase todos que, a meu ver, devem ser estudados para concursos.

Vejamos cada afirmação.

#### **Afirmação I**

O princípio da legalidade está expresso, para a Administração, no *caput* do art. 37 da Constituição.

Como a Administração Pública está sujeita ao princípio da indisponibilidade do interesse público, e como não é ela quem determina o que é de interesse público, mas somente a lei, que é a expressão legítima da vontade geral, para que a

Administração atue, não basta a inexistência de proibição na lei, é necessária a existência de determinação ou autorização do ato na lei.

Diz-se que a Administração, além de não poder atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir segundo a lei (a atividade administrativa não pode ser *contra legem* nem *praeter legem*, mas apenas *secundum legem*). Os atos eventualmente praticados em desobediência a tais parâmetros são atos inválidos e podem ter sua invalidade decretada pela própria Administração que o haja editado ou pelo Poder Judiciário.

Em resumo, como decorrência do regime de direito público, a Administração só pode agir quando houver lei que determine ou autorize sua atuação e esta deve obedecer o determinado na lei ou observar os termos, condições e limites autorizados na lei.

Essa é a principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a Administração. Aqueles podem fazer tudo que a lei não proíba; esta só pode fazer o que a lei determina ou autoriza.

Em sua atuação, a Administração está obrigada à observância não apenas do disposto nas leis mas também dos princípios jurídicos. É o que consta da Lei 9784/1999, art. 2º, parágrafo único: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de **atuação conforme a lei e o Direito**” (inciso I).

Muitas vezes, os autores falam em atuação legal (conforme a letra da lei) e legítima (conforme os princípios jurídicos).

Outro ponto interessante é que a Administração está sujeita não só à lei e aos princípios jurídicos, mas também a seus próprios atos normativos, expedidos para assegurar o fiel cumprimento das leis, nos termos do art. 84, inciso IV, da Constituição. Assim, na prática de um ato concreto, o agente público está obrigado a observar não só a lei e os princípios, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os pareceres normativos etc. que tratem daquela situação concreta com que ele se depara.

O item, portanto, está incorreto. Legalidade não tem nada a ver com incentivo ao ócio. Além disso, as funções de um agente, ou seja, sua esfera de competência, estão sempre definidas em lei; portanto, se um ato for função, atribuição, competência de um agente, está pressuposta a existência da lei, e ele atuará nos termos dessa lei.

## **Afirmação II**

O princípio da publicidade está também expresso, para a Administração, no *caput* do art. 37 da Constituição.

Possui dupla acepção, a saber.

1) Publicação em órgão oficial como requisito de eficácia dos atos administrativos gerais que devam produzir efeitos externos ou impliquem oneração do patrimônio público.

Nessa acepção, a publicidade não está ligada à validade do ato, mas à sua eficácia isto é, à produção de seus efeitos. Enquanto não publicado, o ato não pode produzir efeitos.

2) A segunda acepção, menos falada, diz respeito à exigência de **transparência** da atuação administrativa. Visa a facilitar o controle da Administração pelos administrados.

Um dispositivo que deixa bem clara essa exigência de atuação transparente é o inciso XXXIII do art. 5º da Constituição:

“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.”

Outra decorrência lógica do princípio da transparência é a regra geral segundo a qual os atos administrativos devem ser motivados. A razão é a mesma, a motivação possibilita o controle da legitimidade do ato pelos órgãos de controle e pelo povo em geral.

Como vemos, o item abordou essa segunda acepção do princípio da publicidade, e está absolutamente correto. É evidente que a transparência, ao assegurar o controle da atuação administrativa, contribui para a concretização do princípio da moralidade.

### **Afirmação III**

O princípio da impessoalidade também é um princípio expresso no *caput* do art. 37 da Constituição.

Possui dupla acepção.

1) Finalidade.

Na acepção mais conhecida, o princípio da impessoalidade traduz a idéia de que toda atuação da Administração deve visar ao interesse público.

Dessa forma, ele impede perseguições ou favorecimentos, discriminações benéficas ou prejudiciais aos administrados. Qualquer ato praticado com objetivo diverso da satisfação do interesse público será inválido por desvio de finalidade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a impessoalidade é decorrência da isonomia ou igualdade e tem desdobramentos explícitos em dispositivos como o art. 37, II, que exige concurso público para ingresso em cargo ou emprego público (oportunidades iguais para todos), ou no art. 37, XXI, que exige que as licitações públicas assegurem igualdade de condições a todos os concorrentes.

A finalidade da atuação da Administração pode estar expressa ou implícita na lei. Há sempre uma finalidade geral, que é a satisfação do interesse público e uma finalidade específica, que é o fim direito ou imediato que a lei pretende atingir.

Por exemplo (esse é o exemplo que sempre aparece nas questões de concursos), o ato de remoção tem a finalidade de adequar o número de servidores lotados em uma unidade administrativa às necessidades de mão-de-obra nas diversas

localidades de atuação de um órgão administrativo, conforme a existente disponibilidade de servidores. Se um ato de remoção é praticado com finalidade de punir um servidor, que tenha cometido uma irregularidade ou que trabalhe de forma insatisfatória, o ato será nulo por desvio de finalidade, mesmo que existisse necessidade de pessoal no local para onde o servidor foi removido.

Vejam que a remoção não seria diretamente contrária ao interesse público, mas basta o desvio da finalidade específica para tornar o ato nulo.

Outro exemplo, Imaginem que um servidor, um Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, peça licença para capacitação, prevista no art. 87 da Lei 8.112/1990, a fim de participar de um curso de pintura em porcelana (“Art. 87. Após cada quinquênio de efetivo exercício, o servidor poderá, no interesse da Administração, afastar-se do exercício do cargo efetivo, com a respectiva remuneração, por até três meses, para participar de curso de capacitação profissional.”). Suponhamos que a licença seja concedida.

Nesse caso, temos desvio da finalidade geral e da finalidade específica, pois o ato é contrário ao interesse público (o servidor ficará remuneradamente sem trabalhar para fazer um curso que não interessa a suas atribuições) e é contrário à finalidade específica da lei (pintura em porcelana não é, para esse servidor, “capacitação profissional”).

## 2) Vedação à promoção pessoal.

A segunda acepção do princípio da impessoalidade está ligada à idéia de vedação à pessoalização das realizações da Administração ou à promoção pessoal do agente público.

Essa acepção está consagrada no § 1º do art. 37 da Constituição, segundo o qual:

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

Observem que a Lei 9.784/1999 refere-se a ambas as acepções, no art. 2º, parágrafo único, incisos III e XIII:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....

III - objetividade no atendimento do interesse público, **vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;**

.....

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.”

No item, foi abordada a primeira acepção do princípio da finalidade. Como visto, o item está correto.

#### **Afirmação IV**

O item 4 trata exatamente da segunda acepção do princípio da impessoalidade, que acabamos de ver, ao comentar o item 3. A afirmação está absolutamente correta.

#### **Afirmação V**

O princípio da moralidade administrativa está também expresso no *caput* do art. 37.

A moral administrativa é um conceito jurídico indeterminado, sem dúvida. É isso que está dito no item, que é verdadeiro.

Mas dizer que é um conceito indeterminado não quer dizer que seja um conceito vazio ou inútil.

A moral administrativa liga-se à idéia de probidade e de boa-fé.

A Lei 9.784/1999, no seu art. 2º, parágrafo único, refere-se a eles nestes termos: “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

A doutrina enfatiza que a noção de moral administrativa não está vinculada às convicções íntimas do agente público, mas sim à noção de atuação adequada e ética existente no grupo social. Teoricamente, não importa a concepção subjetiva de moral que tenha o agente, mas a noção objetiva, embora indeterminada, prevalente no grupo social (objetivo, aqui, quer dizer que não se toma como referência um conceito pessoal, subjetivo – referente ao sujeito – de moral, mas um conceito impessoal, geral, anônimo de moral, prevalente no grupo social).

Seja como for, o certo é que o fato de a Constituição erigir a moral administrativa em princípio expresso permite afirmarmos que se trata de um requisito de validade do ato administrativo, não de aspecto atinente ao mérito. Quer dizer, um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade.

Por isso, o ato contrário à moral administrativa não deve ser revogado, mas sim declarado nulo. E, mais importante, como é controle de legalidade ou legitimidade, pode ser efetuado pela Administração e também pelo Poder Judiciário.

É ilustrativo dessa noção, esta ementa, do TJ de São Paulo: “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.”



Um meio de controle judicial da moral administrativa é a ação popular, remédio constitucional previsto no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição nestes termos:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor **ação popular** que vise a **anular ato lesivo** ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

Como se vê, ato contrário à moral administrativa é nulo.

O item, que simplesmente afirma, por outras palavras, que moralidade administrativa é um conceito indeterminado, está correto.

### **Afirmação VI**

O princípio da eficiência foi introduzido como princípio expresso no *caput* do art. 37 da Constituição pela EC 19/1998. Ele está vinculado à noção de **administração gerencial** que é o modelo de administração proposto pelos defensores da corrente de pensamento denominada neoliberalismo. Essa noção de administração gerencial e princípio da eficiência conjuga-se com a denominada doutrina do Estado mínimo.

Simplificadamente, reconhece-se que há algumas áreas em que a atuação do Estado é necessária. Portanto, é necessário existir uma Administração Pública. Entretanto, defende-se a idéia de que a atuação da Administração deve ser, tanto quanto possível, semelhante à das empresas do setor privado. Daí a ênfase no atingimento de resultados e a tentativa de reduzir os controles de meios (exemplo de instrumento com essa finalidade são os contratos de gestão). Culpam-se esses procedimentos e exigências – exemplo típico é a necessidade de contratação precedida de licitação pública – pela alegada ineficiência, pela morosidade, pelos desperdícios, pelos custos elevados da máquina estatal etc.

Para a professora Maria Sylvia Di Pietro o princípio da eficiência apresenta dois aspectos:

- 1º) Relativamente à forma de atuação do agente público, espera-se o melhor desempenho possível de suas atribuições, a fim de obter os melhores resultados;
- 2º) Quanto ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, exige-se que este seja o mais racional possível, no intuito de alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos.

Exemplos de desdobramento do princípio da eficiência, quanto ao primeiro aspecto, todos introduzidos pela EC 19/1998, são a avaliação especial de desempenho para a aquisição da estabilidade pelo servidor público e a perda do cargo do servidor estável “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa” (CF, art. 41).

Outro exemplo, também quanto ao primeiro aspecto, temos no art. 39, § 2º, da Constituição:

"A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados."

A eficiência integra o conceito de **serviço público adequado** (Lei 8.987/1995, art. 6º, § 1º).

Por último, como se trata de um princípio expresso, a eficiência passa a integrar o controle de legitimidade, não de mérito, o que em tese, possibilita apreciação do ato pelo Judiciário, quanto a sua eficiência (o ato ineficiente seria ilegítimo, o que ensejaria sua anulação, ou, se isso causar ainda mais prejuízo ao interesse público, responsabilização de quem lhe deu causa).

O item VI, em comento, contém um erro há muito repudiado pela doutrina constitucionalista. Trata-se de afirmar que um princípio jurídico – qualquer um – não pode ser aplicado enquanto não for editada lei que lhe dê concretude. Prestem atenção, isso **nunca** é verdadeiro. Todo e qualquer princípio jurídico tem aplicação e produz efeitos imediatos. Portanto, sempre pode ser exigido. O que pode ocorrer é que a concretização positiva de um princípio, para ser plena, demande a edição de leis. Mas, pelo menos quanto a sua eficácia negativa (proibição de atuação e da edição de leis contrárias ao princípio), bem como à sua função de norteador da produção das leis e da interpretação normativa, todos os princípios têm eficácia imediata.

A afirmação é incorreta.

O gabarito da questão é **letra “b”**.

2 - (ESAF/AFC/SFC/2000) O regime jurídico-administrativo abrange diversos princípios. Entre os princípios abaixo, assinale aquele que se vincula à limitação da discricionariedade administrativa.

- a) impessoalidade
- b) presunção de legitimidade
- c) razoabilidade
- d) hierarquia
- e) segurança jurídica

## COMENTÁRIOS

Aproveitemos essa questão para tratar dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

São princípios constitucionais implícitos. Segundo o STF, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade encontram-se implícitos no princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), em seu aspecto material, ou substantivo (*substantive due process of law*).

Esse “aspecto substantivo” diz respeito à garantia material dos bens e da liberdade em sentido amplo, ou seja, à garantia desses bens jurídicos considerados em si mesmos, diferentemente do “aspecto formal ou adjetivo”, que diz respeito às garantias processuais (ampla defesa, juiz natural etc.), ou seja, dos instrumentos de proteção daqueles bens jurídicos.

Atenção, é comum os constitucionalistas referirem-se a ambos os princípios simplesmente como proporcionalidade. No Direito Administrativo o mais freqüente é distinguir razoabilidade de proporcionalidade.

No âmbito do Direito Administrativo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram aplicação especialmente no que concerne à prática de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas.

O princípio da **razoabilidade** refere-se às análises de **adequação** e de **necessidade**.

O requisito **adequação** obriga o administrador a perquirir se o ato por ele praticado mostra-se efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos (alcançará o ato os resultados almejados?). Se não for adequado é óbvio que não pode ser praticado o ato.

Já o requisito **necessidade** preocupa-se com a exigibilidade ou não da adoção das medidas restritivas: será que não haveria um meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos visados (não está desmedida, excessiva, desnecessária, desproporcional, a medida adotada? Os mesmos fins não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda, menos restritiva?). Em síntese, sempre que a autoridade administrativa tiver à sua disposição mais de um meio adequado à consecução do mesmo fim deverá utilizar aquele que se mostre menos gravoso aos administrados.

Em resumo, o princípio da razoabilidade (citado por alguns autores como “princípio da proibição de excesso”) tem por fim aferir a compatibilidade entre os meios e os fins de um ato administrativo, de modo a evitar restrições desnecessárias, arbitrárias ou abusivas por parte da Administração Pública.

O **princípio da proporcionalidade** representa, em verdade, uma das vertentes do princípio da razoabilidade. Isso porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar. Se o ato administrativo não guarda uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado, será um ato desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade visada.

Segundo o princípio da proporcionalidade, a Administração não deve restringir os direitos do particular além do que caberia, do que seria necessário, pois impor medidas com intensidade ou extensão supérfluas, desnecessárias, induz à ilegalidade do ato, por abuso de poder. Esse princípio fundamenta-se na idéia de que ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis, imprescindíveis à satisfação do interesse público.

Em resumo, a proporcionalidade (ou proporcionalidade em sentido estrito, para os constitucionalistas) é importante, sobretudo, nos atos sancionatórios, especialmente nos atos de polícia administrativa. Segundo esse princípio, a intensidade do ato sancionatório deve guardar relação com a lesividade e gravidade da conduta que se quer reprimir ou prevenir.

Na Lei 9.784/1999 razoabilidade e proporcionalidade são princípios expressos (art. 2º, *caput*). Além disso, a lei explicita o conteúdo desses princípios, ao determinar que deverá ser observada, nos processos administrativos, “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, parágrafo único, VI).

O gabarito da questão é letra “c”.

3- (ESAF/AFRF/2003) Tratando-se de poder de polícia, sabe-se que podem ocorrer excessos na sua execução material, por meio de intensidade da medida maior que a necessária para a compulsão do obrigado ou pela extensão da medida ser maior que a necessária para a obtenção dos resultados lícitamente desejados. Para limitar tais excessos, impõe-se observar, especialmente, o seguinte princípio:

- a) legalidade
- b) finalidade
- c) proporcionalidade
- d) moralidade
- e) contraditório

## COMENTÁRIOS

Essa questão contém uma descrição sintética do conteúdo do princípio da proporcionalidade.

Vejam como fica a norma nela contida: o princípio da proporcionalidade impede que ocorram excessos na prática de atos de polícia, exigindo que a intensidade da medida seja a estritamente necessária para a compulsão do obrigado e que a extensão da medida seja estritamente a necessária para a obtenção dos resultados lícitamente desejados. Temos aqui um pequeno resumo da lição de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Observem que, normalmente, quando a questão tratar de controle de atos de polícia, de atos sancionatórios em geral, falará em princípio da proporcionalidade; quando for mais genérica, mencionar controle da discricionariedade em geral, é mais provável que fale em princípio da razoabilidade. Mas isso não é uma regra rígida. Esses princípios também podem aparecer como sinônimos sem problema algum.

O gabarito é letra “c”.

4 – **(ESAF/AFC/STN/2005)** Relacionando o estudo do ato administrativo com o do regime jurídico-administrativo, assinale no rol de princípios abaixo aquele que mais se coaduna com a imposição de limites ao atributo de auto-executoriedade do ato administrativo:

- a) finalidade
- b) moralidade
- c) publicidade
- d) proporcionalidade
- e) motivação

### COMENTÁRIOS

Essa questão pretendeu “fugir” dos enunciados tradicionais. Não falou nem em discricionariedade, nem diretamente em poder de polícia.

O enunciado pede o princípio que mais se relaciona com a imposição de limites à auto-executoriedade do ato administrativo. Estudaremos adiante que a auto-executoriedade é um atributo (uma característica, uma qualidade) dos atos administrativos em decorrência do qual a Administração pode executar materialmente determinados atos independentemente de anuência do administrado e sem necessidade de autorização judicial prévia. Nem todo ato administrativo é auto-executório. Só o são aqueles a que a lei atribui essa característica e os atos que, mesmo não previstos em lei como auto-executórios, precisem ser praticados pela Administração em situações de emergência, para garantir a segurança, a vida ou a integridade de pessoas que estejam em perigo.

Todos os exemplos típicos de atos auto-executórios são exemplos de atos de polícia, como a apreensão de mercadorias, a destruição de alimentos impróprios para consumo, a demolição de construção irregular ou que coloque em risco a segurança das pessoas, a interdição de estabelecimento, a dissolução de uma passeata etc.

Por isso, embora indiretamente, essa questão repete, na matéria de fundo, a questão 3. O gabarito é letra “d”.

5 - **(CESPE/Auditor INSS/2003)** O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do estado de direito.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE tem a redação pouco clara. A meu ver, o que ele quer dizer, simplesmente, é que o princípio da proporcionalidade é um princípio constitucional (“tem dignidade constitucional”). Como vimos, o STF entende que o princípio da proporcionalidade está implícito no princípio do devido processo legal substantivo ou material. Tanto é um princípio constitucional, embora implícito, que o STF diversas vezes declarou inconstitucionalidade de leis por contrariarem o princípio da proporcionalidade.

O resto da redação do item não diz absolutamente nada útil. Só que o princípio da proporcionalidade deriva de um direito fundamental (devido processo legal substantivo ou material) e que os direitos fundamentais são essenciais à existência de um Estado de Direito.

O item é correto (C).

6 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O princípio da legalidade pode ser afastado ante o princípio da supremacia do interesse público, especialmente nas hipóteses de exercício de poder de polícia.

## COMENTÁRIOS

Esse item pretendeu confundir o candidato, tratando equivocadamente de conceitos jurídicos aplicáveis ao Direito Administrativo.

A supremacia do interesse público **nunca** implica afastamento do princípio da legalidade. Seria um absurdo imaginar que pudesse ser de interesse público a atuação da Administração contrariamente à lei e ao Direito. Só a lei determina o que é de interesse público e atuação contrária à lei é sempre atuação contrária ao interesse público.

O poder de polícia, como regra, é de exercício discricionário. Mas discricionariedade nada tem a ver com atuação contrária à lei ou à margem da lei e do Direito. Isso é um erro primário: imaginar que discricionariedade autoriza atuação contrária à lei, ou além da lei, ou independente de lei. Esse tipo de atuação caracteriza **arbitrariedade**, nunca discricionariedade.

Item errado (E).

7 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) A veiculação do ato praticado pela administração pública na Voz do Brasil, programa de âmbito nacional, dedicado a divulgar fatos e ações ocorridos ou praticados no âmbito dos três poderes da União, é suficiente para ter-se como atendido o princípio da publicidade.

## COMENTÁRIOS

Como vimos ao estudarmos a questão 1, o princípio da publicidade, em uma de suas acepções, implica exigência de publicação em órgão oficial como requisito de eficácia dos atos administrativos gerais que devam produzir efeitos externos ou impliquem oneração do patrimônio público.

Para satisfazer a exigência de publicação, a veiculação do ato tem que ser na imprensa oficial (na esfera federal, no Diário Oficial da União), ou, nos municípios em que não haja imprensa oficial, tem que haver a afixação do na sede da prefeitura, ou onde dispuser a lei municipal.

Divulgação pela Voz do Brasil (programa de rádio), ou pela televisão, ou qualquer outro meio não previsto em lei, não é considerada publicação oficial, portanto, não atende ao princípio da publicidade.

Item errado (E).

8 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) A possibilidade de reconsideração por parte da autoridade que proferiu uma decisão objeto de recurso administrativo atende ao princípio da eficiência.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata da regra existente no § 1º do art. 56 da Lei nº 9.784/1999, abaixo transcrito:

“Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.”

O item simplesmente exige raciocínio.

Qual seria a lógica por trás dessa previsão de que a autoridade que proferiu a decisão, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, verifique se não seria o caso de reconsiderar a decisão por ela mesma proferida?

A lógica é que se a autoridade que proferiu a decisão, analisando o recurso, constatar que sua decisão interpretou um fato ou mesmo uma norma equivocadamente, ou que havia algum elemento por ela desconhecido capaz de modificar a norma que ela entendera aplicável à situação, em suma, se ela constatar que sua decisão deve ser modificada, é muito mais racional que ela mesma modifique do que encaminhar para seu superior hierárquico, forçando-o a analisar todos os elementos constantes do processo, para então concluir que a decisão deve ser modificada – quando isso já era sabido pela autoridade recorrida desde o momento em que ela leu o recurso apresentado.

É claro que a verificação sobre a possibilidade de reconsideração “atende ao princípio da eficiência”, como afirma o item.

Item correto (C).

9 - (ESAF/PROCURADOR FORTALEZA/2002) O princípio constitucional da eficiência vincula-se à noção de administração:

- a) patrimonialista
- b) gerencial
- c) descentralizada
- d) burocrática
- e) informatizada

### COMENTÁRIOS

Esse tipo de questão acaba tendo um índice alto de erro por um motivo simples: ela é puramente doutrinária e não há nenhum elemento que permita raciocinar.

Ou o candidato conhece a expressão usada pela doutrina, e acerta a questão em cinco segundos, ou não conhece, e não tem outra alternativa a não ser chutar.

Falei em administração gerencial quando comentei o princípio da eficiência, na análise da questão 1.

O gabarito é letra “b”.

10 – (ESAF/Analista Compras Recife/2003) A finalidade, como elemento essencial de validade do ato administrativo, corresponde na prática e mais propriamente à observância do princípio fundamental de

- a) economicidade
- b) publicidade
- c) legalidade
- d) moralidade
- e) impessoalidade

### COMENTÁRIOS

Vimos esse assunto quando analisamos a questão 1.

Uma das acepções do princípio da impessoalidade – a mais conhecida (deve ser por isso que o enunciado fala em “mais propriamente”) – é exatamente o denominado princípio da finalidade, segundo o qual o ato administrativo, para ser válido, tem que tem por fim a satisfação do interesse público.

Gabarito letra “e”.



11 – **(ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005)** Assinale a opção correta, relativamente ao princípio da legalidade.

a) Tal princípio é de observância obrigatória apenas para a Administração direta, em vista do caráter eminentemente privatístico das atividades desenvolvidas pela Administração indireta.

b) Não se pode dizer que todos os servidores públicos estejam sujeitos ao princípio da legalidade, na medida em que, para alguns, sua conduta profissional é regida precipuamente por regulamentos, editados pelo Poder Executivo.

c) A inobservância ao princípio da legalidade, uma vez verificada, cria para o administrador o dever – e não a simples faculdade – de revogar o ato.

d) Tal princípio não autoriza o gestor público a, nessa qualidade, praticar todos os atos que não estejam proibidos em lei.

e) O princípio da legalidade é característico da atividade administrativa, não se estendendo à atividade legislativa, pois esta tem como característica primordial a criação de leis, e não sua execução.

## COMENTÁRIOS

### Alternativa “a”

O princípio da legalidade aplica-se a toda Administração Pública, como, aliás, todos os princípios do *caput* do art. 37 da Constituição.

Além disso, só as EP e SEM econômicas desenvolvem atividades de “caráter eminentemente privatístico”.

Alternativa errada.

### Alternativa “b”

Mesmo que fosse verdade que alguns servidores públicos têm sua conduta predominantemente regida por regulamento (eu acho que não é), isso não significaria não-sujeição ao princípio da legalidade. Lembrem que o princípio da legalidade implica sujeição às leis, aos princípios e aos próprios atos normativos editados pela Administração.

Alternativa errada.

### Alternativa “c”

Estudaremos adiante que o ato ilegal não é revogado, mas sim anulado. Revogação só se aplica a ato válido que se tornou inoportuno e inconveniente. É errado falar em revogação de um ato por ilegalidade.

Alternativa errada.

### Alternativa “d”

Essa alternativa traz a descrição doutrinária clássica do princípio da legalidade no Direito Administrativo.

Como vimos, a Administração só pode agir quando houver lei que determine ou autorize sua atuação e esta deve obedecer o determinado na lei ou observar os termos, condições e limites autorizados na lei.

Essa é a principal diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a Administração. Aqueles podem fazer tudo que a lei não proíba; esta só pode fazer o que a lei determina ou autoriza.

A alternativa está correta, e é o gabarito.

### **Alternativa “e”**

Não é nada comum falar em “legalidade da atividade legislativa”. Eu nunca vi isso.

Mas, considerando que o princípio da legalidade significa a observância do Direito como um todo, e que a produção de leis deve seguir o processo legislativo previsto na Constituição, nos regimentos das Casas legislativas e mesmo das leis (por exemplo, a Lei Complementar nº 95/1998 dispõe sobre a elaboração de leis), é claro que a atividade legislativa está sujeita ao princípio da legalidade (só que eu até hoje só tinha visto em livros que a atividade legislativa deve observar o “devido processo legal” de produção das leis).

Lembrem, por último, que temos Administração Pública em todos os Poderes. É claro que o Poder Legislativo, no exercício de função administrativa, está sujeito ao regime jurídico administrativo, o que inclui o princípio administrativo da legalidade. Mas a alternativa está falando em “atividade legislativa” e esta **não** está sujeita ao regime jurídico administrativo; está sujeita ao princípio geral da legalidade.

Alternativa errada.

O gabarito, portanto, é letra “d”.

12 – (ESAF/AFTE-MG/2005) No que tange aos princípios do Direito Administrativo, assinale a opção correta.

- a) O princípio da moralidade administrativa se vincula a uma noção de moral jurídica, que não se confunde com a moral comum. Por isso, é pacífico que a ofensa à moral comum não implica também ofensa ao princípio da moralidade administrativa.
- b) O princípio da autotutela faculta a Administração Pública que realize policiamento dos atos administrativos que pratica.
- c) O princípio da impessoalidade relaciona-se ao fim legal previsto para o ato administrativo.
- d) A inobservância ao princípio da proporcionalidade pelo ato administrativo, por dizer respeito ao mérito do ato, não autoriza o Poder Judiciário a sobre ele se manifestar.

e) O princípio da continuidade do serviço público impediu que ocorresse um abrandamento com relação à proibição de greve nos serviços públicos.

## COMENTÁRIOS

### Alternativa “a”

A primeira frase dessa alternativa está absolutamente correta. Moralidade administrativa não é a mesma coisa que moral comum.

A moral comum é individual, subjetiva, além de não ser de observância coercitiva. Se uma pessoa pratica um ato que ela mesma considere imoral, mas não se enquadre como infração jurídica, terá no máximo problemas de consciência; se pratica um ato que outras pessoas considerem imoral, mas também não se enquadre como infração jurídica, terá no máximo problemas de aceitação social.

A moral administrativa é um conceito jurídico, portanto heterônomo (não é determinado pelo próprio agente público, mas por algo externo a ele, especificamente, pelo Estado). A infringência da moral administrativa é uma infração jurídica, que acarreta consequências jurídicas.

Embora não sejam sinônimos, nem obrigatoriamente coincidam, dizer que “a ofensa à moral comum não implica também ofensa ao princípio da moralidade administrativa” é incorreto. Mais ainda dizer que isso é pacífico. O correto seria dizer que a ofensa à moral comum pode, ou não, implicar ofensa ao princípio da moralidade administrativa. Depende, ademais, de sabermos de quem seria essa “moral comum”. Seria a moral do agente público? Do destinatário de um ato administrativo?

O conceito de moral administrativa, que é um conceito jurídico indeterminado, é estabelecido a partir da idéia geral de conduta adequada existente em um grupo social em determinada época. Portanto, é evidente que a moral administrativa coincidirá em muitos casos com a moral comum, mas não obrigatoriamente em todos os casos.

Alternativa errada.

### Alternativa “b”

O princípio da autotutela é próprio da Administração Pública. É por força desse princípio que a Administração exerce controle sobre seus próprios atos, anulando os ilegais, revogando os inoportunos ou inconvenientes (porém legais) e mesmo convalidando os que contenham “defeitos sanáveis”.

Não sei exatamente o que o elaborador considerou errado na afirmação dessa letra “b”. Imagino que seja a palavra “faculta”. Isso porque anular atos ilegais com vícios insanáveis **não é uma faculdade, mas um dever** da Administração.

A meu ver, só pode ser esse o erro da alternativa. O uso da palavra “policiamento” não me parece que esteja errado. Não é nada comum dizer que a Administração realiza “policiamento dos atos administrativos que pratica”. O usual é dizer que ela exerce **controle** sobre os atos que pratica. Mas, em minha opinião, esse uso não-

técnico da palavra “policiamento”, no sentido de “controle”, não torna a afirmação incorreta.

Enfatizo que ainda não foi divulgado o resultado dos recursos desse concurso e essa questão, eventualmente, pode vir a ser anulada. Lógico que se isso acontecer, eu divulgarei e comentarei aqui, durante o curso.

#### **Alternativa “c”**

Essa foi o gabarito. Já comentamos o princípio da impessoalidade na análise da questão 1.

A afirmação dessa letra “c” traduz a acepção de finalidade do princípio da impessoalidade, mais propriamente a finalidade específica estabelecida na lei que preveja a prática de determinado ato administrativo (lembrem que a finalidade geral – que como regra não é expressa, mas sim implícita – é sempre a mesma, a satisfação do interesse público).

Não há dúvida de que essa alternativa está certa.

#### **Alternativa “d”**

Dizer que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade situam-se no mérito, ou seja, que dizem respeito a avaliação de oportunidade e conveniência é um erro comum. Mas é absolutamente errado afirmar isso!

O controle de mérito **sempre** se realiza sobre atos válidos. Do controle de mérito pode resultar somente a revogação (ou manutenção) do ato, **nunca** sua anulação. Por essa razão, por dizer respeito a critério exclusivo de oportunidade e conveniência, o controle de mérito só pode ser feito pela Administração que praticou o ato. Se for um ato administrativo do Executivo ou do Legislativo, o Judiciário **nunca** poderá revogá-lo.

A ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade acarreta anulação do ato, nunca sua revogação. Trata-se de controle de legalidade ou legitimidade, não de mérito. Por isso, a anulação de um ato administrativo por ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve ser feita pela própria Administração que praticou o ato ou pelo Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional, quando provocado. Em ambos os casos, será controle de legalidade ou legitimidade.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “e”**

O princípio da continuidade dos serviços públicos justificava a proibição geral, existente em Constituições passadas, de greve nos serviços públicos. Com a Constituição de 1988, não existe essa proibição geral. Temos, no § 1º do art. 9º, apenas a regra segundo a qual “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”. Esse artigo trata da greve dos trabalhadores em geral.

De outra parte, a greve dos servidores públicos estatutários está prevista em dispositivo específico da Consistuição, no inciso VII do art. 37, que diz, tão-

somente, que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

Ou seja, mesmo para os servidores públicos **existe** o direito de greve. A norma constitucional é de eficácia limitada, isto é, depende de regulamentação, mas o direito de greve existe.

É certo que essa diferença – o direito ser assegurado com eficácia plena para os trabalhadores em geral e com eficácia limitada para os servidores públicos – decorre também do princípio da continuidade dos serviços públicos.

Mas está errado dizer que esse princípio “impediu que ocorresse um abrandamento com relação à proibição de greve nos serviços públicos”, porque, nem o § 1º do art. 9º, nem o art. 37, VII, proíbem, de forma ampla, a greve nos serviços públicos, ou seja, em relação ao ordenamento constitucional anterior houve, sim, um “abrandamento” nessa matéria.

Alternativa errada.

Gabarito da questão, letra “c”.

13 – (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) Pode-se afirmar que:

I. o nepotismo é uma das formas de ofensa ao princípio da impessoalidade na administração pública.

II. a moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins.

III. nos termos do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública são penas alternativas, não sendo lícita a aplicação cumulativa delas, em caso de ato de improbidade administrativa.

IV. a legalidade meramente formal não é suficiente para legitimar os atos da administração pública; é necessária, também, a realização efetiva e eficiente do interesse público.

V. a exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos públicos reflete a aplicação efetiva do princípio da impessoalidade.

Estão corretas as afirmativas:

- a) I, II, III, IV e V.
- b) apenas I, II, III e IV.
- c) apenas I, III, IV e V.
- d) apenas I, II, IV e V.
- e) apenas II, III, IV e V.

## COMENTÁRIOS

### Afirmação I

Nepotismo é essencialmente a nomeação de parentes e afins para cargos em comissão com base em critérios que não sejam a pura e simples satisfação do interesse público. Ou simplesmente a nomeação de parentes e afins para cargos em comissão, não importa o critério que tenha levado a essa nomeação.

Já apareceu questão da ESAF dizendo que o nepotismo ofende o princípio da impessoalidade e questão da mesma ESAF dizendo que o nepotismo ofende o princípio da moralidade. Para mim, é **óbvio** que o nepotismo fere igualmente os dois princípios.

O grande problema foi que em uma questão o elaborador teve a infelicidade de colocar em alternativas separadas os dois princípios. Foi na questão abaixo:

(ESAF/CONTADOR RECIFE/2003) A rejeição à figura do nepotismo no serviço público tem seu amparo original no princípio constitucional da:

- a) moralidade
- b) legalidade
- c) impessoalidade
- d) razoabilidade
- e) eficiência

O gabarito oficial foi letra “a”. Infelizmente a questão não foi anulada.

Sinceramente espero que um erro desses não aconteça de novo. Todas as fontes que eu conheço e respeito, quando tratam do assunto, simplesmente prelecionam que o nepotismo contraria os princípios da impessoalidade e da moralidade, sem idéia de predomínio de um sobre o outro. Sabe-se lá por quê, a ESAF, na questão acima, resolveu divulgar como gabarito a letra “a”. Mas essa questão não faz parte de nosso curso, ou seja, não corroboro, de jeito nenhum, essa idéia de que o nepotismo fira “mais” a moralidade do que a impessoalidade.

Na questão que estamos comentando não há problema nenhum. O nepotismo fere o princípio da impessoalidade na sua acepção de finalidade, a qual como comentei na análise da questão 1, proíbe quaisquer favorecimentos ou perseguições de indivíduos pelo agente público.

Afirmativa certa.

### Afirmativa II

Imagino que essa definição tenha sido extraída de algum livro que eu desconheça. Está perfeita. A moral administrativa corresponde à noção de ética do grupo social, à idéia de atuação adequada do agente público, tendo em vista o fim de sua atuação que é sempre um fim público.

Afirmativa certa.

### **Afirmativa III**

O § 4º do art. 37 da Constituição trata das consequências jurídicas sancionatórias decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa. É esta sua redação:

“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.”

Portanto, são passíveis de serem aplicadas cumulativamente as quatro consequências previstas no texto constitucional – (1) suspensão dos direitos políticos; (2) perda da função pública; (3) indisponibilidade dos bens; (4) ressarcimento ao erário (claro que se não houver lesão ao erário as duas últimas não cabem) –, sem prejuízo de sanções penais e de outras sanções administrativas.

Vale observar que especificamente a ação de ressarcimento ao erário é imprescritível (CF, art. 37, § 5º).

Afirmativa errada.

### **Afirmativa IV**

A afirmação é meio empolada mas traduz uma idéia simples. A mera observância pela Administração daquilo que está escrito nas leis não é suficiente para legitimação de sua atuação. A legitimidade será plenamente atingida somente se a Administração atuar visando efetivamente à satisfação do interesse público. Podemos acrescentar que, a rigor, só é plenamente legítima a atuação da Administração quando são observados todos os princípios jurídicos que sobre ela incidem, não apenas a legalidade formal (cumprimento da literalidade da lei).

Afirmativa verdadeira.

### **Afirmativa V**

A afirmativa está absolutamente correta. O princípio da impessoalidade, em sua acepção de finalidade, que impede favorecimentos e perseguições, impõe a observância de um critério isonômico para a contratação ou nomeação de agentes públicos permanentes.

Alguns alunos têm dúvida se não seria o princípio da isonomia o fundamento da exigência dos concursos públicos. Claro que é! Acontece que o princípio da isonomia é simplesmente um princípio mais amplo, mais abrangente do que o princípio da impessoalidade, na acepção de finalidade. Podemos dizer, por outras palavras, que o princípio da impessoalidade, na acepção de finalidade, deriva do princípio da isonomia, ou, como gostam os juristas, dizer que ele é corolário do princípio da isonomia ou da igualdade.

Assim, a exigência de concurso público tem fundamento no princípio da isonomia e no princípio da impessoalidade, na acepção de finalidade.

O gabarito da questão é letra “d”.

14 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2000) A vedação da aplicação retroativa da nova interpretação da norma administrativa ampara-se no princípio da

- a) legalidade
- b) proporcionalidade
- c) finalidade
- d) segurança jurídica
- e) razoabilidade

### COMENTÁRIOS

Essa questão não trata de nenhum princípio específico de Direito Administrativo, mas de um princípio geral de Direito.

É um tipo clássico de questão. O elaborador cita uma regra qualquer e pede o princípio que fundamenta essa regra. A resposta envolve raciocínio a partir do conhecimento do conteúdo dos princípios. Às vezes, envolve um dose de subjetivismo, porque nenhuma norma tem base em um único princípio. Assim, esse tipo de questão sempre pede, mesmo que não esteja escrito, o princípio que **mais se relaciona** à norma nela citada.

A norma citada em nossa questão está no inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999. Não está escrito em lugar nenhum que ela decorre da segurança jurídica. Chega-se a isso por pura inferência lógica. Transcrevo o dispositivo.

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

.....

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

O gabarito da questão é letra “d”.

15 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) A vedação de aplicação retroativa de nova interpretação de norma administrativa encontra-se consagrada no ordenamento jurídico pátrio e decorre do princípio da segurança jurídica.



## COMENTÁRIOS

Trouxe esse item do CESPE só pra reforçar que é comum aparecer questão sobre essa regra do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/1999, transcrita na análise da questão anterior, simplesmente perguntando seu fundamento, que, como vimos, é o princípio da segurança jurídica.

Gabarito verdadeiro (V).

16 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do DF e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

## COMENTÁRIOS

Para finalizarmos nosso estudo dos princípios, trago esse item, que é um clássico.

O art. 37, *caput*, da Constituição, a partir da EC 19/1998, enumera cinco princípios fundamentais de Direito Administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O princípio da eficiência foi justamente o acrescentado pela EC 19/1998.

Ora, o item pretende que o aluno pense que seu enunciado está errado por não ter mencionado o princípio da eficiência. O aluno que embarca nessa ainda por cima fica todo satisfeito por saber que são cinco, não quatro, os princípios expressos, e que o princípio da eficiência foi acrescentado mais tarde. E marca “errado” no item.

Vejam bem, o item não está dizendo que os princípios são só aqueles. Está dizendo que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Isso está correto? Claro que está! Pergunto eu: e se dissesse que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade e da moralidade, estaria correto? Claro que sim!

Portanto, cuidado com esses famosos enunciados “incompletos”. Eles só estarão errados se a questão ou o item disser que a enumeração está completa. Por exemplo, se nosso item dissesse que a “Administração Pública obedecerá exclusivamente aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade” sem dúvida estaria errado. Mas do modo como foi redigido não está errado; simplesmente decidiu escolher apenas quatro dos princípios expressos do *caput* do art. 37.

Item certo (V).

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

1 – (ESAF/Fiscal RN/2005) - Sobre os princípios constitucionais da administração pública, pode-se afirmar que

I. o princípio da legalidade pode ser visto como incentivador do ócio, haja vista que, segundo esse princípio, a prática de um ato concreto exige norma expressa que o autorize, mesmo que seja inerente às funções do agente público;

II. o princípio da publicidade visa a dar transparência aos atos da administração pública e contribuir para a concretização do princípio da moralidade administrativa;

III. a exigência de concurso público para ingresso nos cargos públicos reflete uma aplicação constitucional do princípio da impessoalidade;

IV. o princípio da impessoalidade é violado quando se utiliza na publicidade oficial de obras e de serviços públicos o nome ou a imagem do governante, de modo a caracterizar promoção pessoal do mesmo;

V. a aplicação do princípio da moralidade administrativa demanda a compreensão do conceito de “moral administrativa”, o qual comporta juízos de valor bastante elásticos;

VI. o princípio da eficiência não pode ser exigido enquanto não for editada a lei federal que deve defini-lo e estabelecer os seus contornos.

Estão corretas as afirmativas

- a) I, II, III e IV.
- b) II, III, IV e V.
- c) I, II, IV e VI.
- d) II, III, IV e VI.
- e) III, IV, V e VI.

2 - (ESAF/AFC/SFC/2000) O regime jurídico-administrativo abrange diversos princípios. Entre os princípios abaixo, assinale aquele que se vincula à limitação da discricionariedade administrativa.

- a) impessoalidade
- b) presunção de legitimidade
- c) razoabilidade
- d) hierarquia
- e) segurança jurídica

3- (ESAF/AFRF/2003) Tratando-se de poder de polícia, sabe-se que podem ocorrer excessos na sua execução material, por meio de intensidade da medida maior que a necessária para a compulsão do obrigado ou pela extensão da

medida ser maior que a necessária para a obtenção dos resultados lícitamente desejados. Para limitar tais excessos, impõe-se observar, especialmente, o seguinte princípio:

- a) legalidade
- b) finalidade
- c) proporcionalidade
- d) moralidade
- e) contraditório

4 – **(ESAF/AFC/STN/2005)** Relacionando o estudo do ato administrativo com o do regime jurídico-administrativo, assinale no rol de princípios abaixo aquele que mais se coaduna com a imposição de limites ao atributo de auto-executoriedade do ato administrativo:

- a) finalidade
- b) moralidade
- c) publicidade
- d) proporcionalidade
- e) motivação

5 - (CESPE/Auditor INSS/2003) O princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do estado de direito.

6 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O princípio da legalidade pode ser afastado ante o princípio da supremacia do interesse público, especialmente nas hipóteses de exercício de poder de polícia.

7 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) A veiculação do ato praticado pela administração pública na Voz do Brasil, programa de âmbito nacional, dedicado a divulgar fatos e ações ocorridos ou praticados no âmbito dos três poderes da União, é suficiente para ter-se como atendido o princípio da publicidade.

8 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) A possibilidade de reconsideração por parte da autoridade que proferiu uma decisão objeto de recurso administrativo atende ao princípio da eficiência.

9 - (ESAF/PROCURADOR FORTALEZA/2002) O princípio constitucional da eficiência vincula-se à noção de administração:

- a) patrimonialista
- b) gerencial
- c) descentralizada
- d) burocrática
- e) informatizada

10 – (ESAF/Analista Compras Recife/2003) A finalidade, como elemento essencial de validade do ato administrativo, corresponde na prática e mais propriamente à observância do princípio fundamental de

- a) economicidade
- b) publicidade
- c) legalidade
- d) moralidade
- e) impessoalidade

11 – **(ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005)** Assinale a opção correta, relativamente ao princípio da legalidade.

- a) Tal princípio é de observância obrigatória apenas para a Administração direta, em vista do caráter eminentemente privatístico das atividades desenvolvidas pela Administração indireta.
- b) Não se pode dizer que todos os servidores públicos estejam sujeitos ao princípio da legalidade, na medida em que, para alguns, sua conduta profissional é regida precipuamente por regulamentos, editados pelo Poder Executivo.
- c) A inobservância ao princípio da legalidade, uma vez verificada, cria para o administrador o dever – e não a simples faculdade – de revogar o ato.
- d) Tal princípio não autoriza o gestor público a, nessa qualidade, praticar todos os atos que não estejam proibidos em lei.
- e) O princípio da legalidade é característico da atividade administrativa, não se estendendo à atividade legislativa, pois esta tem como característica primordial a criação de leis, e não sua execução.

12 – (ESAF/AFTE-MG/2005) No que tange aos princípios do Direito Administrativo, assinale a opção correta.

- a) O princípio da moralidade administrativa se vincula a uma noção de moral jurídica, que não se confunde com a moral comum. Por isso, é pacífico que a

ofensa à moral comum não implica também ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

b) O princípio da autotutela faculta a Administração Pública que realize policiamento dos atos administrativos que pratica.

c) O princípio da impessoalidade relaciona-se ao fim legal previsto para o ato administrativo.

d) A inobservância ao princípio da proporcionalidade pelo ato administrativo, por dizer respeito ao mérito do ato, não autoriza o Poder Judiciário a sobre ele se manifestar.

e) O princípio da continuidade do serviço público impediu que ocorresse um abrandamento com relação à proibição de greve nos serviços públicos.

13 – (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) Pode-se afirmar que:

I. o nepotismo é uma das formas de ofensa ao princípio da impessoalidade na administração pública.

II. a moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins.

III. nos termos do § 4º do art. 37 da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública são penas alternativas, não sendo lícita a aplicação cumulativa delas, em caso de ato de improbidade administrativa.

IV. a legalidade meramente formal não é suficiente para legitimar os atos da administração pública; é necessária, também, a realização efetiva e eficiente do interesse público.

V. a exigência constitucional de concurso público para provimento de cargos públicos reflete a aplicação efetiva do princípio da impessoalidade.

Estão corretas as afirmativas:

a) I, II, III, IV e V.

b) apenas I, II, III e IV.

c) apenas I, III, IV e V.

d) apenas I, II, IV e V.

e) apenas II, III, IV e V.

14 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2000) A vedação da aplicação retroativa da nova interpretação da norma administrativa ampara-se no princípio da

a) legalidade

- b) proporcionalidade
- c) finalidade
- d) segurança jurídica
- e) razoabilidade

15 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) A vedação de aplicação retroativa de nova interpretação de norma administrativa encontra-se consagrada no ordenamento jurídico pátrio e decorre do princípio da segurança jurídica.

16 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos estados, do DF e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

## **AULA 4: ATOS ADMINISTRATIVOS**

### **3. Atos administrativos. Processo administrativo.**

1 - (ESAF/TFC/SFC/2000) O requisito do ato administrativo que se vincula à noção de permanente e necessária satisfação do interesse público é:

- a) objeto
- b) finalidade
- c) competência
- d) motivo
- e) forma

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão trata dos chamados requisitos dos atos administrativos. Antes de tratarmos desse assunto, entretanto, é necessário expor algumas noções introdutórias acerca dos atos administrativos. Não é nada comum serem abordadas, em questões objetivas de concursos, essas noções básicas. Mas, justamente por serem básicas, precisamos iniciar o estudo dos atos administrativos por elas.

Os atos administrativos são espécie do gênero ato jurídico.

A teoria geral do Direito distingue:

a) Fatos jurídicos em sentido amplo: qualquer evento, humano ou não, do qual decorram efeitos jurídicos. Abrangem:

a.1. Fatos jurídicos em sentido estrito (ou, simplesmente, fatos jurídicos): qualquer evento que produza efeitos jurídicos e não constitua uma declaração de vontade, uma pronúncia ou uma prescrição;

a.2. Atos jurídicos: qualquer dicção prescritiva de direito ou comando jurídico, sempre dependente da atuação humana direta.

Dessa classificação, e tendo em vista que os atos administrativos são uma categoria de atos jurídicos, decorre que a Administração poderá dar origem a:

#### **a) Fatos administrativos:**

São fatos administrativos qualquer realização material decorrente do exercício da função administrativa ("atos materiais").

É também fato administrativo o silêncio da Administração que produza efeitos jurídicos.

Os fatos administrativos não estão sujeitos à teoria geral dos atos administrativos.

Suas principais características são:

I) não têm como finalidade a produção de efeitos jurídicos (embora possam deles eventualmente decorrer efeitos jurídicos).

II) não há manifestação ou declaração de vontade da Administração;

III) não faz sentido falar-se em presunção de legitimidade;

IV) Não se pode cogitar de revogação ou anulação de fato administrativo;

V) Não faz sentido falar-se em fatos administrativos discricionários ou vinculados.

#### b) **Atos administrativos:**

Representam uma manifestação ou declaração unilateral de vontade da Administração, quando esta atua na qualidade de Administração Pública.

#### c) **Atos da Administração:**

São atos praticados pela Administração regidos pelo Direito Privado (ex., oferta pública de ações de propriedade da União, a assinatura de um cheque por uma entidade da Administração Indireta etc.).

Essa classificação, vista acima, é a mais tradicional. Mas, como estamos no campo das classificações, cada autor pode fazer a que bem entenda.

Pois bem, acho relativamente importante deixar registrado que a professora Maria Sylvia Di Pietro adota um conceito diferente de fato administrativo, no qual ele constitui espécie do gênero fato jurídico em sentido estrito. A autora alude, ainda, a **fatos da Administração** (mas não dá nenhum exemplo de o que seriam esses fatos da Administração). Para ela, estes diferem dos fatos administrativos por não produzirem efeitos jurídicos no âmbito do Direito Administrativo.

O melhor que eu posso fazer transcrever o trecho do livro da professora Maria Sylvia, em que essas definições são expostas (grifos no original):

“O Direito Civil faz distinção entre **ato** e **fato**; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado **fato jurídico** e produz efeitos no mundo do Direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do Direito Administrativo, ele é um **fato administrativo**, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.

Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado **fato da Administração**”.

Portanto, temos uma definição de **fato da Administração**, mas não um exemplo. Para Maria Sylvia, fato da Administração é uma atuação da Administração Pública que não representa uma declaração ou manifestação de vontade humana direta e que não produz efeitos no campo do Direito Administrativo. Não consigo enxergar



nenhuma importância nessa definição, a não ser eventual cobrança em questão de concurso!

Ainda, os livros tradicionais de Direito Administrativo falam ainda em **atos políticos ou de governo**, que são os atos da Administração Pública em sentido amplo, não sujeitos à teoria geral dos atos administrativos, praticados em obediência direta à Constituição (exemplos: iniciativa de lei, sanção ou veto).

Por fim, o Estado pratica atos Legislativos e Judiciais (ou jurisdicionais), que também não estão sujeitos à teoria geral dos atos administrativos.

Vistas essas breves noções, passemos à definição de ato administrativo e, depois, ao objeto da questão, os seus elementos ou requisitos.

Das definições, a mais tradicional é a de Hely Lopes Meirelles, segundo a qual, “ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”

Pode ser útil, também, conhecer a do professor Celso Antônio Bandeira de Mello: “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Passemos, agora, ao estudo dos elementos ou requisitos dos atos administrativos, que é o assunto específico da questão.

Para nossos concursos, são sempre cinco os elementos apontados: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Façamos de cada um.

## **COMPETÊNCIA**

Podemos definir competência como o poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo.

A competência é um elemento sempre vinculado à previsão em lei.

Quando o agente público atua fora ou além de sua esfera de competência temos uma das modalidades de abuso de poder, especificamente o vício denominando **excesso de poder**.

Como veremos adiante, entretanto, o vício de competência, ou seja, o excesso de poder, nem sempre obriga à anulação do ato. O vício de competência admite convalidação, salvo se se tratar de competência em razão da matéria ou competência exclusiva.

Quando estudamos a competência, precisamos tratar da delegação e da avocação.

Nos casos de delegação e avocação não há transferência da titularidade da competência, apenas do seu exercício. Isso é evidente, pois a competência é prevista em lei, e não poderia ser modificada por um ato administrativo (a delegação e a avocação de competência são efetivadas por atos administrativos).

O ato de delegação ou de avocação é discricionário e é revogável a qualquer tempo.

Quanto à delegação de competência, devemos conhecer as regras previstas na Lei 9.784/1999. Essa Lei, aplicável a todo o Poder Executivo federal, nos seus artigos 11 a 14, estabelece os seguintes requisitos e as seguintes características da delegação de competência:

- a) A regra geral é a possibilidade de delegação de competência, a qual **somente não é admitida se houver impedimento legal**.
- b) A delegação pode ser feita para órgãos ou agentes subordinados, mas ela também é **possível mesmo que não exista subordinação hierárquica**, nos expressos termos do art. 12 da lei.
- c) A delegação deve ser de **apenas parte da competência** do órgão ou agente, não de todas as suas atribuições.
- d) A delegação deve ser feita por **prazo determinado**.
- e) O ato de delegação é **revogável a qualquer tempo** pela autoridade delegante.
- g) O ato de delegação e sua revogação **deverão ser publicados no meio oficial**.
- h) O ato praticado por delegação deve mencionar expressamente esse fato e é considerado adotado pelo delegado, ou seja, a responsabilidade recai sobre ele.

A Lei 9.784/1999 estabelece, ela própria, atos não passíveis de delegação. **Atenção! Esse assunto é muito exigido em concursos públicos!** São as seguintes as competências indelegáveis (art. 13 da Lei 9.784/1999):

- 1) atos de caráter normativo;
- 2) decisão de recursos administrativos;
- 3) matérias da competência exclusiva do órgão ou da autoridade delegante.

A **avocação** de competência está tratada no art. 15 da Lei 9.784/1999. A única coisa que esse artigo estabelece é que “será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior”.

**Avocação**, portanto, é o ato mediante o qual o superior hierárquico traz para si o exercício temporário de parte da competência atribuída originariamente a um subordinado (a Lei 9.784/1999 não prevê avocação de atribuição de órgão ou agente não subordinado). Deve ser medida excepcional e fundamentada, mas a Lei 9.784/1999.

A Lei nada fala sobre competências não passíveis de avocação. A professora Maria Sylvia Di Pietro ensina que a **avocação não é possível quando se tratar de competência exclusiva do subordinado**, posição que devemos adotar em questões de concursos.

Vejamos o próximo elemento, a finalidade.

## **FINALIDADE**

Já estudamos a finalidade, não como elemento dos atos administrativos, mas como umas das facetas (a mais tradicionalmente comentada) do princípio da impessoalidade. Pois bem, os estudos obviamente se sobrepõem. Afinal, a finalidade como princípio de atuação da Administração Pública é a mesma finalidade descrita como elemento ou requisito dos atos administrativos.

A finalidade é descrita pela doutrina como um elemento sempre vinculado à lei. Nunca é o agente público quem determina a finalidade a ser perseguida em sua atuação, mas sim a lei.

Como vimos, temos uma finalidade geral ou mediata, que é sempre a mesma, expressa ou implicitamente estabelecida na lei: a satisfação do interesse público.

E temos uma finalidade específica, imediata, que é o objetivo direto, previsto na lei, que deve determinar a prática do ato. Trataremos desse ponto mais adiante.

Seja como for, o desatendimento a qualquer dessas finalidades acarreta vício insanável do ato, com sua obrigatória anulação. O vício de finalidade é descrito pela doutrina como desvio de poder, e é a outra modalidade do denominado abuso de poder.

Conforme seja desatendida a finalidade geral ou a específica, teremos duas espécies de desvio de poder:

a) O agente busca uma finalidade alheia ou contrária ao interesse público (ex., ato praticado com o fim de favorecer ou prejudicar alguém);

b) O agente pratica um ato condizente com o interesse público, mas a lei não prevê aquela finalidade específica para o tipo de ato praticado (ex., remoção de ofício de servidor a fim de puni-lo por indisciplina; será desvio de finalidade, ainda que a localidade para a qual ele foi removido necessite realmente de pessoal).

Seja qual for o caso, o vício de finalidade não pode ser convalidado e o ato que o contenha é sempre nulo.

Passemos ao outro elemento, a forma.

## **FORMA**

A forma é o modo de exteriorização do ato administrativo.

Segundo Hely Lopes Meirelles, a forma é requisito vinculado e imprescindível à validade do ato. Todo ato administrativo é, em princípio, formal e a forma exigida pela lei quase sempre é a escrita.

Aqui temos um problema. Apesar de a doutrina tradicional afirmar que a forma é elemento sempre vinculado em qualquer ato administrativo, minha opinião é que, atualmente, essa afirmativa deve ser vista com muito cuidado.

Isso porque o art. 22 da Lei 9.784/1999, embora determine que os atos dos processos administrativos devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável, afirma

categoricamente que esses atos “não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”.

Parece-me que temos que tratar assim o assunto:

a) Quando a lei não exigir forma determinada para os atos administrativos, cabe à Administração adotar aquela que considere mais adequada à obtenção de segurança jurídica, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade (no caso dos atos praticados no âmbito do processo administrativo, como vimos, a forma é sempre e obrigatoriamente escrita).

b) Diferentemente, sempre que a lei expressamente exigir determinada forma para a validade do ato, a inobservância acarretará a sua nulidade.

O afirmado na letra “b” é importante porque, como regra, o vício de forma é passível de convalidação. Entretanto, a convalidação não é possível quando a lei estabelece determinada forma como essencial à validade do ato.

Para concursos, então, penso que devemos marcar **verdadeiro** para questões que afirmem que a forma é elemento ou requisito vinculado (em princípio, mesmo que diga sempre vinculado). E também, obviamente, devemos marcar **verdadeiro** para qualquer questão que reproduza o *caput* do art. 22 da Lei 9.784/1999: “Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.”.

Devemos, por último, lembrar que, fora do processo administrativo, excepcionalmente, admitem-se atos administrativos não escritos, como são exemplos: ordens verbais do superior ao seu subordinado; gestos, apitos e sinais luminosos na condução do trânsito; cartazes e placas que expressam uma ordem da Administração Pública, como as que proíbem estacionar, proíbem fumar etc.

Vejamos o requisito motivo.

## **MOTIVO**

O motivo é a causa imediata do ato administrativo. É quase sempre, em questões de concurso, descrito como a situação de fato e de direito que determina ou autoriza a prática do ato, ou, de forma mais rebuscada, o pressuposto fático e jurídico (ou normativo) que enseja a prática do ato.

O que essa enunciação pretende descrever é que os atos administrativos são praticados quando ocorre a coincidência, ou subsunção, entre uma situação de fato (ocorrida no mundo natural) e uma hipótese legal.

Por exemplo, a lei diz que o servidor que tenha filho tem direito a licença-paternidade por cinco dias. Se um servidor faz um requerimento perante a Administração provando o nascimento de seu filho (pressuposto fático), a Administração, verificando que a situação fática se “encaixa” na hipótese descrita na norma legal, pratica o ato.

No nosso exemplo, como temos um ato vinculado, a lei **determina** que, à vista daquele fato, seja obrigatoriamente praticado aquele ato (concessão da licença-paternidade por cinco dias).

Quando se trata de um ato discricionário, a lei autoriza a prática do ato, à vista de determinado fato. Nesses casos, constatado o fato, a Administração pode, ou não, praticar o ato, ou pode escolher seu objeto, conforme critérios de oportunidade e conveniência e sempre nos limites da lei.

Não podemos confundir motivo com motivação. Motivação é a declaração escrita do motivo que determinou a prática do ato. É obrigatória em todos os atos vinculados, e sua exigência é regra geral nos atos discricionários. A motivação faz parte da **forma** do ato. Se o ato deve ser motivado para ser válido, e a motivação não é feita, o ato é nulo por vício de forma (vício insanável). Estudaremos a motivação mais à frente.

Vejamos, agora, o último elemento, o objeto dos atos administrativos.

## **OBJETO**

O objeto é o próprio conteúdo material do ato.

Nos atos vinculados, a um motivo corresponde um único objeto; verificado o motivo, a prática do ato (com aquele conteúdo estabelecido na lei) é obrigatória.

Nos atos discricionários, há liberdade de valoração do motivo e, como resultado, escolha do objeto, dentre os possíveis, autorizados na lei; o ato só será praticado se e quando a Administração considerá-lo oportuno e conveniente, e com o conteúdo escolhido pela Administração, nos limites da lei.

É tradicional a seguinte regra estabelecida pela doutrina:

- a) nos atos vinculados temos motivo e objeto vinculados;
- b) nos atos discricionários temos motivo e objeto discricionários.

Portanto, são os elementos **motivo** e **objeto** que permitem verificar se o ato é vinculado ou discricionário.

Nos atos discricionários, o binômio motivo-objeto determina o denominado **mérito administrativo**.

Mérito administrativo é o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos na lei. Vale repetir, só existe mérito administrativo em atos discricionários.

O mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial. Entendam bem isso. Controle de mérito é sempre controle de oportunidade e conveniência. Portanto, controle de mérito resulta na **revogação** ou não do ato, nunca em sua anulação.

Nos atos discricionários, o Judiciário, se provocado, pode controlar a legalidade do ato que, a título de “mérito administrativo”, haja extrapolado os limites da lei. É o que acontece, por exemplo, no controle de razoabilidade e da proporcionalidade. O Judiciário não vai entrar no mérito administrativo para dizer se o ato foi ou não conveniente. O que o Judiciário pode fazer é dizer: “olhe aqui, Administração, isso que você está chamando de mérito administrativo não é mérito não; a lei não permite que você pretenda considerar oportuno ou conveniente praticar um ato não razoável ou desproporcional; eu anulo esse ato por ilegitimidade, porque

you, extrapolando a esfera legal do mérito, de sua legítima atuação discricionária, praticou um ato ilegal ou ilegítimo, ofensivo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Voltando a nossa longínqua questão, vemos que ela simplesmente pede o “requisito do ato administrativo que se vincula   noção de permanente e necessária satisfação do interesse público”. A resposta   simples: finalidade.

Gabarito, letra “b”.

2 - (ESAF/PFN/2003) A remoção de ofício de servidor público como punição por algum ato por ele praticado caracteriza vício quanto ao seguinte elemento do ato administrativo:

- a) motivo
- b) forma
- c) finalidade
- d) objeto
- e) competência

### COMENTÁRIOS

Esse é o exemplo de desvio de finalidade que mais aparece em concursos. Algumas questões acrescentam que existia mesmo necessidade de pessoal no local para onde o servidor foi removido com intuito punitivo.

Nesses casos em que há mesmo necessidade de pessoal fica caracterizado vício na finalidade específica, porque o ato não   contrário ao interesse público, mas   contrário à finalidade do instituto da remoção, que, segundo a lei, não possui fim punitivo.

Seja como for, existindo ou não necessidade efetiva de pessoal no local para onde o servidor foi removido, o ato é, de qualquer forma, nulo. Desvio de finalidade nunca é passível de convalidação.

Gabarito, letra “c”.

3 – (Cespe/Fiscal INSS/2001) Mesmo que a autoridade administrativa seja competente tanto para punir um subordinado como para removê-lo para outra cidade, será inválido o ato de remoção praticado como meio de punição ao subordinado, ainda que haja necessidade de pessoal na cidade para onde o servidor foi removido.

### COMENTÁRIOS

Trouxe esse item do CESPE só para reforçar a frequência com que esse exemplo de desvio de finalidade aparece nos concursos. Há muitas outras, mas não faz sentido transcrever todas. Ficamos por aqui.

Item certo (C).

4 – (Cespe/AFCE/TCU/1998) Em qualquer ato administrativo, considerar-se-ão sempre vinculados os elementos da competência, finalidade e forma.

## COMENTÁRIOS

Nesse item do CESPE acontece aquilo que cometei quando estudamos a forma como elemento dos atos administrativos. O item, baseado em trecho literal do livro do prof. Hely Lopes Meirelles, foi considerado verdadeiro.

Eu sei que a questão é de 1998. Mas, se aparecesse, hoje, uma afirmação exatamente igual a essa em uma questão do tipo verdadeiro ou falso, eu marcaria verdadeiro.

Vocês devem tomar muito cuidado com a afirmação de que a forma é elemento ou requisito sempre vinculado.

Em questões da ESAF, nas quais seja possível fazer eliminação, nunca considerem uma verdade absoluta que a forma seja elemento vinculado. Só para dar um exemplo bem simplificado, imaginem uma questão do tipo “marque a alternativa falsa”, em que, na letra “a”, esteja afirmado que a “forma dos atos administrativos é elemento discricionário” e, na letra “d”, esteja dito que “as autarquias são pessoas jurídicas de direito privado”. Não pode haver dúvida de que devemos marcar a letra “d”, certo? A letra “d” está absolutamente errada. Já a afirmação de que a forma é elemento discricionário contaria a doutrina tradicional, mas é compatível com a Lei 9.784/1999, além de ser a posição adotada pelo prof. Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em resumo, não tenho como estabelecer verdades absolutas quanto a esse assunto. Minha opinião é que, em princípio, a doutrina tradicional ainda deve ser considerada válida, mas, por outro lado, temos que saber que há base legal e doutrinária para classificar a forma dos atos administrativos como elemento discricionário.

O item foi considerado certo (C).

5 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Os atos do processo administrativo independem de forma determinada, a menos que a lei expressamente o exija.

## COMENTÁRIOS

Um item como esse não deve nos causar dúvida nenhuma. Ele é quase a transcrição do *caput* do art. 22 da Lei 9.784/1999 (“Os atos do processo

administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.”).

Em casos assim, as opiniões doutrinárias não têm nenhuma importância. Devemos seguir o texto legal.

O item é certo (C).

6 - (Cespe/Papiloscopista PF/2000) Quando a lei admite que a autoridade administrativa pratique ato administrativo com base no poder discricionário, a autoridade poderá estabelecer a competência para a prática do ato.

### **COMENTÁRIOS**

Como vimos, competência é um elemento sempre determinado na lei. Logo, nunca pode ser estabelecida pelo agente administrativo.

Além disso, vimos que a discricionariedade restringe-se aos elementos motivo e objeto. No ato discricionário o agente público é autorizado, pela lei, a avaliar o motivo e escolher o objeto, nos limites da lei, conforme critério de oportunidade e conveniência. Nada tem a ver com escolha ou determinação de competência.

Item errado (E).

7 – (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) Apesar de a competência, um dos requisitos essenciais do ato administrativo, ser irrenunciável, ela pode ser delegada ou avocada nas situações que a lei permitir, sendo exercida pelos órgãos a que foi atribuída como própria; entretanto, as decisões proferidas em sede de recursos administrativos não podem ser delegadas.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item trata da delegação de competência. Como vimos, a Lei 9.784/1999 estabeleceu como regra geral a possibilidade de delegação de competência, vale dizer, a delegação é permitida sempre que não houver proibição legal. A própria Lei, em seu art. 13, enumera atos que não podem ser delegados. São eles:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

O item está certo (C).

8 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Um órgão administrativo e seu titular não podem, sem previsão legal expressa, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares.



## COMENTÁRIOS

Vocês podem encontrar, em livros antigos de Direito Administrativo, a afirmação constante desse item como algo doutrinariamente correto.

Entretanto, pelo menos desde a Lei 9.784/1999, não há mais dúvida de que a regra é exatamente oposta.

Vejam o art. 12 da Lei 9.784/1999:

“Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.”

Portanto, a delegação de competência é autorizada, a menos que alguma lei proíba. Embora a Lei 9.784/1999 seja aplicável só à esfera federal, podemos generalizar, nesse ponto, a regra nela expressa, ou seja, a delegação de competência não depende de previsão legal expressa.

Item errado (E).

9 – (CESPE/ACE-TCU/2004) Em sendo o órgão colegiado competente para decidir sobre recursos administrativos, ele poderá, por força de disposição legal, delegar essa competência ao respectivo presidente.

## COMENTÁRIOS

Esse item foi mais difícil. Na verdade, ele exige simplesmente conhecimento do já visto art. 13 da Lei 9.784/1999, que enumera os atos não passíveis de delegação, quais sejam:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Vejam que, pelo inciso II, a decisão de recursos administrativos não pode ser delegada. E o item pergunta justamente se a competência para decidir recursos administrativos poderia ser delegada pelos integrantes do colegiado (uma turma, por exemplo) de um “tribunal” administrativo para o presidente desse colegiado (o presidente da turma, em nosso exemplo).

A resposta é não.

Por que o item é difícil?

Porque ele pretendeu confundir o candidato com o disposto no parágrafo único do art. 12 da Lei 9784/1999. Vejam o que diz esse parágrafo único:

“Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

**Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.”**

Uma leitura desavisada levaria à conclusão de que um órgão colegiado (uma turma de um “tribunal” administrativo) poderia delegar sua competência para decidir recursos administrativos ao seu presidente. Está errado. A proibição do art. 13, inciso II, é regra específica em relação a esse parágrafo único do art. 12. Portanto, o colegiado pode delegar parte de suas competências administrativas gerais a seu presidente, sejam lá quais forem, mas **não pode delegar a competência para decidir recursos administrativos.**

Item errado (E).

10 - (ESAF/PFN/2004) Sobre a delegação de competência administrativa, assinale a opção correta.

- a) É possível a delegação da decisão de recursos administrativos, ainda que não o seja para atos de caráter normativo.
- b) Em vista da necessidade de segurança jurídica aos atos da Administração, não se admite, em regra, que o ato de delegação seja revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.
- c) Não há a necessidade, como regra, de que o ato de delegação e o de sua revogação sejam publicados no meio oficial.
- d) As decisões adotadas por delegação consideram-se editadas pelo delegante.
- e) Se não houver impedimento legal, e for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, é possível a um órgão administrativo delegar parte de sua competência a outro órgão, ainda que este não lhe seja hierarquicamente subordinado.

## COMENTÁRIOS

Mais uma questão sobre delegação de competência, toda baseada nos arts. 12 a 14 da Lei 9.784/1999.

O gabarito é letra “e”, cuja base legal é o art. 12:

“Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.”

A alternativa “a” está errada porque, nos termos do muitas vezes citado art. 13, a delegação da decisão de recursos administrativos não é possível.

A alternativa “b” contraria frontalmente o § 2º do art. 14 (“O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.”).

A letra “c” contaria o *caput* do art. 14 (“O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.”).

A letra “d” discrepa do previsto no § 3º do art. 14 (“As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.”).

Gabarito da questão: letra “e”.

11 - (ESAF/TRF/2002-2) A avocação é um fenômeno, inerente ao poder hierárquico, aplicável ao processo administrativo, pelo qual a autoridade pode em certos casos, como assim previsto na Lei nº 9.784/99,

- a) delegar competência a órgão inferior.
- b) rever decisão em instância recursal.
- c) exercer delegação de órgão superior.
- d) exercer competência atribuída a órgão inferior.
- e) rever suas próprias decisões.

## COMENTÁRIOS

A questão traz pura e simplesmente a definição de avocação. Como vimos, a avocação está disciplinada somente no art. 15 da Lei 9.784/1999, nestes termos:

“Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.”

Acho útil mais uma observação.

Não devemos confundir **avocação** com **revogação de delegação**. No primeiro caso, o superior chama para si o exercício temporário de competência **originalmente** atribuída, pela lei, ao subordinado. No segundo – revogação de delegação – uma função foi anteriormente delegada e, simplesmente, ao ser a delegação revogada pelo delegante, retorna a ele o seu exercício. Nesse caso, a atribuição, originariamente, é do delegante, mas foi delegada a outrem. Quando a delegação é revogada pelo delegante, simplesmente o exercício daquela atribuição retorna a ele.

O gabarito da questão é letra “d”.

12 - (Esaf/AFC/SFC/2000) O ato administrativo pode apresentar diversos vícios. Tratando-se de vício relativo ao sujeito, temos que, quando o agente público extrapola os limites de sua competência, ocorre:

- a) desvio de poder
- b) função de fato
- c) excesso de poder
- d) usurpação de função
- e) desvio de finalidade

### COMENTÁRIOS

Essa questão não exige absolutamente nenhum raciocínio, mas puro conhecimento de nomes e expressões doutrinários.

Aproveitemos para estudar o abuso de poder. Ou melhor, simplesmente conhecer o conceito doutrinário do abuso de poder e seus desmembramentos.

A doutrina fala em abuso de poder para referir-se a situações em que o agente público atua fora de sua esfera de competência ou desviado dos fins legais determinantes da prática do ato.

Assim, o abuso de poder é gênero, de que são espécies:

- a) o excesso de poder, verificado quando há vício no elemento competência; e
- b) o desvio de poder, que ocorre quando há vício no elemento finalidade, seja a finalidade geral (o interesse público), seja a específica (o fim legal específico ensejador da prática do ato).

O desvio de poder é vício insanável, ou seja, o ato é nulo, sem possibilidade de convalidação.

O excesso de poder só é nulo quando temos vício de competência quanto à matéria (um ato cuja matéria seja de competência do Ministério da Saúde praticado pelo Ministério da Fazenda), ou vício de competência em atos de competência exclusiva. O vício de competência quanto à pessoa, se não for exclusiva, pode ser convalidado. Se o Superintendente da Receita Federal é o agente competente para praticar um ato não exclusivo e o Delegado da Receita Federal, que não possui essa competência, pratica esse ato, temos um caso de excesso de poder. Se o Superintendente entender que esse ato deva ser convalidado, em vez de anulado, pode convalidá-lo, simplesmente apondo sua assinatura embaixo da do Delegado. Estudaremos convalidação diante.

O gabarito da questão é letra “c”.

13 - (Esaf/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Quando a matéria, de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato administrativo é materialmente

inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, estamos diante de vício quanto ao seguinte elemento do ato administrativo:

- a) forma
- b) competência
- c) motivo
- d) objeto
- e) finalidade

## COMENTÁRIOS

Tornou-se um lugar-comum em questões de concursos a expressão “matéria de fato e de direito”, ou “pressuposto fático e jurídico (ou normativo)”, e similares, para descrever o elemento **motivo** dos atos administrativos.

O vício de motivo é insanável. O ato tem que ser anulado, sem possibilidade de convalidação.

A questão refere-se às duas hipóteses usuais de vício de motivo, a saber:

### 1) Motivo inexistente.

Melhor seria dizer fato inexistente. Nesses casos, a norma prevê: presente o fato “x” deve-se praticar o ato “y”. Se o ato “y” é praticado sem que tenha ocorrido o fato “x”, o ato é viciado por inexistência material do motivo.

### 2) Motivo ilegítimo (ou juridicamente inadequado).

Nessas hipóteses, existe uma norma que prevê: presente o fato “x” deve-se praticar o ato “y”. A Administração, diante do fato “z”, pratica o ato “y”.

A diferença dessa situação para a anterior é que na anterior não havia fato nenhum, ao passo que falamos em motivo ilegítimo quando existe um fato, mas ele não se enquadra corretamente na norma que determina ou autoriza a prática do ato.

O gabarito da questão é letra “c”.

14 - (ESAF/TRF/2002-2) O princípio da motivação, a que a Administração Pública Federal está obrigada a obedecer, de acordo com o que dispõem os artigos 2º e 5º da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, consiste em ter de indicar nos seus atos administrativos os respectivos pressupostos fáticos e jurídicos, sendo isso dispensável, porém, nos casos em que a autoridade decide

- a) processo administrativo de concurso público.
- b) dispensa de procedimento licitatório.
- c) recurso administrativo.
- d) em decorrência de reexame de ofício.

e) caso concreto aplicando jurisprudência sobre ele já firmada.

## COMENTÁRIOS

Essa questão trata de **motivação**.

Motivação é a declaração escrita do motivo que ensejou a prática do ato. A motivação, como regra geral, é obrigatória. Mas vejam que é uma regra geral. Todo é qualquer ato tem motivo, isso não tem exceção. Agora, a declaração escrita desse motivo, ou seja, a motivação, pode não existir.

Quando a motivação é exigida, a sua não-realização significa vício do ato relativo ao elemento **forma**. Sendo situação em que a lei exija a motivação para a validade do ato, a ausência da motivação será um vício de forma insanável, não passível de convalidação, ou seja, o ato é nulo.

O fundamento da exigência de motivação é o princípio da transparência da Administração Pública (que deriva, como vimos, do princípio da publicidade). De forma mais ampla, a cidadania fundamenta a exigência de motivação, uma vez que esta é essencial para assegurar o efetivo controle da Administração, inclusive o controle popular.

A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Vejam este trecho da obra de Celso Antônio B. de Mello:

“Os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.”

Os atos mais freqüentemente apontados pela doutrina como exemplo de atos que não precisam ser motivados são a nomeação para cargos em comissão e a exoneração dos ocupantes desses cargos (chamadas nomeação e exoneração “ad nutum”). A verdade é que como a motivação é um verdadeiro princípio, aliás expresso no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/1999, é difícil conseguir exemplos de atos que não precisem ser motivados.

A mesma Lei 9.784/1999 traz uma lista, em seu art. 50, dos atos em que a motivação é obrigatória. Antes, só existia doutrina a respeito. Com a lei, devemos ignorar a doutrina e conhecer muito bem o art. 50.

Repito, **é muito importante para concursos conhecer o art. 50 da Lei 9.784/1999**. Transcrevo-o:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.”

Voltemos à nossa questão.

Ela pede o ato que não precisa ser motivado.

Nas alternativas “a” a “d”, simplesmente reproduz os incisos do art. 50.

Na alternativa “e”, o elaborador da questão simplesmente inverteu a redação do inciso VII. Vejam bem, o inciso VII diz que têm que ser motivados os atos que “deixem de aplicar jurisprudência firmada” sobre a matéria em discussão. O elaborador da questão concluiu: ora, se tem que ser motivado quando deixa de aplicar a jurisprudência, então não tem que ser motivado quando simplesmente aplica a jurisprudência já firmada obre o assunto.

Na minha opinião, a conclusão do elaborador da questão foi infeliz. Mas minha opinião, aqui, não vem ao caso. É certo que a “menos errada” é a letra “e”, porque as outras alternativas são literais e os atos nelas descritos sem dúvida exigem motivação.

O gabarito é letra “e”.

15 - (ESAF/Analista MPU/2004) Um dos elementos essenciais à validade, dos atos administrativos, é a motivação, que consiste na indicação dos seus pressupostos fáticos e jurídicos, o que porém é preterível, naqueles que

- a) importem anulação ou revogação de outro anterior.
- b) dispensem ou declarem inexigível licitação.
- c) apliquem jurisprudência indicada em parecer adotado.
- d) importem ou agravem encargos ou sanções.
- e) neguem, limitem ou afetem direitos.

## COMENTÁRIOS

Trouxe essa questão para reforçar a importância do art. 50 da Lei 9.784/1999 e para vocês verem que, dada a dificuldade de encontrar exemplos de atos que não precisem ser motivados, a tendência de qualquer banca é trabalhar em cima dos incisos do art. 50, invertendo a redação, quando possível, para “encontrar” atos que dispensem motivação.

Na nossa questão, novamente o elaborador inverteu o inciso VII do art. 50, para concluir que a decisão administrativa que aplique jurisprudência indicada em parecer adotado não precisa ser motivada.

Aqui acho que a conclusão foi mais razoável do que na questão anterior. Não é que a decisão vá ser não-motivada. Ocorre que a motivação da decisão que aplica um parecer é o próprio parecer. Isso está explícito no § 1º do art. 50, como vemos abaixo:

“A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

Ademais, as outras alternativas simplesmente reproduzem incisos do art. 50.

O gabarito é letra “c”.

16 - (Cespe/Fiscal INSS/2001) De acordo com a teoria dos motivos determinantes, é lícito à administração pública impor um ato administrativo seu a terceiros, independentemente da concordância do afetado.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE tem uma “armadilha” tradicional. Ela traz um assunto e em seguida faz uma afirmação verdadeira, mas que não tem nada a ver com aquele assunto.

Especificamente, é correto afirmar que “é lícito à administração pública impor um ato administrativo seu a terceiros, independentemente da concordância do afetado”. Mas isso é a descrição da **imperatividade** dos atos administrativos, e não tem absolutamente nada a ver com a “teoria dos motivos determinantes”.

O item, portanto, é **errado** (E).

Aproveitemos para falar sobre a teoria dos motivos determinantes (TMD).

A TMD é bastante lógica. Segundo ela, a motivação de um ato vinculado ou discricionário (mesmo que não fosse obrigatória) sujeita a Administração ao controle de existência e legitimidade do motivo declarado. Caso seja comprovada a não ocorrência da situação declarada, ou a inadequação entre a situação ocorrida (pressuposto de fato) e o motivo autorizado na lei (pressuposto de direito), o ato será nulo.

Vejam que a TMD não transforma um ato discricionário em vinculado. Ela simplesmente acarreta a vinculação da Administração ao motivo que ela mesma declarou, ainda que não precisasse ter declarado. Verificada a inexistência ou inadequação do motivo, o ato é nulo. Não há possibilidade de a Administração, posteriormente à prática do ato, modificar a motivação, ou mesmo “voltar atrás” e retirar a motivação, se não fosse obrigatória. É só isso que significa “estar vinculada ao motivo declarado”.



17 - (ESAF/Analista MPU/2004) Com referência à discricionariedade, assinale a afirmativa verdadeira.

- a) A discricionariedade manifesta-se, exclusivamente, quando a lei expressamente confere à administração competência para decidir em face de uma situação concreta.
- b) O poder discricionário pode ocorrer em qualquer elemento do ato administrativo.
- c) É possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, respeitados os limites que são assegurados pela lei à atuação da administração.
- d) O princípio da razoabilidade é o único meio para se verificar a extensão da discricionariedade no caso concreto.
- e) Pela moderna doutrina de direito administrativo, afirma-se que, no âmbito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, sempre ocorre a discricionariedade administrativa.

## COMENTÁRIOS

Essa questão trata de discricionariedade. Vou utilizá-la para estudarmos algumas classificações doutrinárias dos atos administrativos. Só exporei as classificações que, a meu ver, têm chance de aparecer em concursos. Como se trata de assunto doutrinário, cada autor faz as classificações que bem quiser. Procurarei trazer a doutrina que penso ser a consagrada em concursos do CESPE e da ESAF.

De todas as classificações existentes, existe uma única que tem real importância e é unânime na doutrina e na jurisprudência. É a que distingue atos vinculados e discricionários.

### 1) Atos vinculados e atos discricionários.

**Atos vinculados:** são os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que configurada a situação objetiva descrita na lei.

Em resumo, temos um ato vinculado quando a lei faz corresponder a um motivo objetivamente determinado uma única e obrigatória atuação administrativa.

**Atos discricionários:** são aqueles que a Administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativa.

A definição acima é a tradicional. Só reconhece a existência de discricionariedade quando a lei explicitamente a confere.

A doutrina mais moderna, que tem aparecido em concursos, reconhece a existência de discricionariedade nesses casos e, também, quando a lei usa conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, segundo essa corrente de nossa doutrina, a discricionariedade existe: (1) quando a lei expressamente dá à Administração liberdade para atuar dentro de limites bem definidos (quanto a essa situação não existe divergência entre os autores); (2) quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados e, no caso concreto, a Administração depara-se com situações em que não existe possibilidade de determinar, com certeza, a ocorrência ou não do enquadramento do fato no conteúdo da norma; nessas situações, a Administração, dentre as possibilidades de atuação juridicamente legítimas, determinará a mais oportuna e conveniente, tendo em vista o interesse público.

## 2) Atos gerais e atos individuais.

**Atos administrativos gerais:** caracterizam-se por conter comandos gerais e abstratos, atingindo, portanto, todos os administrados que se encontrem na situação neles descrita. Atingem um número indeterminado de pessoas. São também denominados atos normativos. São sempre discricionários.

Características:

- a) Impossibilidade de impugnação judicial diretamente pela pessoa lesada, restando, somente, a via de arguição de inconstitucionalidade;
- b) Prevalência sobre o ato administrativo individual;
- c) Revogabilidade incondicionada;
- d) Impossibilidade de impugnação por meio de recursos administrativos.

**Atos administrativos individuais:** possuem destinatários determinados ou determináveis, constituindo ou declarando situação jurídica particular. São também chamados atos concretos, ou de efeitos concretos.

Se houver um só destinatário diz-se ato singular; se houver mais de um, será um ato plúrimo.

Admitem impugnação por meio de recursos administrativos ou de ação judicial, como mandado de segurança, ação popular, ações ordinárias etc.

A revogação de um ato individual somente é possível se este não houver gerado direito adquirido para seu destinatário.

## 3) Ato simples, complexo e composto

**Ato simples:** é o que decorre de uma única manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal (ato simples singular) ou colegiado (ato simples colegiado).

**Ato complexo:** é o que necessita, para sua formação, da manifestação de vontade de dois ou mais diferentes órgãos.

**Ato composto:** é aquele cujo conteúdo resulta da manifestação de um só órgão, mas a produção de seus efeitos depende de um outro ato que o aprove. A função desse segundo ato é meramente instrumental, e seu efeito é justamente tornar eficaz o ato principal.

Segundo a Professora Maria Sylvia Di Pietro, esse outro ato – aprovação, autorização, ratificação, visto ou homologação – pode ser posterior ou prévio ao principal.

Importante enfatizar que, enquanto no ato complexo temos um único ato, integrado por manifestações homogêneas de vontades de órgãos diversos, sem que se possa falar em principal e secundário, no ato composto existem dois atos, um principal e outro acessório. Esse segundo ato, o ato acessório ou instrumental, tem por conteúdo tão-somente a aprovação do ato principal, visando a dar-lhe eficácia, a torná-lo exeqüível.

4) Ato válido, nulo, inexistente, anulável.

**Ato válido:** é aquele que provém de autoridade competente e está conforme todas as exigências legais para a sua regular produção de efeitos (o que não significa que já seja exeqüível, eficaz).

**Ato nulo:** é aquele que nasce com vício insanável, normalmente resultante da ausência ou de defeito substancial em seus elementos constitutivos. Não pode produzir efeitos e a declaração de nulidade opera *ex tunc*, ressalvados, entretanto, os efeitos já produzidos em relação a terceiros de boa-fé.

**Ato inexistente:** é aquele que possui apenas aparência de manifestação de vontade da Administração Pública, mas, em verdade, não se origina de um agente da Administração Pública, mas de alguém que se passa por tal condição, como o usurpador de função. Para Celso A. B. de Mello, os atos cujos objetos sejam juridicamente impossíveis, como a ordem para a prática de um crime, (uma ordem do chefe de polícia para torturar presos) seriam também exemplo de atos inexistentes.

**Ato anulável:** segundo Celso A. B. de Mello são os atos passíveis de convalidação (caso de vício de competência, não exclusiva, em razão do sujeito e de vício de forma, quando não essencial à validade do ato).

5) Ato perfeito, válido, eficaz.

**a) Ato perfeito:** quando já se esgotaram todas as fases necessárias a sua produção. Seu processo de formação está concluído.

**b) Ato válido:** quando foi produzido em absoluta conformidade com o sistema normativo, com o ordenamento jurídico.

**c) Ato eficaz:** quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; a produção de efeitos não depende de evento posterior, como uma condição

suspensiva, um termo inicial ou um ato de controle prévio (aprovação ou homologação).

Segundo Celso Antônio B. Mello, um ato pode ser: perfeito, válido e eficaz; perfeito, inválido e eficaz; perfeito, válido e ineficaz; perfeito, inválido e ineficaz.

Voltando a nossa questão, vemos que ela trata de discricionariedade. Analisemos as alternativas.

#### **Alternativa “a”**

A afirmativa baseia-se na doutrina atual, que reconhece existir discricionariedade não só quando a lei expressamente confere liberdade de atuação à Administração (com expressões do tipo “a critério da Administração”, “é facultado” etc.), como também quando a lei simplesmente utiliza conceitos jurídicos indeterminados (como “boa-fé”, “manifestação de apreço”, “modicidade” etc.). No segundo caso, sempre que a situação concreta situar-se na zona de indeterminação do conceito, caberá à Administração, dentre as atuações possíveis, adotar a mais oportuna e conveniente ao interesse público, conforme seu exclusivo juízo de valor.

#### **Alternativa “b”**

A discricionariedade concentra-se nos elementos motivo e objeto do ato administrativo. Quando muito, alguns autores podem falar em discricionariedade quanto à forma, para alguns atos. Agora, com certeza, competência e finalidade nunca são discricionárias.

Alternativa incorreta.

#### **Alternativa “c”**

Todo e qualquer ato administrativo está sujeito ao controle judicial. Os atos discricionários escapam ao controle judicial **exclusivamente quanto ao mérito**. Portanto o controle judicial da discricionariedade administrativa é possível em relação a qualquer aspecto, a qualquer elemento do ato discricionário, menos quanto ao mérito administrativo.

Como vimos, atualmente fala-se muito em controle da discricionariedade com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Esses princípios são importantes para que se identifique a esfera legítima de abrangência do mérito. Lembrem-se que nunca pode ser alegado ser conveniente ou oportuno praticar um ato não-razoável ou desproporcional. Nesses casos, o ato é ilegal ou ilegítimo, ou seja, não se trata de controle de mérito – que declararia o ato inconveniente ou inoportuno –, mas de controle de legalidade.

Lembrem também que, segundo a teoria dos motivos determinantes, mesmo um ato discricionário que não precisasse ser motivado, se o for, estará sujeito ao controle do motivo, quanto à existência e legitimidade (não quanto ao mérito).

Em suma, todos os elementos dos atos discricionários estão sujeitos a controle judicial. Especificamente os elementos motivo e objeto escapam ao controle

quanto ao mérito administrativo. Mas só quanto ao mérito. Mesmo esses elementos podem ser controlados quanto à legalidade e legitimidade.

Alternativa certa. É o gabarito.

#### **Alternativa “d”**

O princípio da razoabilidade é um dos meios. Mesmo que desconsideremos o princípio da proporcionalidade, a extensão da discricionariedade pode estar objetivamente definida na própria lei.

Um exemplo bem simples. A Lei 8.112/1990 estabelece para faltas de gravidade média, ou reiteração de faltas leves, a possibilidade de suspensão de 1 a 90 dias.

Imaginem que um servidor, depois de ser punido por um falta leve, cometa outra, e seja suspenso por 90 dias. É possível, dependendo do caso concreto, que essa suspensão seja considerada ilegal por ofensa à razoabilidade (mais especificamente à proporcionalidade em sentido estrito).

Imaginemos, no mesmo exemplo, que fosse aplicada ao servidor a pena de suspensão por 100 dias. Nesse caso, o ato é nulo, mas não por ser não-razoável ou desproporcional; é nulo por simples vício de objeto. Vale dizer, os limites legais de discricionariedade são a suspensão por no mínimo um dia e no máximo 90 dias. Um ato de aplicação de suspensão por 100 dias é nulo por inexistência legal de seu objeto, ou seja, a lei não prevê essa pena disciplinar. O mesmo teríamos se fosse aplicada qualquer sanção não prevista em lei.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “e”**

Essa alternativa exige conhecimento da atual doutrina acerca da discricionariedade decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados.

Todos os conceitos indeterminados (tais como, “boa-fé”, “decoro”, “bons costumes”, “manifestações de apreço”, “moralidade pública”) têm uma zona de certeza, um núcleo em que não há margem para dúvida sobre o enquadramento ou não de uma situação em seu conteúdo.

Existe, entretanto, uma área de incerteza, uma “zona de penumbra” (“zona gris”), dentro da qual não é possível estabelecer uma única atuação juridicamente válida.

Quando um caso concreto escapa à zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado, a Administração tem discricionariedade para decidir acerca de seu enquadramento ou não na área de penumbra, no denominado halo de indeterminação do conceito. Nesses casos, caberá à Administração determinar a atuação que mais bem se conforme ao interesse público, não sendo possível estabelecer uma única atuação legítima.

Como vemos, não é correto dizer que sempre ocorre a discricionariedade administrativa no âmbito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados. Na “zona de certeza” do conceito não há discricionariedade. Só há discricionariedade quando a situação concreta enquadra-se na “zona de indeterminação”.

Alternativa errada.

Gabarito da questão, letra “c”.

18 - (ESAF/TRF/2002-2) O mérito é aspecto do ato administrativo que, particularmente, diz respeito à(ao)

- a) conveniência de sua prática.
- b) sua forma legal.
- c) sua motivação fática.
- d) princípio da legalidade.
- e) poder vinculado.

### COMENTÁRIOS

Essa questão ainda trata de discricionariedade, especificamente de mérito administrativo.

Como vimos, o mérito diz respeito aos elementos motivo e objeto. Existe mérito administrativo quando a lei permite ou possibilita à Administração decidir acerca da oportunidade e conveniência de praticar um ato, a partir da valoração dos motivos e escolha do objeto.

Gabarito, letra “a”.

19 - (Esaf/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) O ato administrativo discricionário tem por limite

- a) a consciência do administrador.
- b) os costumes administrativos.
- c) a norma legal.
- d) os critérios de conveniência e oportunidade.
- e) a decisão do juiz quanto ao mérito do ato.

### COMENTÁRIOS

Essa questão é simples mas não é fácil.

Seja qual for a escola doutrinária, sempre se reconhece que a discricionariedade tem por limite a lei.

Pela escola tradicional, a lei expressamente estabelece os limites de exercício da discricionariedade.

Pela doutrina mais atual, temos discricionariedade quando a lei expressamente a atribui à Administração e estabelece os limites de seu exercício e também quando a lei utiliza conceitos jurídicos indeterminados.

Seja qual for a hipótese, os limites do exercício da discricionariedade são sempre dados pela lei, ou dela decorrem.

A única alternativa que poderia causar confusão é a letra “d”.

Entretanto, vejam que critérios de conveniência e oportunidade não são limites ao exercício da discricionariedade. Eles são o próprio exercício da discricionariedade, que deve se dar nos limites da lei.

Os critérios de conveniência e oportunidade são adotados pela Administração, porque a lei autoriza expressamente, ou enseja sua adoção para aplicação, a casos concretos, de conceitos jurídicos indeterminados. Se fossem esses critérios que determinassem os limites do exercício da discricionariedade, cairíamos no absurdo de dizer que a própria Administração estabeleceria os limites de sua atuação discricionária.

Em resumo, os limites da atuação discricionária são estabelecidos pela lei; essa atuação ocorre segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro desses limites.

Gabarito, letra “c”.

20 – **(ESAF/AFTE-MG/2005)** Determinado particular ingressa com ação, pleiteando ao Poder Judiciário que modifique o conteúdo de um ato administrativo, alegando exclusivamente sua inconveniência. Em vista do fundamento apresentado para o pedido, o Poder Judiciário:

- a) poderá modificar o ato, diretamente, se entender que é, efetivamente, inconveniente.
- b) poderá obrigar a autoridade administrativa a modificá-lo.
- c) somente poderá modificar o ato se entender que foi editado em momento inoportuno, sem adentrar no exame quanto à sua conveniência.
- d) não poderá atender o pedido apresentado, por ser a conveniência aspecto relacionado à discricionariedade do administrador.
- e) não poderá atender o pedido, pois a intervenção do Poder Judiciário somente se justificaria se, a um só tempo, o ato fosse inconveniente e tivesse sido editado em momento claramente inoportuno.

## COMENTÁRIOS

A questão deixou bem claro que o pedido foi exclusivamente para o Poder Judiciário avaliar a conveniência de um ato administrativo.

Por outras palavras, pediu-se ao Judiciário que exerça controle de mérito de um ato administrativo. Com base no pedido, se o Judiciário acatasse a alegação de que o ato foi inconveniente, deveria revogar o ato.

Vejam que o pedido nada tem a ver com controle de razoabilidade e proporcionalidade, que é sempre controle de legalidade ou legitimidade, comumente utilizado para anular um ato que ultrapassa os limites da discricionariedade, ou seja, os limites legais do mérito administrativo.

Como já vimos, o Judiciário, no exercício de função judicial, nunca exerce controle de mérito, isto é, controle de conveniência e oportunidade. Vale dizer, o Judiciário, no exercício de função judicial, nunca revoga um ato administrativo. Se o ato for ilegal, **e for pedida em uma ação judicial sua anulação por ilegalidade**, o ato será anulado.

O gabarito, portanto, é letra “d”.

21 - (ESAF/AFRF/2003) Conforme a doutrina, o ato administrativo, quando concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora, classifica-se como:

- a) perfeito, válido e eficaz
- b) perfeito, válido e ineficaz
- c) perfeito, inválido e eficaz
- d) perfeito, inválido e ineficaz
- e) imperfeito, inválido e ineficaz

## COMENTÁRIOS

Essa questão trabalha exclusivamente com os conceitos que vimos acima.

Analisemos o enunciado.

- (i) está concluído o ciclo de formação do ato, logo, ele é perfeito;
- (ii) o ato está adequado aos requisitos de legitimidade, isto é, não tem vícios, portanto é válido;
- (iii) o ato ainda não pode produzir efeitos, porque depende de autorização, aprovação ou homologação a serem manifestadas por uma autoridade controladora, ou há um termo inicial ainda não atingido, ou há uma condição suspensiva ainda não implementada, logo, é ineficaz.

Em resumo, o ato está concluído (perfeito), sem vícios (válido) mas não pode produzir efeitos desde já (ineficaz).

Gabarito, letra “b”.



22– (Procurador do BACEN/2002) Tratando-se de ato administrativo, correlacione as duas colunas:

1- Ato administrativo imperfeito

2 – Ato administrativo pendente

3 – Ato administrativo consumado

4 – Ato administrativo válido

( ) O ato que está sujeito a termo ou condição para produzir seus efeitos.

( ) O ato que não pode produzir seus efeitos porque não concluiu seu ciclo de formação.

( ) O ato que está de conformidade com a lei.

( ) O ato que já exauriu seus efeitos.

a) 2/1/4/3

b) 1/2/4/3

c) 2/1/3/4

d) 1/2/3/4

e) 1/3/2/4

## COMENTÁRIOS

Essa questão funciona como um resumo de definições.

O seu gabarito é letra “a”.

“O ato que está sujeito a termo ou condição para produzir seus efeitos” é o ato **pendente**. Poderia ter sido chamado de ato **ineficaz**. Ato pendente ou ineficaz é o que está perfeito, ou seja, concluído, mas ainda não pode produzir efeitos, porque depende de autorização, aprovação ou homologação a serem manifestadas por uma autoridade controladora, ou há um termo inicial ainda não atingido, ou há uma condição suspensiva ainda não implementada.

“O ato que não pode produzir seus efeitos porque não concluiu seu ciclo de formação” é o ato imperfeito. A rigor, a definição de ato imperfeito é mais simples. Basta enunciar que é o ato incompleto, o ato que não completou todas etapas de sua formação. É lógico que o ato imperfeito “não pode produzir seus efeitos”, mas isso não é a definição de imperfeito, é consequência da imperfeição.

“O ato que está de conformidade com a lei” é o ato válido. Mais corretamente, o ato válido está em conformidade com o ordenamento jurídico, com a lei e os princípios, com a lei e o Direito.

“O ato que já exauriu seus efeitos” é o ato **consumado**.

Um exemplo de ato consumado: imaginem que eu queira participar da Feira do Livro de Porto Alegre, como representante de uma editora. Para montar minha

“barraquinha” na feira, preciso de uma “autorização de uso de bem público”, que é um ato administrativo. Imaginem que eu obtenha esse ato administrativo. Pois bem, acontece a feira, digamos, do dia 15 de agosto a 15 de setembro, e eu monto lá minha barraquinha e participo normalmente da feira. Depois do dia 15 de setembro, a feira já acabou, eu já desmontei minha “barraquinha” e fui para casa. Qual é a situação do ato administrativo de “autorização de uso de bem público” depois de 15 de setembro? É um ato exaurido ou **consumado**, isto é, um ato que já produziu todos os efeitos que poderia ter produzido.

O gabarito, portanto, é letra “a”.

23 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Entre os seguintes atos administrativos, assinale aquele que pode ser classificado como imperfeito.

- a) O ato de nomeação de Secretário de Estado ainda não publicado no respectivo Diário Oficial.
- b) O decreto do Prefeito Municipal que regulamenta o Código Tributário Municipal, mas condiciona sua vigência ao próximo exercício orçamentário.
- c) O ato de aposentadoria compulsória de servidor público, já homologado pelo Tribunal de Contas.
- d) O ato baixado por autoridade incompetente.
- e) O ato que apresenta vício em algum de seus elementos.

## COMENTÁRIOS

A ESAF e o CESPE têm aparecido com questões em que manifestam o entendimento de que um ato administrativo que dependa de publicação só estará perfeito depois de publicado. Ou seja, segundo esse entendimento, nos atos de publicação necessária a publicação integra o ciclo de formação do ato.

Minha opinião é que devemos adotar essa posição para concursos, especialmente quando a questão trata de perfeição, validade e eficácia. É uma posição um pouco curiosa, porque a publicação deixa de ser um simples requisito de eficácia de um ato pronto e passa a ser uma etapa de formação do próprio ato. Mas, concordemos ou não, é o que tem aparecido em concursos.

Na letra “b”, quiseram dar um exemplo de ato ineficaz.

Na letra “c”, parece que pretenderam dar um exemplo de ato perfeito e eficaz.

Nas letras “d” e “e”, a intenção foi apresentar atos inválidos.

O gabarito dessa questão é letra “a”.

24 - (CESPE/Assist. Jurídico/TJAC/2002) Um decreto presidencial que tenha sido elaborado em março de 2002 e que esteja aguardando publicação é considerado um ato imperfeito, pois não está apto a produzir efeitos jurídicos.

### **COMENTÁRIOS**

Trouxe esse item do CESPE só para reforçar o comentário da questão anterior.

O CESPE também adota o entendimento de que, nos atos de publicação necessária, a publicação integra o ciclo de formação do ato, ou seja, enquanto não publicado ele é imperfeito.

O item foi considerado certo (C).

25 - (CESPE/Assist. Jurídico/TJAC/2002) Ato simples é aquele que depende da vontade de apenas um órgão da administração pública, não importando que seja órgão simples ou colegiado.

### **COMENTÁRIOS**

Essa é a definição de ato simples. Tanto é um ato simples a decisão de um processo de consulta, proferida pelo Superintendente da Receita Federal, quanto um acórdão administrativo do Conselho de Contribuintes, órgão colegiado do Ministério da Fazenda.

Item certo (C).

26 - (Cespe/Assistente Jurídico do DF/2001) Ao ato administrativo cuja prática dependa de vontade única de um órgão da administração, mas cuja exeqüibilidade dependa da verificação de outro órgão, dá-se o nome de ato administrativo composto.

### **COMENTÁRIOS**

Essa é a definição tradicional de ato composto dada pelo prof. Hely Lopes Meirelles.

Para a prof. Maria Sylvia Di Pietro, essa “verificação de outro órgão” necessária à exeqüibilidade do ato, a que se refere o item, manifesta-se por um ato acessório – aprovação, autorização, ratificação, visto ou homologação – que pode ser posterior ou prévio ao principal.

Para a Professora Maria Sylvia Di Pietro, seriam exemplos de atos compostos as nomeações de autoridades ou dirigentes de entidades da Administração sujeitas à aprovação prévia pelo Poder Legislativo.

A autora, expressamente, cita como exemplo de ato composto a nomeação do Procurador-Geral da República, precedida de aprovação pelo Senado. O ato de nomeação seria o ato principal, executado pelo Presidente da República, e o ato de aprovação – que nesse caso é prévia – seria o ato acessório ou secundário, efetivado pelo Senado Federal.

Esse exemplo já apareceu em questão de concurso do CESPE como ato composto e o gabarito foi “verdadeiro”.

Gabarito do item: certo (C).

27 - (Cespe/Assistente Jurídico do DF/2001) A um ato administrativo para cuja prática exige-se a conjugação da vontade de mais de um órgão da administração, denomina-se ato administrativo complexo.

### **COMENTÁRIOS**

Essa é a definição tradicional de ato complexo. É um único ato, formado por manifestações de dois ou mais órgãos.

No ato complexo temos um único ato, integrado por manifestações homogêneas de vontades de órgãos diversos, sem que se possa falar em principal e secundário. No ato composto existem dois atos, um principal e outro acessório. Esse segundo ato, o ato acessório, tem por conteúdo tão-somente a aprovação do ato principal, visando a dar-lhe eficácia, a torná-lo exeqüível.

Exemplos atos complexos de são os atos normativos editados conjuntamente por órgãos diferentes da Administração federal, como são comuns as Portarias Conjuntas SRF/PGFN; Instruções Normativas Conjuntas SRF/STN etc.

Item certo (C).

28 - (CESPE/ACE-TCU/2004) Ato complexo é o ato que se aperfeiçoa pela manifestação da vontade de dois órgãos, sendo a vontade de um instrumental em relação à vontade do outro, que edita o ato principal.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item reproduz exatamente parte da definição de ato composto dada pela prof. Maria Sylvia Di Pietro. Se vocês trocassem nele a palavra “complexo” por “composto”, o item seria verdadeiro.

Item errado (E).

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

1 - (ESAF/TFC/SFC/2000) O requisito do ato administrativo que se vincula à noção de permanente e necessária satisfação do interesse público é:

- a) objeto
- b) finalidade
- c) competência
- d) motivo
- e) forma

2 - (ESAF/PFN/2003) A remoção de ofício de servidor público como punição por algum ato por ele praticado caracteriza vício quanto ao seguinte elemento do ato administrativo:

- a) motivo
- b) forma
- c) finalidade
- d) objeto
- e) competência

3 – (Cespe/Fiscal INSS/2001) Mesmo que a autoridade administrativa seja competente tanto para punir um subordinado como para removê-lo para outra cidade, será inválido o ato de remoção praticado como meio de punição ao subordinado, ainda que haja necessidade de pessoal na cidade para onde o servidor foi removido.

4 – (Cespe/AFCE/TCU/1998) Em qualquer ato administrativo, considerar-se-ão sempre vinculados os elementos da competência, finalidade e forma.

5 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Os atos do processo administrativo independem de forma determinada, a menos que a lei expressamente o exija.

6 - (Cespe/Papiloscopista PF/2000) Quando a lei admite que a autoridade administrativa pratique ato administrativo com base no poder discricionário, a autoridade poderá estabelecer a competência para a prática do ato.

7 – (CESPE/Técnico Judiciário TST/2003) Apesar de a competência, um dos requisitos essenciais do ato administrativo, ser irrenunciável, ela pode ser delegada ou avocada nas situações que a lei permitir, sendo exercida pelos órgãos a que foi atribuída como própria; entretanto, as decisões proferidas em sede de recursos administrativos não podem ser delegadas.

8 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Um órgão administrativo e seu titular não podem, sem previsão legal expressa, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares.

9 – (CESPE/ACE-TCU/2004) Em sendo o órgão colegiado competente para decidir sobre recursos administrativos, ele poderá, por força de disposição legal, delegar essa competência ao respectivo presidente.

10 - (ESAF/PFN/2004) Sobre a delegação de competência administrativa, assinale a opção correta.

a) É possível a delegação da decisão de recursos administrativos, ainda que não o seja para atos de caráter normativo.

b) Em vista da necessidade de segurança jurídica aos atos da Administração, não se admite, em regra, que o ato de delegação seja revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

c) Não há a necessidade, como regra, de que o ato de delegação e o de sua revogação sejam publicados no meio oficial.

d) As decisões adotadas por delegação consideram-se editadas pelo delegante.

e) Se não houver impedimento legal, e for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, é possível a um órgão administrativo delegar parte de sua competência a outro órgão, ainda que este não lhe seja hierarquicamente subordinado.

11 - (ESAF/TRF/2002-2) A avocação é um fenômeno, inerente ao poder hierárquico, aplicável ao processo administrativo, pelo qual a autoridade pode em certos casos, como assim previsto na Lei nº 9.784/99,

a) delegar competência a órgão inferior.

b) rever decisão em instância recursal.

c) exercer delegação de órgão superior.

d) exercer competência atribuída a órgão inferior.

e) rever suas próprias decisões.

12 - (Esaf/AFC/SFC/2000) O ato administrativo pode apresentar diversos vícios. Tratando-se de vício relativo ao sujeito, temos que, quando o agente público extrapola os limites de sua competência, ocorre:

- a) desvio de poder
- b) função de fato
- c) excesso de poder
- d) usurpação de função
- e) desvio de finalidade

13 - (Esaf/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Quando a matéria, de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato administrativo é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, estamos diante de vício quanto ao seguinte elemento do ato administrativo:

- a) forma
- b) competência
- c) motivo
- d) objeto
- e) finalidade

14 - (ESAF/TRF/2002-2) O princípio da motivação, a que a Administração Pública Federal está obrigada a obedecer, de acordo com o que dispõem os artigos 2º e 5º da Lei nº 9.784, de 29/01/1999, consiste em ter de indicar nos seus atos administrativos os respectivos pressupostos fáticos e jurídicos, sendo isso dispensável, porém, nos casos em que a autoridade decide

- a) processo administrativo de concurso público.
- b) dispensa de procedimento licitatório.
- c) recurso administrativo.
- d) em decorrência de reexame de ofício.
- e) caso concreto aplicando jurisprudência sobre ele já firmada.

15 - (ESAF/Analista MPU/2004) Um dos elementos essenciais à validade, dos atos administrativos, é a motivação, que consiste na indicação dos seus pressupostos fáticos e jurídicos, o que porém é preterível, naqueles que

- a) importem anulação ou revogação de outro anterior.
- b) dispensem ou declarem inexigível licitação.
- c) apliquem jurisprudência indicada em parecer adotado.

- d) importem ou agravem encargos ou sanções.
- e) neguem, limitem ou afetem direitos.

16 - (Cespe/Fiscal INSS/2001) De acordo com a teoria dos motivos determinantes, é lícito à administração pública impor um ato administrativo seu a terceiros, independentemente da concordância do afetado.

17 - (ESAF/Analista MPU/2004) Com referência à discricionariedade, assinale a afirmativa verdadeira.

- a) A discricionariedade manifesta-se, exclusivamente, quando a lei expressamente confere à administração competência para decidir em face de uma situação concreta.
- b) O poder discricionário pode ocorrer em qualquer elemento do ato administrativo.
- c) É possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, respeitados os limites que são assegurados pela lei à atuação da administração.
- d) O princípio da razoabilidade é o único meio para se verificar a extensão da discricionariedade no caso concreto.
- e) Pela moderna doutrina de direito administrativo, afirma-se que, no âmbito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, sempre ocorre a discricionariedade administrativa.

18 - (ESAF/TRF/2002-2) O mérito é aspecto do ato administrativo que, particularmente, diz respeito à(ao)

- a) conveniência de sua prática.
- b) sua forma legal.
- c) sua motivação fática.
- d) princípio da legalidade.
- e) poder vinculado.

19 - (Esaf/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) O ato administrativo discricionário tem por limite

- a) a consciência do administrador.
- b) os costumes administrativos.
- c) a norma legal.
- d) os critérios de conveniência e oportunidade.



e) a decisão do juiz quanto ao mérito do ato.

20 – **(ESAF/AFTE-MG/2005)** Determinado particular ingressa com ação, pleiteando ao Poder Judiciário que modifique o conteúdo de um ato administrativo, alegando exclusivamente sua inconveniência. Em vista do fundamento apresentado para o pedido, o Poder Judiciário:

a) poderá modificar o ato, diretamente, se entender que é, efetivamente, inconveniente.

b) poderá obrigar a autoridade administrativa a modificá-lo.

c) somente poderá modificar o ato se entender que foi editado em momento inoportuno, sem adentrar no exame quanto à sua conveniência.

d) não poderá atender o pedido apresentado, por ser a conveniência aspecto relacionado à discricionariedade do administrador.

e) não poderá atender o pedido, pois a intervenção do Poder Judiciário somente se justificaria se, a um só tempo, o ato fosse inconveniente e tivesse sido editado em momento claramente inoportuno.

21 - **(ESAF/AFRF/2003)** Conforme a doutrina, o ato administrativo, quando concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora, classifica-se como:

a) perfeito, válido e eficaz

b) perfeito, válido e ineficaz

c) perfeito, inválido e eficaz

d) perfeito, inválido e ineficaz

e) imperfeito, inválido e ineficaz

22– **(Procurador do BACEN/2002)** Tratando-se de ato administrativo, correlacione as duas colunas:

1- Ato administrativo imperfeito

2 – Ato administrativo pendente

3 – Ato administrativo consumado

4 – Ato administrativo válido

( ) O ato que está sujeito a termo ou condição para produzir seus efeitos.

( ) O ato que não pode produzir seus efeitos porque não concluiu seu ciclo de formação.

( ) O ato que está de conformidade com a lei.

( ) O ato que já exauriu seus efeitos.

a) 2/1/4/3

b) 1/2/4/3

c) 2/1/3/4

d) 1/2/3/4

e) 1/3/2/4

23 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Entre os seguintes atos administrativos, assinale aquele que pode ser classificado como imperfeito.

a) O ato de nomeação de Secretário de Estado ainda não publicado no respectivo Diário Oficial.

b) O decreto do Prefeito Municipal que regulamenta o Código Tributário Municipal, mas condiciona sua vigência ao próximo exercício orçamentário.

c) O ato de aposentadoria compulsória de servidor público, já homologado pelo Tribunal de Contas.

d) O ato baixado por autoridade incompetente.

e) O ato que apresenta vício em algum de seus elementos.

24 - (CESPE/Assist. Jurídico/TJAC/2002) Um decreto presidencial que tenha sido elaborado em março de 2002 e que esteja aguardando publicação é considerado um ato imperfeito, pois não está apto a produzir efeitos jurídicos.

25 - (CESPE/Assist. Jurídico/TJAC/2002) Ato simples é aquele que depende da vontade de apenas um órgão da administração pública, não importando que seja órgão simples ou colegiado.

26 - (Cespe/Assistente Jurídico do DF/2001) Ao ato administrativo cuja prática dependa de vontade única de um órgão da administração, mas cuja exeqüibilidade dependa da verificação de outro órgão, dá-se o nome de ato administrativo composto.

27 - (Cespe/Assistente Jurídico do DF/2001) A um ato administrativo para cuja prática exige-se a conjugação da vontade de mais de um órgão da administração, denomina-se ato administrativo complexo.

28 - (CESPE/ACE-TCU/2004) Ato complexo é o ato que se aperfeiçoa pela manifestação da vontade de dois órgãos, sendo a vontade de um instrumental em relação à vontade do outro, que edita o ato principal.

## **AULA 5: ATOS ADMINISTRATIVOS**

### **3. Atos administrativos. Processo administrativo.**

29 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Relativamente aos atributos dos atos administrativos, assinale a opção correta.

- a) Há atos administrativos para os quais a presunção de legitimidade (ou legalidade) é absoluta, ou seja, por terem sido produzidos na órbita da Administração Pública, não admitem a alegação, por eventuais interessados, quanto à ilegalidade de tais atos.
- b) A presunção de legitimidade não está presente em todos os atos administrativos, o que fundamenta a possibilidade de seu desfazimento pelo Poder Judiciário.
- c) Não se pode dizer que a imperatividade seja elemento de distinção entre os atos administrativos e os atos praticados por particulares, eis que estes últimos também podem, em alguns casos, apresentar tal atributo (por exemplo, quando defendem o direito de propriedade).
- d) O ato administrativo nem sempre apresenta o atributo da imperatividade, ainda que o fim visado pela Administração deva ser sempre o interesse público.
- e) O ato administrativo que tenha auto-executoriedade não pode ser objeto de exame pelo Poder Judiciário, em momento posterior, pois já produziu todos os seus efeitos.

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão é muito boa para iniciarmos o estudo dos denominados “atributos” dos atos administrativos. Entendam esses “atributos” como qualidades ou características dos atos administrativos (como veremos, nem todos os atos têm todos os atributos).

A doutrina sempre aponta três atributos para os atos administrativos: presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade. A prof Maria Sylvia, além desses, cita um outro, a tipicidade. A mesma autora, ainda, desmembra o atributo da presunção de legitimidade em “presunção de legitimidade” e “presunção de veracidade”.

### **PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE**

A presunção de legitimidade ou presunção de legalidade é o único atributo presente em todos os atos administrativos, quer imponham obrigações, quer reconheçam ou confirmem direitos aos administrados.

É uma **presunção relativa** (“juris tantum”), ou seja, admite prova em contrário.

O fato de ser uma presunção relativa leva à principal consequência desse atributo, e a mais cobrada em concursos públicos: **o ônus da prova da existência de vício no ato administrativo é de quem alega, ou seja, do administrado.**

As questões de concurso quase sempre referem-se a essa decorrência da presunção de legitimidade ou legalidade como “inversão do ônus da prova” (significando que a prova de algum vício deve ser feita pelo administrado).

Outra decorrência da presunção de legitimidade ou legalidade é a possibilidade de produção imediata de efeitos dos atos administrativos, somente impedida, se for o caso, mediante impugnações ou recursos administrativos que possuam efeito suspensivo (e a regra geral é os recursos não terem efeito suspensivo, a menos que a lei expressamente determine) ou decisão judicial que suste ou impeça a produção de efeitos do ato.

A prof. Maria Sylvia desmembra esse atributo em:

- a) presunção de legitimidade ou legalidade, significando que a interpretação e/ou aplicação da norma jurídica pela Administração foi correta;
- b) presunção de veracidade, significando que os fatos alegados pela Administração existem, são verdadeiros.

## **IMPERATIVIDADE**

Rigorosamente, imperatividade traduz a possibilidade que tem a Administração de criar obrigações ou impor restrições, unilateralmente, aos administrados.

A imperatividade decorre do denominado poder extroverso do Estado.

É um Atributo que não está não presente em todos os atos administrativos. Por exemplo, não são imperativos atos que reconheçam ou confirmem direitos ao particular, ou declarem situações preexistentes, entre outros.

Da mesma forma que ocorre relativamente à presunção de legitimidade (e em decorrência dela), os atos caracterizados pela imperatividade podem ser imediatamente impostos aos particulares a partir de sua edição, mesmo que estejam sendo questionados administrativa ou judicialmente quanto à sua validade, salvo na hipótese de impugnação ou recurso administrativo com efeito suspensivo, ou decisão judicial que suste ou impeça a aplicação do ato.

## **AUTO-EXECUTORIEDADE**

Para Hely Lopes Meirelles, “a auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.

Os atos auto-executórios são os que podem ser materialmente implementados diretamente pela Administração, inclusive mediante o uso da força, se necessária, sem necessidade de obtenção de autorização judicial prévia.

Entendam bem a auto-executoriedade nunca afasta a apreciação judicial do ato; apenas dispensa a Administração de obter autorização judicial prévia para sua prática.

Não é atributo presente em todos os atos administrativos. Os atos auto-executórios mais comuns são os atos de polícia, como a apreensão de mercadorias entradas ou encontradas no País irregularmente, a retirada dos moradores de um prédio que ameaça desabar, a demolição desse mesmo prédio, a destruição de alimentos impróprios para o consumo encontrados numa prateleira de supermercado, a demolição de obras clandestinas que ponham em risco a segurança da população, a dissolução de uma passeata etc.

Exemplo tradicional de ato que não é auto-executório é o ato de cobrança de multa, quando não paga espontaneamente pelo particular (nos contratos administrativos temos uma situação que é exceção a essa regra: quando há garantia prestada pelo contratado, a Administração pode, por ato próprio, executar a garantia para obter os valores de multas e outros prejuízos sofridos).

O prof. Celso Antônio Bandeira de Mello e a prof. Maria Sylvia Di Pietro prelecionam que a auto-executoriedade existe em duas situações (isso aparece bastante em concursos):

- a) quando a lei expressamente a prevê; e
- b) mesmo quando não expressamente prevista, em situações de urgência.

Transcrevo a lição de Maria Sylvia a respeito:

“No Direito Administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;

2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece, também, no âmbito da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.”

## **TIPICIDADE**

Até hoje não vi esse atributo aparecer em concursos.

Para a prof. Maria Sylvia, a tipicidade “é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados.”

O fundamento desse atributo seria a segurança jurídica.

Na prática, essa exigência de que haja um ato específico para cada medida que se pretenda adotar não é observada, de maneira nenhuma, na nossa Administração.

Voltando a nossa questão.

#### **Alternativa “a”**

A presunção de legitimidade é **sempre** uma presunção relativa. Seria contrária ao Estado de Direito a idéia de a Administração poder praticar atos não passíveis de qualquer contestação.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “b”**

A presunção de legitimidade está presente em todos os atos administrativos e isso nada tem a ver com a “possibilidade de seu desfazimento pelo Poder Judiciário”. Simplesmente, para o “desfazimento” judicial ou administrativo do ato, exige-se que o particular prove o vício que alegue.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “c”**

O ordenamento jurídico, em situações excepcionais, autoriza o particular a usar a força. São exemplos a legítima defesa e essa defesa da propriedade ou posse pela força mencionada na alternativa.

Mas a existência dessas exceções não permite, de forma nenhuma, dizer que a imperatividade seja um atributo comum aos atos particulares e administrativos.

O fato de a imperatividade ser regra geral para os atos administrativos e situação muito excepcional para os atos particulares permite afirmar que ela é, sim, um elemento distintivo entre eles.

A rigor, nem se pode falar em “imperatividade” para um ato particular, porque esta decorre do poder de império, do poder extroverso do Estado, que permite criar obrigações ou impor restrições ao particular mesmo que este não tenha praticado nenhum ato contrário ao ordenamento jurídico. As situações em que o particular pode usar a força sempre são situações de reação a uma atuação anterior de outrem contrária ao ordenamento jurídico.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “d”**

Está perfeita a afirmação constante dessa alternativa.

Atender ao interesse público não significa obrigatoriamente ser contrário a um interesse do particular.

Por exemplo, quando a Administração concede a alguém uma autorização para uso de bem público (como em nosso exemplo da participação do representante de uma editora na Feira do Livro de Porto Alegre), não está praticando um ato imperativo, e esse ato é de interesse do particular, mas será, também, sempre, de interesse público.

Nos atos imperativos, normalmente é contrariado um interesse ou restringido um direito do particular. Nos atos não imperativos não ocorre isso. Mas, em qualquer ato administrativo a finalidade geral ou mediata é o interesse público.

Alternativa certa.

### **Alternativa “e”**

Qualquer ato administrativo, tenha ou não auto-executoriedade, **sempre pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.**

Se o ato auto-executório já foi praticado, realmente ele já estará exaurido, consumado. Normalmente não será possível desfazê-lo. Simplesmente, nesses casos, o Judiciário, constatando ilegalidade e a impossibilidade de desfazer o ato ou seus efeitos, resolverá a ação em perdas e danos, ou seja, estipulará uma indenização a ser paga pela Administração ao particular que sofreu o ato auto-executório ilegal.

Mais uma observação: nada impede o controle prévio de um ato auto-executório. Se o particular, com antecedência, souber que a Administração praticará determinado ato auto-executório, pode conseguir no Judiciário uma liminar impedindo sua prática, desde que demonstre a potencial ilegalidade do ato que seria praticado. O que nunca é necessário no ato auto-executório é que a Administração, previamente, procure o Judiciário para ser autorizada a praticá-lo.

Alternativa errada.

Gabarito da questão, letra “d”.

30 – (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2000) No âmbito do regime jurídico-administrativo, a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública não se caracteriza por

- a) classificar-se como presunção absoluta
- b) admitir a execução imediata da decisão administrativa
- c) ter o efeito de inverter o ônus da prova
- d) criar obrigações para o particular, independentemente de sua aquiescência
- e) admitir prova em contrário

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão é simples e serve para reforçarmos algumas características ou decorrências do atributo da presunção de legitimidade.



As alternativas “b”, “c” e “e” reproduzem noções que expliquei nos comentários à questão anterior.

A presunção de legitimidade é uma presunção relativa (letra “e”), tem o “efeito de inverter o ônus da prova” (letra “c”), isto é, cabe a quem pretenda impugnar o ato provar a existência de vício, e permite a imediata produção de efeitos do ato (letra “b”), vale dizer, quem pretender afastar a aplicação do ato terá que obter uma decisão judicial suspensiva ou utilizar um recurso administrativo com efeito suspensivo, se existir (recursos administrativos com efeito suspensivo têm que estar expressamente previstos em lei).

Restam as letras “a” e “d”.

A letra “d” traz uma definição ou uma consequência que mais precisamente é relacionada ao atributo da imperatividade. Entretanto, a letra “a” traz um absurdo completo, cujo erro é absolutamente indiscutível (percebam, ademais, que nunca as letras “a” e “e” poderiam estar certas ao mesmo tempo).

Ora, definições são sempre mais ou menos maleáveis, porque geralmente são doutrinárias. A letra “d” não menciona exatamente uma característica da presunção de legitimidade, mas, pelo menos indiretamente, pode ser a esta relacionada (a própria imperatividade tem relação com a presunção de legitimidade, assim como a auto-executoriedade também tem relação com a presunção de legitimidade).

Portanto, embora seja criticável a letra “d”, não há dúvida de que a letra “a” é a “mais errada” e, assim, o gabarito.

Gabarito, letra “a”.

31 - (ESAF/Contador Recife/2003) A inversão do ônus da prova, característica do direito administrativo, relaciona-se com o seguinte atributo do ato administrativo:

- a) imperatividade
- b) auto-executoriedade
- c) presunção de legitimidade
- d) exigibilidade
- e) coercibilidade

## COMENTÁRIOS

Conforme comentei, as questões de concursos quase sempre se referem à necessidade de que eventual vício no ato seja provado por quem pretenda ver afastada sua aplicação, ou seja, pelo particular que esteja impugnando o ato, como “inversão do ônus da prova”.

O gabarito é letra “c”.

32 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O princípio da presunção de legitimidade ou de legalidade, que tem aplicação no campo probatório, impõe ao particular provar o vício do ato administrativo.

### **COMENTÁRIOS**

Vejam que esse item do CESPE fala a mesma coisa que a questão anterior, só que de forma muito mais precisa. Em vez de falar em “inversão” do ônus da prova, fala que o ônus da prova é de quem alega o vício. Mas, repito, devemos marcar verdadeiro também para os enunciados que falem em “inversão do ônus da prova”.

Item certo (C).

33 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, o que significa que há presunção relativa de que foram emitidos com observância da lei e de que os fatos alegados pela administração são verdadeiros.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item do CESPE resume de forma bastante adequada a doutrina da prof. Maria Sylvia acerca do atributo da presunção de legitimidade, que, como já comentei, ela desmembra em presunção de legitimidade (presunção de que o ato praticado está em conformidade com o Direito) e presunção de veracidade (presunção de que os fatos que a Administração afirma existirem realmente existem e ocorreram como ela afirma).

Item certo (C).

34 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item traz uma definição tradicional de imperatividade. É simplesmente o poder de impor a observância de um ato. Editado o ato, que é sempre uma manifestação unilateral da Administração, o administrado está obrigado a cumpri-lo, sob pena de praticar uma infração administrativa, sujeitando-se às sanções previstas em lei (cuja imposição pela Administração também é imperativa).

Item certo (C).

35 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Os atos administrativos só são dotados de auto-executoriedade nas hipóteses previstas expressamente em lei.

## COMENTÁRIOS

É comum as questões abordarem essa doutrina de Maria Sylvia e Celso Antônio. Para eles, atos auto-executórios podem ser praticados em duas situações:

- a) quando expressamente previstos em lei (é a regra geral); ou
- b) quando, mesmo não estando expressamente previstos em lei, a Administração precise praticá-los, em face de **situação de emergência**.

Item errado (E).

36 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) A auto-executoriedade, atributo inerente aos atos administrativos, só não está presente quando vedada expressamente por lei.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata da mesma doutrina vista no item anterior, mas distorce a lição dos autores ali citados.

A auto-executoriedade só está presente quando expressamente prevista em lei ou em face de situações de emergência.

Item errado (E).

37 - (ESAF/AFRF/2003) O denominado poder extroverso do Estado ampara o seguinte atributo do ato administrativo:

- a) imperatividade
- b) presunção de legitimidade
- c) exigibilidade
- d) tipicidade
- e) executoriedade

## COMENTÁRIOS

Esse é o pior tipo de questão que existe. É uma questão puramente conceitual e doutrinária.

Não exige absolutamente nenhuma inteligência, absolutamente nenhum raciocínio, não mede capacidade de coisa alguma. Afere, unicamente, se o candidato teve a sorte de já ter visto essa palavra em algum lugar, e de lembrar-se dela e de seu significado.

Poder extroverso é sinônimo de poder de império. A palavra “extroverso” traduz a idéia de que o Estado tem o poder de, independentemente de consentimento do administrado, adentrar sua esfera jurídica para modificá-la, impondo-lhe obrigações ou restrições, ou seja, o Estado “extravasa” sua própria esfera jurídica atingindo a alheia, independentemente da anuência desse “alheio”, sem que o “alheio” precise ter praticado algum ato ilícito, sem que ele precise ter manifestado qualquer vontade.

Em resumo, o poder extroverso é a base da imperatividade.

Gabarito, letra “a”.

38 - (ESAF/Analista Compras Recife/2003) O ato administrativo que contenha vício insanável de legalidade,

- a) deve ser anulado, com efeito retroativo.
- b) deve ser revogado, respeitado o direito adquirido.
- c) pode ser anulado, respeitado o direito adquirido.
- d) pode ser anulado, com efeito *ex nunc*.
- e) pode ser revogado, com efeito retroativo.

## COMENTÁRIOS

Essa questão leva-nos a um dos mais importantes temas dentro do assunto “atos administrativos”: anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos.

As três – anulação, revogação e convalidação – decorrem do poder de autotutela da Administração Pública (é muito mais comum, entretanto, quando lemos algo sobre autotutela, encontrarmos menção só à anulação e à revogação; isso não deve ser considerado errado, em concursos).

Sem muita dificuldade, creio que seja possível conhecer todos os pontos que podem aparecer em questões sobre esses temas. Vejamos cada um.

### ANULAÇÃO

A anulação deve ocorrer quando há vício no ato, relativo à legalidade ou legitimidade (ofensa à lei ou ao Direito).

Como veremos adiante, um vício de legalidade ou legitimidade pode ser sanável ou não. Quando for insanável, a anulação é obrigatória; quando for sanável, pode ser anulado ou convalidado (a convalidação é privativa da Administração).

A anulação de atos com vícios insanáveis é, ela própria, um ato vinculado.

Tanto atos vinculados quanto atos discricionários são passíveis de anulação. O que nunca existe é anulação de um ato discricionário por questão de mérito administrativo, ou seja, a esfera do mérito não é passível de controle de

legalidade. Isso é a mesma coisa que dizer que um ato nunca pode ser **anulado** por ser considerado inoportuno ou inconveniente.

Como a anulação retira do mundo jurídico atos com defeito de validade (atos inválidos), ela retroage seus efeitos ao momento da prática do ato (*ex tunc*).

Isso quer dizer que todos os efeitos produzidos pelo ato devem ser desfeitos. O ato nulo não gera direitos ou obrigações para as partes, não cria situações jurídicas definitivas e não admite convalidação.

Devem, entretanto, ser **resguardados os efeitos já produzidos em relação aos terceiros de boa-fé**. Isso não significa que o ato nulo gere **direito adquirido**. Nunca há direito adquirido à produção de efeitos de um ato nulo. O que ocorre é que os efeitos **já produzidos**, perante **terceiros** de boa-fé (não é a parte envolvida diretamente na relação nula, é um terceiro), não serão desfeitos.

Um exemplo é o do servidor cujo ingresso no serviço público decorre de um ato nulo (a nomeação ou a posse contém vício insanável). Imaginem que esse servidor emita uma certidão negativa de tributos para mim e, no dia seguinte, ele seja exonerado em decorrência da nulidade de seu vínculo com a Administração. Os efeitos dos atos praticados entre ele e a Administração devem ser desfeitos. Mas eu, que obtive a certidão, sou um terceiro. Minha certidão é **válida**.

Uma observação. O servidor não terá que devolver as remunerações já recebidas, decorrentes de seu trabalho. Mas isso tem fundamento em outra regra, que se sobrepõe, que prevalece sobre o desfazimento dos efeitos do ato nulo. Essa regra maior é a vedação ao enriquecimento sem causa. O serviço, mesmo fundado em vínculo nulo, foi prestado ao Estado; se a remuneração fosse devolvida, haveria enriquecimento sem causa do Estado.

A anulação pode ser feita pela Administração, de ofício ou mediante provocação, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação.

## **REVOGAÇÃO**

Revogação é a retirada, do mundo jurídico, de um ato válido, mas que, segundo critério discricionário da Administração, tornou-se inoportuno ou inconveniente.

Vejam a definição do Hely: “É a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência.”

A revogação tem fundamento no poder discricionário. Ela somente se aplica aos atos discricionários. A revogação é, em si, um ato discricionário, uma vez que decorre exclusivamente de critério de oportunidade e conveniência.

A revogação somente produz efeitos prospectivos, para frente (*ex nunc*), porque o ato revogado era válido, não tinha vício nenhum. Além disso, devem ser respeitados os direitos adquiridos.

A revogação é ato privativo da Administração que praticou o ato revogado.

Há atos que não podem ser revogados. Os principais atos irrevogáveis comumente apontados pela doutrina são:

- a) Os atos consumados, que exauriram seus efeitos (por questão lógica, já que não faz sentido revogar um ato que não tem mais nenhum efeito para produzir);
- b) Os atos vinculados (porque não comportam juízo de oportunidade e conveniência);
- c) Os atos que geraram direitos adquiridos (nem a lei pode prejudicá-los – CF, art. 5º, XXXVI);
- d) Os atos que simplesmente declaram situações preexistentes (porque, se a situação existe, deve ser declarada e, se não existe, deve ser declarado que ela não existe; não se pode revogar a realidade);
- e) Os atos que integram um procedimento, porque, sendo o procedimento administrativo uma sucessão ordenada de atos encadeados, a cada ato praticado passa-se a uma nova etapa do procedimento, ocorrendo a preclusão administrativa relativamente à etapa anterior (preclusão administrativa significa justamente a impossibilidade de uma nova apreciação do ato quanto ao seu mérito).

## CONVALIDAÇÃO

A convalidação de atos administrativos, na esfera federal, está inteiramente disciplinada no art. 55 da Lei 9.784/1999, cuja redação é:

“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.”

Temos, portanto, as seguintes condições para que um ato possa ser convalidado:

- a) defeito sanável;
- b) o ato não acarretar lesão ao interesse público;
- c) o ato não acarretar prejuízo a terceiros.

Os defeitos sanáveis são:

- a) vícios relativos à competência quanto ao sujeito (não quanto à matéria), desde que não exclusiva;
- b) vício de forma, desde que a lei não considere a forma elemento essencial à validade daquele ato.

Observação: a Lei 9.784/1999 não usa a expressão “atos anuláveis”. Entretanto, é comum nós encontrarmos na doutrina a expressão “atos anuláveis” como sinônimo de “atos com defeitos sanáveis”, ou seja, atos passíveis de convalidação.

A Lei 9.784/1999 trata a convalidação como um ato discricionário: “os atos que apresentarem defeitos sanáveis **poderão** ser convalidados pela própria Administração”. Além disso, a Lei trata a convalidação como ato privativo da Administração.

A convalidação, embora seja um ato discricionário e privativo da Administração, pode recair sobre atos vinculados ou discricionários. Para entender isso, basta vocês lembrarem que a competência é elemento sempre vinculado, e a forma, segundo a doutrina tradicional, também é um elemento vinculado.

A convalidação tem o efeito de “corrigir” o ato. Por isso, a convalidação é retroativa (*ex tunc*). Pensem bem, se a convalidação fosse só para frente (*ex nunc*), isso seria o mesmo que declarar o ato nulo e praticar um outro, sem vício. Só que isso não seria convalidação. Seria anular um ato e praticar outro.

Observação: até hoje, sempre vi as questões tratarem a convalidação como ato discricionário. Isso é o que está mesmo na Lei 9.784/1999 e é o que devemos considerar certo para concursos públicos. Entretanto, tenho a obrigação de informar, para evitar surpresas, que o prof. Celso Antônio e a prof. Maria Sylvia entendem que a regra geral é a convalidação ser um ato vinculado (Maria Sylvia defende isso mas reconhece que é contrário à Lei 9.784/1999). Para eles, a convalidação só é ato discricionário na hipótese de um ato discricionário que tenha sido praticado com vício de competência.

Transcrevo, por precaução, o trecho em que Maria Sylvia expõe sua posição, repito, igual à do Celso Antônio:

“Evoluímos, no entanto, a partir da 11ª edição, para acompanhar o pensamento de Weida Zancaner (1990:55), no sentido de que o ato de convalidação é, às vezes, vinculado, e outras vezes, discricionário. Entende a autora que ‘só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente (...)’.

Assiste razão à autora, pois, tratando-se de ato vinculado praticado por autoridade incompetente, a autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo, se estiverem presentes os requisitos para a prática do ato; a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato. Se o ato praticado por autoridade incompetente é discricionário e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; nesse caso, ela poderá convalidar ou não, dependendo de sua própria apreciação discricionária.”

## **CASSAÇÃO**

Existe, ainda, um conceito que não costuma aparecer em concursos, mas deixo o registro. É a cassação.

Segundo a maioria da doutrina, cassação é o cancelamento do ato administrativo quando o seu beneficiário descumpre os requisitos exigidos para a manutenção do ato e de seus efeitos. Para esses autores, portanto, a cassação é um ato vinculado.

Infelizmente, entretanto, não há consenso acerca do conceito de cassação. Por isso, cuidado, não é impossível que apareça um conceito totalmente diferente em

uma questão (para vocês terem uma idéia, há até uma autora importante que diz que cassação é sinônimo de revogação). Espero que vocês tenham como resolver algo assim por eliminação!

Voltemos a nossa questão.

O enunciado é simples. Pede a providência a ser adotada diante de um ato com vício insanável de legalidade. Ora, como vimos, o ato deve ser anulado, com efeito retroativo.

Gabarito, letra “a”.

39 - (ESAF/Contador Recife/2003) A revogação, por seu caráter discricionário, pode atingir os seguintes elementos do ato administrativo:

- a) finalidade e objeto
- b) objeto e motivo
- c) forma e objeto
- d) motivo e finalidade
- e) competência e motivo

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão acabou respondendo a si mesma no enunciado. Se ela diz que a revogação é um ato discricionário, nós não precisávamos saber mais nada. Todo ato discricionário, segundo a doutrina tradicional, tem como elementos discricionários o motivo e o objeto.

Gabarito, letra “b”.

40 – (Cespe/Procurador INSS/1998) A revogação do ato administrativo é ato privativo da administração pública, haja vista decorrer de motivos de conveniência ou oportunidade. Como corolário, é correto afirmar, então, que o Poder Judiciário jamais poderá revogar um ato administrativo.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item do CESPE tornou-se clássico, porque ele tem uma armadilha que é difícil de identificar de primeira.

Está correta a afirmação de que a revogação do ato administrativo é ato privativo da Administração Pública, porque decorre de motivos de conveniência ou oportunidade. Acontece que temos Administração Pública nos três Poderes.

Portanto, os atos administrativos praticados pelo Poder Judiciário como Administração Pública só podem ser revogados, evidentemente, pelo próprio



Judiciário. Não no exercício de função jurisdicional (a função jurisdicional nunca pode acarretar **revogação** de um ato), mas na função de Administração Pública.

Como o item afirma que “o Poder Judiciário **jama**is poderá revogar um ato administrativo”, ele está errado, porque os atos administrativos do Judiciário só podem ser revogados pelo Judiciário.

Item errado (E).

41 – **(ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005)** Suponha que Poder Executivo Estadual tenha exarado um ato administrativo que, ainda que não fosse ilegal, era inconveniente e inoportuno. Assinale a opção que corresponde à(s) providência(s) que poderia(m) ser tomada(s), em face de tal ato.

- a) O princípio da autotutela da Administração permite apenas ao Poder Executivo anulá-lo.
- b) Tanto o Poder Executivo como o Poder Judiciário poderiam anulá-lo (este, apenas se provocado por eventuais interessados).
- c) O Poder Executivo poderia revogá-lo, não podendo, o Poder Judiciário, revogá-lo ou anulá-lo.
- d) O Poder Executivo poderia anulá-lo, mas apenas se o Poder Judiciário assim o determinasse.
- e) Uma vez já exarado o ato, somente o Poder Judiciário poderia tomar providências quanto a ele.

## COMENTÁRIOS

Essa questão deixa claro que o Executivo praticou um ato inconveniente e inoportuno. Nunca se pode **anular** um ato com base em critério de oportunidade e conveniência. E o Judiciário nunca pode **revogar** um ato do Executivo.

O gabarito, portanto, é letra “c”.

42 – A Administração Pública deve anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

- a) Correta a assertiva.
- b) Incorreta a assertiva, porque tais atos só podem ser anulados mediante decisão judicial.
- c) Incorreta a assertiva, porque a anulação e a revogação não precisam respeitar direitos adquiridos.
- d) Incorreta a assertiva, porque a anulação depende dos motivos de conveniência e oportunidade.

e) Incorreta a assertiva, porque o vício de legalidade é que justifica a revogação do ato.

## COMENTÁRIOS

Essa questão reproduz, literalmente, o art. 53 da Lei nº 9.784/1999. Vejam:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Esse artigo, por sua vez, baseia-se na famosíssima Súmula 473 do STF, cuja redação é: “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem 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.”

Vejam que a Súmula fala “**pode** anular”. Já vi muita gente implicar com isso, dizendo: “não é pode, é deve”.

Minha opinião é: não sejam tão rigorosos em questões de concurso. Eu não me lembro de ter visto questão em que o erro estivesse no uso do “pode” quando deveria ser “deve”. Vejam que a palavra “pode” nem sempre significa faculdade. Há contextos em que ela significa “ter possibilidade de” ou “ser possível” ou mesmo “ter o poder de”. Portanto, cuidado. Não sejam mais rigorosos do que o próprio STF (e numa súmula!).

O gabarito é letra “a”, porque o enunciado, como dito, é reprodução literal do art. 53 da Lei nº 9.784/1999.

43 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) O ato administrativo pode ser invalidado sempre que a matéria de fato ou de direito em que se fundamentar o ato for materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

## COMENTÁRIOS

Trouxe esse item do CESPE para reforçar o que afirmei na questão anterior. O item descreve um vício de motivo. Como sabemos, vício no elemento motivo é insanável, **obriga** à anulação do ato.

Mas o item diz que “o ato administrativo **pode** ser invalidado” por causa desse vício.

E aí?

O item foi considerado correto.

O nosso objetivo deve ser acertar questões, não as criticar, a menos que haja algo realmente escandaloso. Como eu disse, usar o “pode” em vez de usar o “deve” não é nada escandaloso. Aliás, é muitíssimo freqüente.

Item certo (C).

44 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, respeitados os direitos adquiridos.

### **COMENTÁRIOS**

Nesse item, temos um problema totalmente diferente do que havia no anterior.

Aqui, temos um erro mesmo, irrefutável.

Qual é ele?

Está absolutamente errado afirmar que na anulação de um ato devam ser “respeitados os direitos adquiridos”. Não existe direito adquirido decorrente de ato nulo.

Item errado (E).

45 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A administração pode revogar seus próprios atos, por motivo de conveniência ou oportunidade, não cabendo invocação de direitos adquiridos, mas a apreciação judicial não pode ser afastada.

### **COMENTÁRIOS**

Aqui o erro é bem simples. Na revogação devem, sim, ser respeitados direitos adquiridos. O ato que gerou direito adquirido não pode ser revogado.

Item errado (E).

46 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) A revogabilidade dos atos administrativos, derivada do princípio da autotutela, comporta hipóteses em que a revogação não é possível.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item também é simples.

Como vimos, as principais hipóteses em que a revogação não é possível são:

- a) Os atos consumados;
- b) Os atos vinculados;
- c) Os atos que geraram direitos adquiridos;
- d) Os atos meramente declaratórios;
- e) Os atos que integram um procedimento.

Item certo (C).

47 – (ESAF/EPPGG/2005) Quanto à revogação do ato administrativo, assinale a afirmativa incorreta.

- a) Os atos vinculados não podem ser revogados.
- b) A revogação decorre de um juízo de valor privativo da Administração.
- c) A revogação não pode alcançar o ato cujo efeito esteja exaurido.
- d) A revogação não se pode dar quando se esgotou a competência relativamente ao objeto do ato.
- e) Os atos que integram um procedimento podem ser revogados.

## COMENTÁRIOS

Essa questão, do recentíssimo concurso para Especialista em Gestão Governamental, foi inteiramente baseada no livro da prof. Maria Sylvia.

O gabarito é letra “e”. No seu livro, a prof. Maria Sylvia afirma que “não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao ato anterior”. A autora não acrescenta nenhum outro comentário, nem dá qualquer exemplo.

Farei umas tentativas. Se nós considerarmos a licitação e a celebração do contrato como integrantes de um mesmo procedimento (o que é discutível), podemos dar como exemplo a impossibilidade de revogação da licitação quando o contrato já foi celebrado. Se considerarmos o concurso público e a nomeação como integrantes do mesmo procedimento (o que também é discutível), seria exemplo a impossibilidade de revogar o concurso depois da nomeação. Essas impossibilidades de revogação que usei nos exemplos realmente existem; o que eu não sei é se podemos dizer que os atos citados integram o mesmo procedimento administrativo (mas a idéia é bem esta: quando estamos diante de atos encadeados, seqüenciais, não podemos revogar o ato 1 depois de termos praticado o ato 2). Seja como for, dificilmente uma questão sairá do âmbito puramente conceitual.

A letra “d” também é tirada do mesmo ponto do livro da prof. Maria Sylvia. Transcrevo-o: “a revogação não pode ser feita quando já se exauriu a competência relativamente ao objeto do ato; suponha-se que o interessado tenha recorrido de um ato administrativo e que esteja sob apreciação de autoridade superior; a autoridade que praticou o ato deixou de ser competente para revogá-lo”.

As demais alternativas tratam de pontos que já foram abordados em nosso estudo.

O gabarito da questão é letra “e”.

48 - (ESAF/AFC/STN/2000) Tratando-se de convalidação do ato administrativo é correto afirmar, exceto:

- a) o ato de convalidação classifica-se como ato discricionário
- b) os efeitos da convalidação retroagem à data da prática do ato convalidado
- c) é factível a convalidação quando se tratar de vício quanto ao motivo
- d) não se admite convalidação quando o ato está viciado por incompetência em razão da matéria
- e) a convalidação de ato viciado quanto à forma é possível, desde que esta não seja essencial à validade do ato

### COMENTÁRIOS

A questão pede a alternativa errada.

Como vimos, somente defeitos sanáveis podem ser convalidados.

São defeitos sanáveis:

- a) vícios relativos à competência quanto ao sujeito (não quanto à matéria), desde que não exclusiva;
- b) vício de forma, desde que a lei não considere a forma elemento essencial à validade daquele ato.

A letra “c” fala em convalidação de vício de motivo. Isso não é possível, pois não é um vício sanável.

Gabarito, letra “c”.

49 - (ESAF/AFRF/2002-2) Consoante a legislação federal, é falso afirmar-se quanto à convalidação do ato administrativo:

- a) decorre de poder discricionário.
- b) somente se aplica em atos com vícios sanáveis.
- c) não pode se dar por ato jurisdicional.
- d) pode ocorrer em hipótese de desvio de finalidade.
- e) não se aplica a atos que tenham acarretado prejuízo a terceiros.

### COMENTÁRIOS

A base dessa questão é a mesma da anterior. Trata da convalidação, conforme previsto no art. 55 da Lei nº 9.784/1999, e pede a afirmação falsa (teve o cuidado de explicitar “consoante a legislação federal”, mas muitas questões esquecem de adotar essa cautela e, mesmo assim, devemos nos orientar pela Lei 9.784/1999).

Bastaria, de novo, saber quais são os vícios sanáveis.

Vício de finalidade nunca admite convalidação.

Gabarito, letra “d”.

50 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria administração em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

### **COMENTÁRIOS**

Vejam, de novo, a redação do art. 55 da Lei 9.784/1999:

“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.”

O item é quase literal.

Item certo (C).

51 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Atos administrativos ilegais estão sujeitos à convalidação quando não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, ainda quando inexistente o motivo do ato.

### **COMENTÁRIOS**

Ato cujo motivo é inexistente é um ato nulo, não passível de convalidação. Nenhum vício de motivo, seja inexistência de motivo, seja inadequação ou ilegitimidade do motivo constatado, pode ser convalidado.

Item errado (E).

52 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) A convalidação de ato administrativo decorre de certos pressupostos. Não se inclui entre estes pressupostos:

- a) não acarretar lesão ao interesse público.
- b) não causar prejuízo a terceiros.
- c) o defeito ter natureza sanável.
- d) juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente.
- e) autorização judicial quando se tratar de matéria patrimonial.

### **COMENTÁRIOS**

Mais uma vez a questão pede a alternativa falsa.

As letras “a”, “b” e “c” reproduzem os requisitos estabelecidos no art. 55 da Lei 9.784/1999.

A letra “d” diz o mesmo que dizer que a convalidação é discricionária. Está correta.

A letra “e” tem uma condição absurda, – autorização judicial para a convalidação – e ainda inventou, do nada, essa história de “quando se tratar de matéria patrimonial”, para tentar causar alguma insegurança nos mais ansiosos.

Gabarito, letra “e”.

53 - (ESAF/Analista MPU/2004) O ato administrativo goza da presunção de legitimidade, mas, quando dele decorrerem efeitos favoráveis, para seus destinatários e estiver eivado de vício insanável de legalidade, a Administração tem o direito de anulá-lo

- a) enquanto não produzir efeitos.
- b) no prazo decadencial de 5 anos.
- c) a qualquer tempo.
- d) no prazo prescricional de 10 anos.
- e) no prazo decadencial de 2 anos.

## COMENTÁRIOS

Essa questão trata do art. 54 da Lei 9.784/1999, cuja redação é a seguinte:

“Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.”

A situação aqui é de **decadência do direito de anular um ato**.

Essa decadência, se não houver comprovada má-fé do **destinatário** do ato (vejam que não é um terceiro, é o destinatário mesmo), impede a anulação do ato **qualquer que seja o seu vício**.

Essa decadência, ou seja, extinção do direito de anular, por decurso do prazo legal, só existe para atos favoráveis para os destinatários. Atos prejudiciais os destinatários sempre podem ser anulados.

Alguns autores consideram que temos aqui uma hipótese de **convalidação tácita**. Realmente, com a decadência do direito de anular o ato viciado, ocorre sua convalidação. Significa que esse ato passa a ser considerado válido desde sua origem e os efeitos por ele produzidos ficam, igualmente, “regularizados”.

Entretanto, eu nunca vi uma questão de concurso usar essa expressão “convalidação tácita” para referir-se a essa decadência do direito de anular o ato viciado.

Prestem atenção: qualquer questão de concurso, quando usar a expressão “convalidação”, está se referido ao art. 55 da Lei 9.784/1999, que trata da **convalidação expressa**. A questão não precisa usar a expressão “convalidação expressa”. Somente se aparecesse a expressão convalidação tácita em alguma questão é que teríamos que considerar que ela estaria abordando o art. 54 da Lei 9.784/1999.

Voltando a questão, o enunciado fala em um ato eivado de vício insanável de legalidade, do qual decorreram efeitos favoráveis aos seus destinatários, e pergunta sobre o direito da Administração de anulá-lo.

Aplica-se diretamente o art. 54, ou seja, o direito de anular está sujeito ao prazo decadencial de 5 anos. Vejam que é irrelevante o vício ser insanável.

Observem que o enunciado não fala nada sobre a existência ou não de comprovada má-fé do destinatário. Mas, vejam, a regra é, em cinco anos, ocorrer a decadência nesses casos de atos favoráveis aos seus destinatários; só se houver a comprovada má-fé do destinatário é que a decadência não ocorre.

Nenhuma outra alternativa poderia satisfazer o enunciado. A letra “c” – “a qualquer tempo” – só seria aplicável se o ato fosse desfavorável ao destinatário ou se o destinatário tivesse agido com comprovada má-fé

Gabarito, letra “b”.

54 - (ESAF/Procurador DF/2004) O ato administrativo:

- a) pode ser anulado pela Administração, por motivo de conveniência, a qualquer tempo.
- b) só pode ser anulado por meio de ação popular.
- c) pode ser anulado, no prazo de cinco anos, quando viciado por ilegalidade.
- d) pode ser revogado, em cinco anos, sem que as partes possam invocar direito adquirido.
- e) uma vez praticado, não pode ser revogado.

## COMENTÁRIOS

### Alternativa “a”

Não existe anulação por motivo de conveniência.

### Alternativa “b”



A ação popular realmente visa a anular um ato administrativo, mas nunca por motivo de conveniência (não existe anulação por motivo de conveniência). Além disso, nunca a ação popular vai ser o único meio de anular um ato administrativo.

#### **Alternativa “c”**

Esse é o gabarito, por aplicação do art. 54 da Lei 9.784/1999. A alternativa não disse que o ato é favorável ao destinatário, nem falou sobre má-fé. Mas é a alternativa “mais correta”.

#### **Alternativa “d”**

Na revogação, as partes podem, sim, invocar direito adquirido. Além disso, quando a revogação é possível, não há prazo para que ela ocorra.

#### **Alternativa “e”**

Não merece comentários, pois, se fosse verdadeira, significaria não existir revogação (é óbvio que só podem ser revogados atos já praticados).

Gabarito, letra “c”.

55 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O direito de a administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários decai em três anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, esse prazo é contado da percepção do último pagamento.

### **COMENTÁRIOS**

Vamos terminar nosso estudo dos atos administrativos com esse item, bem fácil.

Ele se reporta ao art. 54 da Lei 9.784/1999. Mas os dois períodos que ele contém estão errados.

No primeiro, o correto é “cinco anos”, em vez de “três anos”.

O segundo também está errado. Vejam, de novo, o § 1º do art. 54:

“§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.”

Aliás, se, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência fosse contado da percepção do último pagamento, não aconteceria a decadência nunca (ou só aconteceria cinco anos depois de cessarem esses efeitos patrimoniais contínuos, se eles não fossem permanentes).

Item errado (E).

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

29 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Relativamente aos atributos dos atos administrativos, assinale a opção correta.

- a) Há atos administrativos para os quais a presunção de legitimidade (ou legalidade) é absoluta, ou seja, por terem sido produzidos na órbita da Administração Pública, não admitem a alegação, por eventuais interessados, quanto à ilegalidade de tais atos.
- b) A presunção de legitimidade não está presente em todos os atos administrativos, o que fundamenta a possibilidade de seu desfazimento pelo Poder Judiciário.
- c) Não se pode dizer que a imperatividade seja elemento de distinção entre os atos administrativos e os atos praticados por particulares, eis que estes últimos também podem, em alguns casos, apresentar tal atributo (por exemplo, quando defendem o direito de propriedade).
- d) O ato administrativo nem sempre apresenta o atributo da imperatividade, ainda que o fim visado pela Administração deva ser sempre o interesse público.
- e) O ato administrativo que tenha auto-executoriedade não pode ser objeto de exame pelo Poder Judiciário, em momento posterior, pois já produziu todos os seus efeitos.

30 – (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2000) No âmbito do regime jurídico-administrativo, a presunção de legitimidade dos atos da Administração Pública não se caracteriza por

- a) classificar-se como presunção absoluta
- b) admitir a execução imediata da decisão administrativa
- c) ter o efeito de inverter o ônus da prova
- d) criar obrigações para o particular, independentemente de sua aquiescência
- e) admitir prova em contrário

31 - (ESAF/Contador Recife/2003) A inversão do ônus da prova, característica do direito administrativo, relaciona-se com o seguinte atributo do ato administrativo:

- a) imperatividade
- b) auto-executoriedade
- c) presunção de legitimidade
- d) exigibilidade
- e) coercibilidade

32 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O princípio da presunção de legitimidade ou de legalidade, que tem aplicação no campo probatório, impõe ao particular provar o vício do ato administrativo.

33 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, o que significa que há presunção relativa de que foram emitidos com observância da lei e de que os fatos alegados pela administração são verdadeiros.

34 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.

35 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Os atos administrativos só são dotados de auto-executoriedade nas hipóteses previstas expressamente em lei.

36 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) A auto-executoriedade, atributo inerente aos atos administrativos, só não está presente quando vedada expressamente por lei.

37 - (ESAF/AFRF/2003) O denominado poder extroverso do Estado ampara o seguinte atributo do ato administrativo:

- a) imperatividade
- b) presunção de legitimidade
- c) exigibilidade
- d) tipicidade
- e) executoriedade

38 - (ESAF/Analista Compras Recife/2003) O ato administrativo que contenha vício insanável de legalidade,

- a) deve ser anulado, com efeito retroativo.
- b) deve ser revogado, respeitado o direito adquirido.
- c) pode ser anulado, respeitado o direito adquirido.
- d) pode ser anulado, com efeito *ex nunc*.
- e) pode ser revogado, com efeito retroativo.

39 - (ESAF/Contador Recife/2003) A revogação, por seu caráter discricionário, pode atingir os seguintes elementos do ato administrativo:

- a) finalidade e objeto
- b) objeto e motivo
- c) forma e objeto
- d) motivo e finalidade
- e) competência e motivo

40 – (Cespe/Procurador INSS/1998) A revogação do ato administrativo é ato privativo da administração pública, haja vista decorrer de motivos de conveniência ou oportunidade. Como corolário, é correto afirmar, então, que o Poder Judiciário jamais poderá revogar um ato administrativo.

41 – (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) Suponha que Poder Executivo Estadual tenha exarado um ato administrativo que, ainda que não fosse ilegal, era inconveniente e inoportuno. Assinale a opção que corresponde à(s) providência(s) que poderia(m) ser tomada(s), em face de tal ato.

- a) O princípio da autotutela da Administração permite apenas ao Poder Executivo anulá-lo.
- b) Tanto o Poder Executivo como o Poder Judiciário poderiam anulá-lo (este, apenas se provocado por eventuais interessados).
- c) O Poder Executivo poderia revogá-lo, não podendo, o Poder Judiciário, revogá-lo ou anulá-lo.
- d) O Poder Executivo poderia anulá-lo, mas apenas se o Poder Judiciário assim o determinasse.
- e) Uma vez já exarado o ato, somente o Poder Judiciário poderia tomar providências quanto a ele.

42 – A Administração Pública deve anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

- a) Correta a assertiva.
- b) Incorreta a assertiva, porque tais atos só podem ser anulados mediante decisão judicial.
- c) Incorreta a assertiva, porque a anulação e a revogação não precisam respeitar direitos adquiridos.
- d) Incorreta a assertiva, porque a anulação depende dos motivos de conveniência e oportunidade.

e) Incorreta a assertiva, porque o vício de legalidade é que justifica a revogação do ato.

43 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) O ato administrativo pode ser invalidado sempre que a matéria de fato ou de direito em que se fundamentar o ato for materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

44 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, respeitados os direitos adquiridos.

45 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A administração pode revogar seus próprios atos, por motivo de conveniência ou oportunidade, não cabendo invocação de direitos adquiridos, mas a apreciação judicial não pode ser afastada.

46 – (CESPE/Min. Público do TCU/2004) A revogabilidade dos atos administrativos, derivada do princípio da autotutela, comporta hipóteses em que a revogação não é possível.

47 – (ESAF/EPPGG/2005) Quanto à revogação do ato administrativo, assinale a afirmativa incorreta.

- a) Os atos vinculados não podem ser revogados.
- b) A revogação decorre de um juízo de valor privativo da Administração.
- c) A revogação não pode alcançar o ato cujo efeito esteja exaurido.
- d) A revogação não se pode dar quando se esgotou a competência relativamente ao objeto do ato.
- e) Os atos que integram um procedimento podem ser revogados.

48 - (ESAF/AFC/STN/2000) Tratando-se de convalidação do ato administrativo é correto afirmar, exceto:

- a) o ato de convalidação classifica-se como ato discricionário
- b) os efeitos da convalidação retroagem à data da prática do ato convalidado
- c) é factível a convalidação quando se tratar de vício quanto ao motivo
- d) não se admite convalidação quando o ato está viciado por incompetência em razão da matéria
- e) a convalidação de ato viciado quanto à forma é possível, desde que esta não seja essencial à validade do ato

49 - (ESAF/AFRF/2002-2) Consoante a legislação federal, é falso afirmar-se quanto à convalidação do ato administrativo:

- a) decorre de poder discricionário.
- b) somente se aplica em atos com vícios sanáveis.
- c) não pode se dar por ato jurisdicional.
- d) pode ocorrer em hipótese de desvio de finalidade.
- e) não se aplica a atos que tenham acarretado prejuízo a terceiros.

50 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) Os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria administração em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

51 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Atos administrativos ilegais estão sujeitos à convalidação quando não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, ainda quando inexistente o motivo do ato.

52 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) A convalidação de ato administrativo decorre de certos pressupostos. Não se inclui entre estes pressupostos:

- a) não acarretar lesão ao interesse público.
- b) não causar prejuízo a terceiros.
- c) o defeito ter natureza sanável.
- d) juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente.
- e) autorização judicial quando se tratar de matéria patrimonial.

53 - (ESAF/Analista MPU/2004) O ato administrativo goza da presunção de legitimidade, mas, quando dele decorrerem efeitos favoráveis, para seus destinatários e estiver eivado de vício insanável de legalidade, a Administração tem o direito de anulá-lo

- a) enquanto não produzir efeitos.
- b) no prazo decadencial de 5 anos.
- c) a qualquer tempo.
- d) no prazo prescricional de 10 anos.
- e) no prazo decadencial de 2 anos.

54 - (ESAF/Procurador DF/2004) O ato administrativo:

- a) pode ser anulado pela Administração, por motivo de conveniência, a qualquer tempo.
- b) só pode ser anulado por meio de ação popular.
- c) pode ser anulado, no prazo de cinco anos, quando viciado por ilegalidade.
- d) pode ser revogado, em cinco anos, sem que as partes possam invocar direito adquirido.
- e) uma vez praticado, não pode ser revogado.

55 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O direito de a administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários decai em três anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. No caso de efeitos patrimoniais contínuos, esse prazo é contado da percepção do último pagamento.

## **AULA 6: PODERES ADMINISTRATIVOS**

### 7. Poderes administrativos.

1 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) Tratando-se dos poderes administrativos, correlacione as duas colunas, vinculando a cada situação o respectivo poder:

1- poder hierárquico

2- poder disciplinar

3- poder discricionário

4- poder de polícia

( ) penalidade em processo administrativo

( ) nomeação para cargo de provimento em comissão

( ) delegação de competências

( ) limitação do exercício de direitos

a) 2/3/1/4

b) 4/2/1/3

c) 4/3/2/1

d) 2/1/3/4

e) 4/2/3/1

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão é boa para iniciarmos o estudo dos poderes administrativos, porque trata da maioria deles.

Os editais de concursos quase sempre exigem o assunto “poderes da Administração” e, ao enumerar os poderes, normalmente trazem esta lista: (a) poder vinculado; (b) poder discricionário; (c) poder hierárquico; (d) poder disciplinar; (e) poder regulamentar; (f) poder de polícia.

Sem dúvida, o mais importante deles, e aquele sobre o qual mais temos para falar, é o poder de polícia.

Façamos um resumo das principais características de cada um, com a preocupação específica de tratar daquilo que tem maior possibilidade de aparecer em questões de concursos.

### **PODER VINCULADO**

Não existe nada a ser dito sobre poder vinculado que não tenha sido falado quando estudamos os atos vinculados.



Simplemente, é o poder de que dispõe a Administração para a prática de atos vinculados. Mais precisamente, o poder vinculado é utilizado mesmo nos atos discricionários, quanto aos elementos competência, finalidade e forma, que são sempre elementos vinculados (com a ressalva da divergência doutrinária respeito da forma, que já comentei).

Portanto, na prática de um ato vinculado, a Administração utiliza somente o poder vinculado. Na prática de um ato discricionário a Administração utiliza o poder discricionário mas, também, o poder vinculado.

### **PODER DISCRICIONÁRIO**

É o poder conferido à Administração para a prática de atos discricionários (e sua revogação).

O poder discricionário tem como núcleo a autorização legal para que o agente público decida, nos limites da lei, acerca da conveniência e oportunidade da prática do ato discricionário e escolha o seu conteúdo, ou seja, o núcleo essencial do poder discricionário traduz-se no denominado mérito administrativo.

O poder discricionário tem como limites, além dos expressamente previstos na lei, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (não só esses princípios, mas esses são considerados os mais importantes).

A extrapolação dos limites legais, assim como a atuação contrária aos princípios configura a denominada **arbitrariedade** (arbitrariedade é sempre sinônimo de atuação ilegal).

### **PODER HIERÁRQUICO**

Podemos definir hierarquia como relação de subordinação entre órgãos e agentes dentro de uma mesma pessoa da Administração Pública.

Em Direito Administrativo, nunca confundam a palavra subordinação com a palavra vinculação. Subordinação é usada para explicitar existência de hierarquia e vinculação é usada para explicitar a inexistência de hierarquia.

Os autores citam diversas decorrências do poder hierárquico, por exemplo:

- 1) o poder de dar ordens, do superior para o subordinado;
- 2) o poder de fiscalizar ou controlar a atividade dos órgãos inferiores, anulando os atos ilegais e revogando os inconvenientes;
- 3) o poder de aplicar sanções disciplinares aos servidores públicos;
- 4) o poder de delegar competências, cabendo lembrar que, nos termos da Lei 9.784/1999, a delegação é possível, também, para órgãos não subordinados, ou seja, ela nem sempre decorre do poder hierárquico;
- 5) o poder de avocar competências (esse sempre decorrente do poder hierárquico).

### **PODER DISCIPLINAR**

É o poder que possui a Administração de punir internamente as infrações funcionais de seus servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração (por exemplo, as pessoas que estejam participando de licitações ou tenham celebrado contratos administrativos com a Administração).

Vejam que quando a Administração aplica uma sanção disciplinar a um agente público, essa atuação decorre imediatamente do poder disciplinar e mediatamente do poder hierárquico. Vale dizer, o poder disciplinar, nesses casos, deriva do hierárquico.

Entretanto, quando a Administração aplica uma sanção administrativa a alguém que descumpriu um contrato administrativo, há exercício do poder disciplinar, mas não há nenhuma relação hierárquica. Nesses casos, o poder disciplinar não está relacionado ao poder hierárquico.

Em qualquer dos casos, deve-se enfatizar que o ato de aplicação de penalidade deve ser sempre motivado.

O poder disciplinar não deve ser confundido com o “jus puniendi” do Estado, que é poder-dever de punir atos tipificados como **crimes** e **contravenções**, aplicável às pessoas em geral, não só às que tenham relações jurídicas específicas com a Administração.

Segundo a doutrina, o poder disciplinar é de exercício discricionário. Mas isso é apenas uma regra geral, porque a lei pode prever casos em que o exercício do poder disciplinar seja vinculado.

## **PODER REGULAMENTAR**

A doutrina tradicional simplesmente define o poder regulamentar como o poder atribuído ao Chefe do Poder Executivo para editar atos gerais e abstratos destinados a dar fiel cumprimento às leis. A ênfase maior reside no fato de o regulamento (ou decreto regulamentar) não inovar o Direito, não criar direitos ou obrigação que já não esteja prevista na lei. Teoricamente, o regulamento apenas detalha ou explicita aquilo que já está na lei, se ir além, muito menos contra, suas disposições. O regulamento deve, sobretudo, uniformizar procedimentos (pois ele deve ser observado por toda a Administração), a fim de que o agente público, na prática de atos concretos de aplicação da lei, assegure um tratamento isonômico a todos os administrados que se encontrem em igual situação.

Esse regulamento ou decreto regulamentar a que se refere a doutrina clássica é, na esfera federal, o que está previsto no art. 84, inciso IV, da Constituição (“Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”).

O regulamento ou decreto regulamentar é um ato estritamente subordinado e dependente de lei.

Celso Antônio B. de Mello estabelece o seguinte conceito de regulamento: “Ato geral e abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido

com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”.

A doutrina tradicional, de um modo geral, apenas reconhece a existência desse tipo de regulamento. O motivo é que, teoricamente, no Brasil, só a lei inova a ordem jurídica (CF, art. 5º, II).

Seja qual for a doutrina que sigamos, a partir da EC 32/2001 obrigatoriamente temos que reconhecer a existência de uma exceção expressa a essa idéia de que todo decreto obrigatoriamente seja um decreto regulamentar.

Isso porque a EC 32/2001 modificou o art. 84, VI, da Constituição, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Portanto, em nosso país, hoje, ao lado dos decretos regulamentares, que continuam sendo a regra geral, temos previsão constitucional de **decreto autônomo**.

Decreto autônomo é um decreto editado diretamente a partir do texto constitucional, sem base em lei nenhuma, sem estar regulamentando nenhuma lei. O decreto autônomo é um ato primário, porque decorre diretamente da Constituição. Ele inova o Direito, criando, por força própria, situações jurídicas, direitos e obrigações.

Mas vejam bem que a hipótese de edição de decreto autônomo é muitíssimo restrita. Na verdade, nosso Direito admite a edição de decreto autônomo, **unicamente**, para dispor sobre (1) organização e funcionamento da Administração Federal, desde que não implique aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; e (2) extinção de cargos ou funções públicas, quando vagos.

Além dos decretos regulamentares e autônomos, a doutrina menciona uma terceira espécie, os chamados decretos delegados ou autorizados, ou ainda regulamentos delegados ou autorizados.

Temos um regulamento delegado (ou autorizado) quando o Poder Legislativo, na própria lei, autoriza o Poder Executivo a disciplinar determinadas situações nela não descritas. A lei traça apenas linhas gerais e autoriza o Poder Executivo a complementá-la, não simplesmente regulamentá-la.

Segundo a doutrina tradicional, o regulamento delegado é inconstitucional, porque fere o princípio da separação entre os Poderes e o princípio da legalidade. A doutrina mais moderna admite o regulamento delegado no caso de leis que tratem de matérias eminentemente técnicas. É o que acontece, por exemplo, com as

agências reguladoras. A lei estabelece diretrizes gerais, digamos, relativas aos serviços de telefonia, e a própria lei autoriza a ANATEL a estabelecer normas que a complementem.

Sobre esse ponto, aliás, mais um comentário deve ser feito.

Nós vimos que os autores dizem que o poder regulamentar é privativo do Chefe do Poder Executivo.

Se isso for correto, qual seria o fundamento para a edição de todos os demais atos normativos editados pela Administração (instruções normativas da Receita Federal, Resoluções do Banco Central, Portarias do Ministério da Saúde etc.)? É claro que é, também, o poder regulamentar. Acontece que esses atos, teoricamente, não regulamentam **diretamente** as leis. Por causa da hierarquia dos órgãos administrativos, esses atos deveriam “regulamentar” outros atos administrativos de órgãos superiores, de forma que, no ápice da pirâmide, sempre estariam os decretos regulamentares. Mas não é assim que as coisas acontecem. Por exemplo, é comum uma lei tributária conter um artigo dizendo: a Secretaria da Receita Federal regulamentará o disposto nessa lei. E temos uma instrução normativa regulamentando a lei sem que exista decreto regulamentar nenhum.

Pois bem, para concursos, em princípio, ficamos com as posições tradicionais. Eu só mencionei as outras porque elas têm aparecido cada vez mais nos livros e podem parecer em questões que vocês tenham que resolver por eliminação.

Mas, resumindo as posições tradicionais, temos:

- a) poder regulamentar é o poder atribuído ao Chefe do Poder Executivo para editar atos gerais e abstratos destinados a dar fiel cumprimento às leis (os decretos regulamentares);
- b) no Brasil só há decretos regulamentares, com as únicas exceções dos decretos autônomos previstos no art. 84, VI, da Constituição;
- c) o regulamento delegado é inconstitucional.

Quanto ao controle judicial dos regulamentos em ADIn temos o seguinte:

- a) sempre que o regulamento extrapola ou contraria a lei, o vício é de ilegalidade, não sujeito, portanto, ao controle abstrato de constitucionalidade;
- b) diferentemente, se o regulamento é expedido de forma autônoma, não se reportando a lei alguma, contrariando diretamente a Constituição, é passível de impugnação mediante ADIn.

Voltemos a nossa questão.

## **PODER DE POLÍCIA**

Poder de polícia administrativa pode ser simplismente conceituado como o poder de que dispõe a Administração Pública para condicionar ou restringir o exercício de direitos ou atividades do particular, em prol do bem-estar da coletividade.

O poder de polícia é inerente à atividade administrativa. É exercido por diversos órgãos e entidades, não por alguma unidade específica.

O poder de polícia é exercido sobre bens ou direitos, não sobre pessoas. Nisso ele se diferencia da polícia de segurança pública, como as polícias militares. Outra diferença é que a polícia de segurança pública é exercida por órgãos específicos.

O poder de polícia pode ser:

a) **preventivo**

São exemplos as licenças (atos vinculados, que o particular precisa obter para exercer um **direito**) e as autorizações (atos discricionários, que o particular precisa obter para exercer uma atividade que seja de seu **interesse**, mas não seja um direito dele).

b) **repressivo**

São exemplos as diversas atividades de fiscalização e as conseqüentes aplicações de sanções.

Há diversas sanções passíveis de aplicação no âmbito do poder de polícia administrativa. A aplicação das sanções, em regra, é discricionária; daí a importância do princípio da proporcionalidade para seu controle (lembrem sempre que é controle de legalidade/legitimidade, não de mérito).

Exemplos de sanções normalmente citados (as sanções **sempre** têm que estar previstas em lei; a Administração **nunca** pode criar uma sanção mediante ato administrativo):

a) multa;

b) interdição de atividade;

c) fechamento de estabelecimento;

d) demolição de construção irregular;

e) embargo administrativo de obra;

f) inutilização de gêneros alimentícios impróprios para consumo;

g) apreensão e destruição de objetos (como cigarros entrados irregularmente no País).

A competência para o exercício do poder de polícia é da pessoa política constitucionalmente competente para a regulação da respectiva atividade (princípio da predominância do interesse).

A doutrina classifica o poder de polícia em **originário** (exercido pela Administração Direta) ou **delegado** (atribuído a entidades da Administração Indireta).

Observem que não se usa a expressão “outorgado” no caso do poder de polícia atribuído às entidades da Administração Indireta, embora, rigorosamente, elas recebam suas atribuições mediante outorga, ou seja, por meio de lei.

Sobre a legitimidade de seu exercício, temos três correntes doutrinárias. A primeira só admite exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito público. A segunda admite o exercício do poder de polícia pelas pessoas jurídicas de direito público e também pelas fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, pelas EP e pelas SEM prestadoras de serviços públicos. A terceira admite o exercício do poder de polícia pelas pessoas jurídicas de direito público, pelas fundações públicas com personalidade jurídica de direito privado, pelas EP e pelas SEM prestadoras de serviços públicos e pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Minha opinião é que, para concursos, **em princípio**, devemos ficar com a primeira posição, isto é, só admitir exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito público.

A doutrina de maneira uniforme, aponta três atributos para o poder de polícia: a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

### **DISCRICIONARIEDADE**

A Administração pode, em princípio e como regra geral, determinar, dentro dos critérios de oportunidade e conveniência, quais atividades irá fiscalizar num determinado momento e, dentro dos limites estabelecidos na lei, quais sanções dentre as legalmente previstas deverão ser aplicadas e como deverá ser feita a graduação destas sanções. De qualquer forma, a sanção sempre deverá estar prevista em lei e deverá guardar correspondência e proporcionalidade com a infração verificada.

A discricionariedade dos atos de polícia é regra geral. Por exemplo, a concessão de licenças é ato vinculado, não podendo a Administração negá-las quando satisfeitos todos os requisitos legais pelo particular requerente.

### **AUTO-EXECUTORIEDADE**

Já vimos o que precisávamos ver quando estudamos a auto-executoriedade como atributo dos atos administrativos em geral. Define-se a auto-executoriedade como a possibilidade que certos atos administrativos sejam imediata e diretamente executados pela própria Administração, independentemente de ordem judicial prévia. Normalmente fala-se em execução material do ato pela Administração.

Evidentemente, a auto-executoriedade não afasta a tutela jurisdicional posterior (ou até suspensiva, se o particular, previamente, obtiver uma ordem judicial impedindo a atuação administrativa).

### **COERCIBILIDADE**

É a possibilidade de a Administração implementar à força o ato de polícia, sem autorização judicial prévia.

Além disso, quando o particular resistir ao ato de polícia, a Administração poderá valer-se da força pública para garantir seu cumprimento.

A coercibilidade traz uma idéia de uso da força que não obrigatoriamente está presente na noção de auto-executoriedade. Apesar disso, autores muito

importantes, como Maria Sylvia e Hely Lopes Meirelles, expressamente tratam coercibilidade e auto-executoriedade como sinônimos. Podemos fazer isso tranquilamente em questões de concursos.

Assim, podemos afirmar que a coercibilidade enseja a execução material do ato pela Administração, sem necessidade de autorização judicial.

Voltemos à nossa questão.

Ela pede o poder que, essencialmente, está por trás ou fundamenta determinados atos da Administração Pública.

Façamos a correlação a partir dos atos.

A aplicação de penalidade em processo administrativo relaciona-se ao poder disciplinar.

A nomeação para cargo de provimento em comissão é exemplo típico de exercício de poder discricionário.

A delegação de competências insere-se no exercício do poder hierárquico (o fato de a delegação de competências também ser possível para um órgão não subordinado não prejudica a correlação).

Por último, limitação do exercício de direitos é praticamente a própria definição de poder de polícia.

Portanto, o gabarito é letra “a”.

2 - (ESAF/CGU/2004) O mérito administrativo, na atuação do administrador público, cujo controle jurisdicional sofre restrições, condiz em particular com o exercício regular do seu poder

- a) disciplinar
- b) hierárquico
- c) de polícia
- d) discricionário
- e) vinculado

## **COMENTÁRIOS**

Conhecendo a teoria que sucintamente expus nos comentários à questão anterior, vocês verão que quase todas as questões sobre poderes administrativos resolvem-se com razoável facilidade.

O mérito administrativo é a essência do poder discricionário.

Gabarito, letra “d”.

3 - (ESAF/Analista MPU/2004) Os poderes vinculado e discricionário, simultaneamente, podem ser exercidos pela autoridade administrativa, na prática de um determinado ato, ressalvado que esse último se restringe à conveniência e oportunidade, bem como quanto

- a) ao conteúdo.
- b) à forma.
- c) à finalidade.
- d) à competência.
- e) ao modo.

### COMENTÁRIOS

Essa questão faz a afirmação, comum na doutrina, segundo a qual um ato pode ser praticado no exercício simultâneo dos poderes vinculado e discricionário. Trata-se dos atos administrativos, porque neles os elementos competência, finalidade e forma relacionam-se ao poder vinculado, ao passo que os elementos motivo e objeto relacionam-se ao poder discricionário.

O enunciado diz que o poder discricionário restringe-se à conveniência e oportunidade e a algum elemento do ato administrativo. Na lista temos: (a) conteúdo (que é sinônimo de objeto); forma; finalidade; competência (que às vezes pode aparecer como sinônimo de sujeito); modo (que não é tradicionalmente descrito como elemento dos atos administrativos).

Ora, a discricionariedade traz a idéia de conveniência e oportunidade quanto ao motivo e objeto do ato. Como não temos uma alternativa com “motivo e objeto”, devemos marcar a alternativa “a”. Ademais, as outras estão erradas porque “b”, “c” e “d” enumeram elementos vinculados e a “e” nem mesmo contém um elemento dos atos administrativos.

Gabarito, letra “a”.

4 - (ESAF/CGU/2004) Uma determinada autoridade administrativa, de um certo setor de fiscalização do Estado, ao verificar que o seu subordinado havia sido tolerante com o administrado incurso em infração regulamentar, da sua área de atuação funcional, resolveu avocar o caso e agravar a penalidade aplicada, no uso da sua competência legal, tem este seu procedimento enquadrado no regular exercício dos seus poderes

- a) disciplinar e vinculado
- b) discricionário e regulamentar
- c) hierárquico e de polícia
- d) regulamentar e discricionário
- e) vinculado e discricionário



## COMENTÁRIOS

Essa questão exige um pouco de raciocínio.

Os elementos-chave do enunciado são:

- 1) “setor de fiscalização”: pensamos logo em poder de polícia;
- 2) “subordinado”: pensamos em poder hierárquico (ou em poder disciplinar)
- 3) “avocar”: sem dúvida pensamos em poder hierárquico
- 4) “agrar a penalidade aplicada”: como a penalidade de que se trata foi aplicada a um administrado, ela decorre de poder de polícia, não de poder disciplinar.

Depois do enunciado, a questão pede os poderes predominantes:

Já sabemos que não houve exercício de poder disciplinar. Logo, cortamos a letra “a”. Poder regulamentar não tem absolutamente nada a ver com a situação descrita. Cortamos “b” e “d”.

Restam “c” e “e”.

Os atos descritos no enunciado são tipicamente discricionários. É claro que há, também, exercício de poder vinculado. Mas não há dúvida de que predominam na situação o poder hierárquico (na avocação) e o poder de polícia (na aplicação da penalidade ao administrado).

Gabarito, letra “c”.

5— (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) No que tange aos poderes administrativos, assinale a opção correta.

- a) Em face do poder hierárquico, um órgão consultivo que integre a estrutura do Poder Executivo, por exemplo, deve exarar manifestação que se harmonize com o entendimento dado à matéria pelo chefe de tal Poder.
- b) Por sua natureza, a Secretaria de Receita Estadual não tem poder de polícia, que é característico da Secretaria de Segurança do Estado.
- c) Uma vez que o Direito não admite lacunas legislativas, e a Administração Pública deve sempre buscar atender o interesse público, o poder regulamentar, como regra, autoriza que o Poder Executivo discipline as matérias que ainda não foram objeto de lei.
- d) Em vista da grande esfera de atuação do Poder Executivo, o poder regulamentar se distribui entre diferentes autoridades que compõem tal poder, que expedem portarias e instruções normativas, conforme a área de especialização técnica de cada qual.
- e) Nem sempre as medidas punitivas aplicadas pela Administração Pública a particulares terão fundamento no poder disciplinar.

## COMENTÁRIOS

Essa questão, que é de um concurso bem recente, confirma minha freqüente afirmação de que a ESAF (e também o CESPE), como regra, é muito conservadora nas posições doutrinárias que adota.

Vejamos as alternativas.

### Alternativa “a”

A afirmação dessa letra “a” não é muito fácil. Ela é praticamente reprodução de um trecho do livro da prof. Maria Sylvia Di Pietro (página 93 da 17ª edição).

Os órgãos consultivos, justamente por terem função meramente **opinativa**, não estão obrigados, como regra, em matéria técnica, a adotar as mesmas interpretações e a manifestar as mesmas orientações dadas a uma determinada matéria pelo Chefe do Poder Executivo.

Os órgãos consultivos emitem **pareceres**. Qualquer parecer pode, ou não, ser acatado pela autoridade administrativa que deva decidir sobre a questão objeto do parecer. Se os órgãos consultivos simplesmente reproduzissem, em matéria técnica, as interpretações e orientações emitidas pelo Chefe do Poder Executivo, eles seriam totalmente inúteis.

Mas vejam que isso é apenas uma regra geral. É possível, sim, dependendo do órgão consultivo, e dependendo do ato do Chefe do Poder Executivo, que aquele seja obrigado a adotar o mesmo entendimento deste.

Alternativa errada, embora, na minha opinião, um pouco polêmica.

### Alternativa “b”

Essa é bem tranqüila. A afirmação, intencionalmente, tenta confundir o conceito de polícia administrativa, que é exercida por todos, ou quase todos, os órgãos da Administração, com polícia de segurança pública, que é sempre atribuída a órgão ou órgãos específicos.

Alternativa errada.

### Alternativa “c”

Aqui também não há polêmica. O poder regulamentar depende de lei para ser exercido. O decreto regulamentar, obviamente, regulamenta uma lei. Se não houver lei, não pode ser editado decreto regulamentar (não seria regulamentar, seria autônomo).

O único decreto que não depende de lei é o decreto autônomo, que, como vimos, é absolutamente excepcional, só cabível nas hipóteses do art. 84, VI, da Constituição.

Alternativa errada.

### Alternativa “d”

Aqui a ESAF adotou a orientação doutrinária absolutamente tradicional. Como eu disse, nossa regra geral é seguir, para concursos da ESAF e do CESPE, a doutrina mais tradicional, mais ortodoxa.

Segundo essa doutrina, o poder regulamentar é **privativo do Chefe do Poder Executivo**. Não é exercido por “diferentes autoridades”.

Essa doutrina fundamenta os atos normativos das “diferentes autoridades”, como as “portarias e instruções normativas”, no **poder hierárquico**, não no poder regulamentar.

Alternativa errada.

### **Alternativa “e”**

Só sobrou essa para nosso gabarito.

A afirmação dela constante exige perfeito conhecimento da abrangência do poder disciplinar.

Temos exercício de poder disciplinar na aplicação de sanções a agentes públicos (demissão, suspensão, advertência) e na aplicação de sanções a pessoas particulares (não agentes públicos) que tenham vínculos jurídicos específicos (contratos administrativos) com a Administração. Exemplos dessas últimas sanções são a decretação de caducidade de uma concessão de serviço público e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público, aplicáveis a pessoas que tenham descumprido contratos administrativos.

Diferentemente, “medidas punitivas aplicadas pela Administração Pública a particulares” que tenham com ela somente vínculo geral decorrem de poder de polícia. O poder de polícia é que fundamenta as sanções aplicáveis aos particulares em geral, que não tenham vínculos jurídicos específicos com a Administração (não sejam agentes públicos nem parte em contratos administrativos).

Alternativa certa.

Gabarito, letra “e”.

6 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Sobre conceitos atinentes à Administração Pública, assinale a opção correta.

- a) Não se pode considerar agente público aquele que integra a estrutura de uma pessoa jurídica de direito privado instituída pelo Poder Público.
- b) O poder hierárquico fundamenta o ato de avocação.
- c) Os órgãos públicos têm personalidade jurídica, podendo, por isso, assumir em nome próprio obrigações.
- d) A descentralização tem, para o Direito Administrativo, significado de distribuição de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica.

e) Tradicionalmente, não se considera a competência como elemento vinculado do ato administrativo.

## COMENTÁRIOS

Essa questão é uma miscelânea. Cada alternativa trata de um assunto diferente. Vejamos cada uma.

### Alternativa “a”

“Agente público” é um termo genérico, amplo. Normalmente é usado para referir a todas as pessoas que têm vínculo funcional com a Administração, como os servidores públicos (estatutários), os empregados públicos (celetistas), os contratados temporariamente e até, dependendo do autor, os agentes políticos. Eu digo “normalmente” porque a expressão “agente público” é doutrinária, não está definida sua abrangência em nenhuma lei. Por isso, cada autor usa a expressão como bem entender.

A alternativa adotou a definição mais comum de agente público, que abrange, sim, as pessoas que trabalham nas pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública. A redação foi meio ruim, porque diz que o agente público integra a estrutura de uma pessoa jurídica. Para mim, não é bem assim. Os agentes ocupam cargos ou empregos, ou ainda funções. Os cargos ou empregos é que integram a estrutura da pessoa jurídica. Mas isso não vem ao caso, porque a alternativa foi considerada falsa de qualquer forma.

### Alternativa “b”

Não há como haver dúvida sobre essa afirmação. A avocação sempre decorre o poder hierárquico. Só existe avocação feita pelo superior hierárquico relativamente a atribuições originárias de seu subordinado.

Alternativa certa. Essa é o gabarito.

### Alternativa “c”

Essa veio de presente. Dizer que órgão público tem personalidade jurídica é um erro tão “manjado” que dispensa mais comentários.

Alternativa errada.

### Alternativa “d”

Essa alternativa traz, exatamente, a definição de **desconcentração**, não de descentralização. A descentralização **sempre** envolve duas pessoas jurídicas.

Alternativa errada.

### Alternativa “e”

É justamente o contrário. Tradicionalmente, a competência é descrita como elemento vinculado do ato administrativo.

Alternativa errada.

O gabarito da questão é letra “b”.

7 – (ESAF/Fiscal RN/2005) A autoridade administrativa, que no exercício da sua competência funcional, cassa a autorização dada a um administrado, a qual era necessária, para legitimar determinada atividade por ele desempenhada, pratica ato compreendido, especificamente, nos seus poderes discricionários, hierárquico e de polícia.

Está **incorreta** esta assertiva, porque

- a) a cassação de autorização é ato necessariamente vinculado.
- b) a prática de ato dessa natureza não condiz, propriamente, com o exercício do poder hierárquico.
- c) a prática de ato dessa natureza não condiz, com o exercício do poder discricionário.
- d) a prática de ato dessa natureza não condiz, com o exercício do poder de polícia.
- e) a prática de ato dessa natureza não condiz, com o exercício dos poderes discricionários e de polícia.

## COMENTÁRIOS

Essa questão teria sido boa se, em vez de usar a palavra “cassa”, que tem significado próprio no Direito, tivesse usado a palavra “cancela”, ou “retira”, expressões que não têm significado jurídico específico.

O elaborador da questão baseou-se em algum livro, não sei bem qual, que afirma que a cassação de um ato discricionário pode ser um ato discricionário. Ou seja, ele usou um conceito de cassação que não é o usual, ou pelo menos não é o usado pelos autores mais tradicionais (nem pelos dicionários jurídicos que eu conheço).

Não teríamos como errar essa questão, porque, por eliminação, chegaríamos à resposta “mais correta”.

Vejam os elementos importantes da questão.

Temos uma autorização para um particular exercer determinada atividade. Isso é poder de polícia, não há dúvida.

Temos a cassação dessa autorização. Como comentei, a expressão “cassação”, aqui, foi usada como sinônimo de revogação, como um ato discricionário (Maria Lúcia Vale Figueiredo é uma autora importante que afirma que a cassação pode ser equiparada à revogação).

Temos a afirmação de que o ato administrativo de “cassação” baseou-se nos poderes discricionário, hierárquico e de polícia.

Por último, o próprio enunciado afirma que isso está incorreto e pergunta o motivo.

Não há dúvida de que o **poder hierárquico** não tem nada a ver com nenhum aspecto da situação descrita. Poder de polícia é exercido sobre os indivíduos em geral. Não há hierarquia entre a Administração e as pessoas em geral.

Ficariamos entre as letras “a” e “b”.

O aluno precisaria saber que não há consenso doutrinário sobre o conceito e a natureza da cassação. Sabendo isso, a mais correta fica sendo a letra “b”, que foi mesmo o gabarito.

Gabarito da questão, letra “b”.

8 - (ESAF/Analista MPU/2004) Quanto aos poderes administrativos, assinale a afirmativa falsa.

- a) A esfera discricionária nos regulamentos de organização é maior do que aquela nos regulamentos normativos.
- b) O poder disciplinar pode alcançar particulares, desde que vinculados ao Poder Público mediante contratos.
- c) No âmbito do poder hierárquico, insere-se a faculdade de revogar-se atos de órgãos inferiores, considerados inconvenientes, de ofício ou por provocação.
- d) A regra quanto à avocação de competências determina a sua possibilidade, desde que a competência a ser avocada não seja privativa do órgão subordinado.
- e) O poder de polícia administrativa pode se dar em diversas gradações, finalizando, em todas as situações, com a auto-executoriedade, pela qual o administrado é materialmente compelido a cumprir a determinação administrativa.

## COMENTÁRIOS

Essa questão traz uma afirmação bem complexa, mas, no fim das contas, não foi tão difícil acertar a questão, porque a alternativa que foi o gabarito é mais ou menos simples. A questão pede a alternativa falsa. Analisemos cada uma.

### Alternativa “a”

Essa é a alternativa com a afirmação complexa. É uma afirmação puramente doutrinária.

Os chamados “regulamentos de organização” são os que estruturam um órgão ou entidade da Administração, dispondo sobre seu funcionamento.

Os órgãos públicos obrigatoriamente são criados por lei e as entidades da Administração Indireta são criadas por lei ou têm sua criação autorizada por lei.

Entretanto, a lei não estabelece minuciosamente a estrutura e o funcionamento do órgão ou entidade. Apenas estabelece a estrutura geral, lista as competências e deixa o detalhamento a critério do Poder Executivo.

Com a EC 32/2001, essa sistemática, que já era consagrada na prática, e mesmo pela doutrina, passou a constar da própria Constituição.

Lembrem que o inciso VI, alínea “a” do art. 84 dá competência privativa ao Presidente da República para dispor, mediante decreto (autônomo) sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

O que o enunciado está dizendo é que nesses decretos de organização, que dispõem sobre a estrutura e o funcionamento de um órgão ou entidade da Administração, seguindo apenas as linhas gerais traçadas pela lei que criou o órgão ou entidade ou autorizou a criação da entidade, há muito maior margem de liberdade, ou seja, a discricionariedade é muito mais ampla do que a que se observa na expedição de “regulamentos normativos”.

Os “regulamentos normativos” a que se refere o enunciado são aqueles que tratam de normas de conduta, ou seja, são os decretos regulamentares propriamente ditos, aqueles expedidos para garantir a “fiel execução” das leis (CF, art. 84, IV). Claro que, nesses “regulamentos normativos”, a discricionariedade é muito menor, porque eles só podem “desdobrar” os dispositivos da lei, “explicitar” suas disposições, sem qualquer inovação do Direito, visando, simplesmente, a uniformizar o cumprimento da lei pela Administração.

A alternativa é certa.

#### **Alternativa “b”**

Essa alternativa está corretíssima. Muitas vezes, quando falamos em “poder disciplinar”, lembramos somente da aplicação de sanções disciplinares pela Administração a seus agentes (empregados ou servidores). Mas o poder disciplinar fundamenta essas sanções e **também** a aplicação de penalidades administrativas a particulares, em decorrência do descumprimento de contratos administrativos.

Alternativa certa.

#### **Alternativa “c”**

O poder hierárquico fundamenta a anulação e a revogação de atos dos órgãos inferiores pelos órgãos superiores.

Isso é autotutela. Mas vejam que a autotutela nem sempre ocorre no âmbito do poder hierárquico. Simplesmente, uma autoridade que pratica um ato pode, ela mesma, anulá-lo, se ilegal, ou revogá-lo se ele se tornar inconveniente. Nesse caso, teríamos autotutela sem termos hierarquia.

Também podemos ter revogação e anulação fora do âmbito hierárquico e fora da autotutela. Nos casos de controle finalístico, também chamado tutela ou supervisão, exercido pela Administração Direta sobre a Administração Indireta, poderemos ter anulação e mesmo revogação de atos (segundo a doutrina, o exercício e a abrangência da tutela precisam estar previstos em lei) sem que exista hierarquia e sem que configure exercício da autotutela (é exercício de tutela administrativa).

Alternativa certa.

#### **Alternativa “d”**

A única regra legislativa que temos sobre avocação, na esfera federal, está no art. 15 da Lei 9.784/1999. Esse artigo não fala nada sobre proibição da avocação quando a competência a ser avocada for privativa do órgão subordinado. Mas isso é posição doutrinária, que eu saiba, pacífica. A prof. Maria Sylvia afirma expressamente essa proibição, que, aliás, é bastante lógica.

Alternativa certa.

#### **Alternativa “e”**

Nessa alternativa está errado dizer que, em **todas** as situações, o poder de polícia administrativa termina em “auto-executoriedade, pela qual o administrado é materialmente compelido a cumprir a determinação administrativa”. Lembrem que uma das sanções passíveis de ser aplicadas no exercício do poder de polícia é a multa administrativa, que é um ato caracterizado por imperatividade, mas cujo cumprimento não é auto-executório. Vale dizer, se o administrado não paga a multa, a Administração, por força própria, não tem como fazê-lo pagar. Precisa fazer a cobrança por intermédio do Poder Judiciário (ajuizando uma ação de execução).

Alternativa errada.

Gabarito, letra “e”.

9 – (CESPE/Delegado PF/2002) O Congresso Nacional tem competência para controlar o poder regulamentar do presidente da República.

### **COMENTÁRIOS**

O **controle legislativo**, na esfera federal, tem sua previsão mais genérica no inciso X do art. 49 (“É da competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”).

Não bastasse essa ampla competência, o inciso V do mesmo artigo trata especificamente do controle legislativo do exercício do poder regulamentar (“É da competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa). A parte final, que fala em “limites de delegação legislativa”, diz respeito à edição de leis delegadas, que não nos interessa.

É bom lembrar que, além desses controles, todos os atos do Poder Executivo podem ser controlados pelo Poder Judiciário, quando provocado.

Item certo (C).



10 - (CESPE/Auditor INSS/2003) Em razão do princípio da legalidade, a Constituição da República não admite que o Presidente da República disponha, mediante decreto, acerca da extinção de funções ou cargos públicos.

## COMENTÁRIOS

Esse item reporta-se, diretamente, ao inciso VI do art. 84 da Constituição, que prevê as únicas hipóteses de decretos autônomos existentes em nosso ordenamento.

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

VI - dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Na minha opinião isso não é exceção ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), porque ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, por causa da edição de algum decreto, baseada nessa competência (não são decretos que imponham ou proíbam condutas aos particulares).

Esses decretos são exceção ao exercício do poder regulamentar, que, como regra, restringe-se à expedição de decretos regulamentares (CF, art. 84, IV).

Seja como for, o item está errado por desconsiderar o inciso VI do art. 84 da Constituição.

Item errado (E).

11 – (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) Com relação ao poder de polícia, assinale a opção incorreta.

- a) Não se pode falar em utilização de poder de polícia pela Administração indireta.
- b) Como regra, tal poder será discricionário.
- c) O meio de ação que concretize a atuação do poder de polícia encontra limites no princípio da proporcionalidade.
- d) Nem sempre as ações atinentes ao poder de polícia serão auto-executáveis.
- e) O poder de polícia não abrange apenas medidas repressivas.

## COMENTÁRIOS

A questão pede a afirmativa errada sobre poder de polícia.

**Alternativa “a”**

Vemos, de primeira, que esse é o gabarito (mas, atenção, **nunca** marquem uma alternativa sem ler todas as da questão!!!).

Não existe nenhuma corrente doutrinária que negue a possibilidade de exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito público. Portanto, mesmo adotando a mais restritiva das orientações, não há quem negue a possibilidade de exercício de poder de polícia, na Administração Indireta, pelas autarquias (e pelas fundações públicas com personalidade jurídica de direito público, que, afinal, são uma espécie de autarquia).

Alternativa errada. É o gabarito.

#### **Alternativa “b”**

Vimos que um dos atributos do poder de polícia sempre apontados pela doutrina é a discricionariedade. Vimos, também, que isso é uma regra geral (basta lembrarmos das licenças, que são atos vinculados)

Alternativa certa.

#### **Alternativa “c”**

Essa alternativa afirma, de forma genérica, que o princípio da proporcionalidade limita o exercício do poder de polícia, ou seja, é um dos meios de controle do poder de polícia. Evidentemente há outros. Como não está dizendo que é o único limite ou meio de controle, a alternativa está certa.

#### **Alternativa “d”**

Mais uma vez aparece a afirmação de que nem todos os atos de polícia são auto-executórios. Já vimos que isso é correto e que o exemplo mais comum de ato não auto-executório é a exigência do pagamento de multa administrativa.

Alternativa certa.

#### **Alternativa “e”**

Essa alternativa simplesmente lembra que o poder de polícia pode ser preventivo (concessão de autorizações e licenças) ou repressivo (aplicação de sanções).

Está certa.

Gabarito, letra “a”.

12 - (Cespe/Procurador INSS/1998) Julgue os itens seguintes, acerca do poder de polícia administrativa.

1. Em decorrência do poder de polícia de que é investida, a administração pública pode condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, independentemente de prévia autorização judicial.
2. O acatamento do ato de polícia administrativa é obrigatório ao seu destinatário. Para fazer valer o seu ato, a administração pode até mesmo empregar força pública em face da resistência do administrado sem que, para isso, dependa de qualquer autorização judicial.

3. As sanções decorrentes do exercício do poder de polícia administrativa – por exemplo, a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, a destruição de objetos e a proibição de fabricação de determinados produtos – só podem ser aplicadas após regular processo judicial, haja vista a dimensão da restrição de direitos individuais implementada.
4. A proporcionalidade entre a restrição imposta pela administração e o benefício social que se tem em vista, bem como a correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, podem ser questionadas em juízo, mas deverão ser esgotadas previamente as vias recursais administrativas, sob pena de o Poder Judiciário proclamar a falta de interesse de agir do administrado.
5. Considerando a natureza e os efeitos da atuação da polícia administrativa, os atos administrativos praticados nessa esfera são estritamente vinculados.

## **COMENTÁRIOS**

### **Item 1**

Esse item traz praticamente a definição usual de poder de polícia.

Item certo (C).

### **Item 2**

Esse item traz a regra geral, segundo a qual o ato de polícia é coercitivo e auto-executório. A existência de atos que não são auto-executórios, que são a exceção, não tornam falsa a afirmação genérica.

É comum o CESPE apresentar itens assim. Repito, a existência de exceções não torna um item falso, quando ele é formulado de maneira genérica, sem o uso de expressões restritivas, como “sempre”, “nunca”, “jamais” etc.

Vejam que na parte do enunciado que diz “sem que, para isso, dependa de qualquer autorização judicial”, não se está dizendo que qualquer ato de polícia independe, para sua implementação, de autorização judicial; está dita a regra geral, segundo a qual os atos de polícia típicos (que são os auto-executórios) independem, para sua implementação, de qualquer autorização judicial.

Item certo (C).

### **Item 3**

Esse item está errado na regra geral e nos exemplos. Primeiro, as sanções decorrentes do exercício do poder de polícia administrativa sempre podem ser aplicadas sem necessidade de autorização judicial, inclusive a aplicação de multa (a cobrança é que exige ação judicial, se o particular não paga espontaneamente). Segundo, todos os exemplos do item são de atos auto-executórios.

Item errado (E).

#### **Item 4**

Até a parte do enunciado que fala em possibilidade de questionar o ato de polícia em juízo, com base no princípio da proporcionalidade, está tudo certo. Agora, afirmar que, antes, “deverão ser esgotadas previamente as vias recursais administrativas” está absurdamente errado. Lembrem do início do curso, quando tratamos do princípio de inafastabilidade de jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) com as exceções, unicamente, da “justiça” desportiva e do “habeas data”.

Item errado (E).

#### **Item 5**

Já vimos que a regra geral, para os atos de polícia, é a discricionariedade (aliás, apontada como um dos atributos do poder de polícia).

Item errado (E).

13 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O serviço público detentor de poder de polícia não pode ser objeto de concessão a particular.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item do CESPE trata de um assunto que não é unânime na doutrina: a possibilidade de delegação de poder de polícia.

Minha opinião é que, para concursos, devemos, em princípio, adotar a posição de que o poder de polícia só pode ser exercido pelas próprias pessoas políticas, por meio de sua Administração Direta, ou por pessoas jurídicas de direito público, por descentralização mediante outorga (ou algum outro instrumento de descentralização, como convênios ou consórcios públicos). Esse poder de polícia exercido por entidades descentralizadas, como as autarquias, é que a doutrina chama de poder de polícia delegado (tecnicamente, no caso das autarquias e fundações públicas de direito público, não há delegação, mas outorga; apesar disso, sempre que o poder de polícia é exercido por alguém diferente do ente federado constitucionalmente competente, dizemos que é poder de polícia delegado).

A doutrina, majoritariamente, repudia a possibilidade de exercício de poder de polícia por pessoas jurídicas de direito privado, mesmo que sejam integrantes da Administração. Mais consensual ainda é a impossibilidade de delegar poder de polícia a particulares, que foi a posição trazida por este item do CESPE.

Item certo (C).

Com isso, terminamos nosso estudo dos poderes administrativos.

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

1 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) Tratando-se dos poderes administrativos, correlacione as duas colunas, vinculando a cada situação o respectivo poder:

1- poder hierárquico

2- poder disciplinar

3- poder discricionário

4- poder de polícia

( ) penalidade em processo administrativo

( ) nomeação para cargo de provimento em comissão

( ) delegação de competências

( ) limitação do exercício de direitos

a) 2/3/1/4

b) 4/2/1/3

c) 4/3/2/1

d) 2/1/3/4

e) 4/2/3/1

2 - (ESAF/CGU/2004) O mérito administrativo, na atuação do administrador público, cujo controle jurisdicional sofre restrições, condiz em particular com o exercício regular do seu poder

a) disciplinar

b) hierárquico

c) de polícia

d) discricionário

e) vinculado

3 - (ESAF/Analista MPU/2004) Os poderes vinculado e discricionário, simultaneamente, podem ser exercidos pela autoridade administrativa, na prática de um determinado ato, ressalvado que esse último se restringe à conveniência e oportunidade, bem como quanto

a) ao conteúdo.

b) à forma.

c) à finalidade.

- d) à competência.
- e) ao modo.

4 - (ESAF/CGU/2004) Uma determinada autoridade administrativa, de um certo setor de fiscalização do Estado, ao verificar que o seu subordinado havia sido tolerante com o administrado incurso em infração regulamentar, da sua área de atuação funcional, resolveu avocar o caso e agravar a penalidade aplicada, no uso da sua competência legal, tem este seu procedimento enquadrado no regular exercício dos seus poderes

- a) disciplinar e vinculado
- b) discricionário e regulamentar
- c) hierárquico e de polícia
- d) regulamentar e discricionário
- e) vinculado e discricionário

5— (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) No que tange aos poderes administrativos, assinale a opção correta.

- a) Em face do poder hierárquico, um órgão consultivo que integre a estrutura do Poder Executivo, por exemplo, deve exarar manifestação que se harmonize com o entendimento dado à matéria pelo chefe de tal Poder.
- b) Por sua natureza, a Secretaria de Receita Estadual não tem poder de polícia, que é característico da Secretaria de Segurança do Estado.
- c) Uma vez que o Direito não admite lacunas legislativas, e a Administração Pública deve sempre buscar atender o interesse público, o poder regulamentar, como regra, autoriza que o Poder Executivo discipline as matérias que ainda não foram objeto de lei.
- d) Em vista da grande esfera de atuação do Poder Executivo, o poder regulamentar se distribui entre diferentes autoridades que compõem tal poder, que expedem portarias e instruções normativas, conforme a área de especialização técnica de cada qual.
- e) Nem sempre as medidas punitivas aplicadas pela Administração Pública a particulares terão fundamento no poder disciplinar.

6 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Sobre conceitos atinentes à Administração Pública, assinale a opção correta.

- a) Não se pode considerar agente público aquele que integra a estrutura de uma pessoa jurídica de direito privado instituída pelo Poder Público.
- b) O poder hierárquico fundamenta o ato de avocação.

- c) Os órgãos públicos têm personalidade jurídica, podendo, por isso, assumir em nome próprio obrigações.
- d) A descentralização tem, para o Direito Administrativo, significado de distribuição de competências dentro de uma mesma pessoa jurídica.
- e) Tradicionalmente, não se considera a competência como elemento vinculado do ato administrativo.

7 – (ESAF/Fiscal RN/2005) A autoridade administrativa, que no exercício da sua competência funcional, cassa a autorização dada a um administrado, a qual era necessária, para legitimar determinada atividade por ele desempenhada, pratica ato compreendido, especificamente, nos seus poderes discricionários, hierárquico e de polícia.

Está **incorreta** esta assertiva, porque

- a) a cassação de autorização é ato necessariamente vinculado.
- b) a prática de ato dessa natureza não condiz, propriamente, com o exercício do poder hierárquico.
- c) a prática de ato dessa natureza não condiz, com o exercício do poder discricionário.
- d) a prática de ato dessa natureza não condiz, com o exercício do poder de polícia.
- e) a prática de ato dessa natureza não condiz, com o exercício dos poderes discricionários e de polícia.

8 - (ESAF/Analista MPU/2004) Quanto aos poderes administrativos, assinale a afirmativa falsa.

- a) A esfera discricionária nos regulamentos de organização é maior do que aquela nos regulamentos normativos.
- b) O poder disciplinar pode alcançar particulares, desde que vinculados ao Poder Público mediante contratos.
- c) No âmbito do poder hierárquico, insere-se a faculdade de revogar-se atos de órgãos inferiores, considerados inconvenientes, de ofício ou por provocação.
- d) A regra quanto à avocação de competências determina a sua possibilidade, desde que a competência a ser avocada não seja privativa do órgão subordinado.
- e) O poder de polícia administrativa pode se dar em diversas gradações, finalizando, em todas as situações, com a auto-executoriedade, pela qual o administrado é materialmente compelido a cumprir a determinação administrativa.

9 – (CESPE/Delegado PF/2002) O Congresso Nacional tem competência para controlar o poder regulamentar do presidente da República.

10 - (CESPE/Auditor INSS/2003) Em razão do princípio da legalidade, a Constituição da República não admite que o Presidente da República disponha, mediante decreto, acerca da extinção de funções ou cargos públicos.

11 – (ESAF/Gestor Fazendário-MG/2005) Com relação ao poder de polícia, assinale a opção incorreta.

- a) Não se pode falar em utilização de poder de polícia pela Administração indireta.
- b) Como regra, tal poder será discricionário.
- c) O meio de ação que concretize a atuação do poder de polícia encontra limites no princípio da proporcionalidade.
- d) Nem sempre as ações atinentes ao poder de polícia serão auto-executáveis.
- e) O poder de polícia não abrange apenas medidas repressivas.

12 - (Cespe/Procurador INSS/1998) Julgue os itens seguintes, acerca do poder de polícia administrativa.

1. Em decorrência do poder de polícia de que é investida, a administração pública pode condicionar e restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, independentemente de prévia autorização judicial.
2. O acatamento do ato de polícia administrativa é obrigatório ao seu destinatário. Para fazer valer o seu ato, a administração pode até mesmo empregar força pública em face da resistência do administrado sem que, para isso, dependa de qualquer autorização judicial.
3. As sanções decorrentes do exercício do poder de polícia administrativa – por exemplo, a interdição de atividade, o fechamento de estabelecimento, a demolição de construção, a destruição de objetos e a proibição de fabricação de determinados produtos – só podem ser aplicadas após regular processo judicial, haja vista a dimensão da restrição de direitos individuais implementada.
4. A proporcionalidade entre a restrição imposta pela administração e o benefício social que se tem em vista, bem como a correspondência entre a infração cometida e a sanção aplicada, podem ser questionadas em juízo, mas deverão ser esgotadas previamente as vias recursais administrativas, sob pena de o Poder Judiciário proclamar a falta de interesse de agir do administrado.
5. Considerando a natureza e os efeitos da atuação da polícia administrativa, os atos administrativos praticados nessa esfera são estritamente vinculados.



13 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) O serviço público detentor de poder de polícia não pode ser objeto de concessão a particular.

## **AULA 7: RESPONSABILIDADE CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **1. Responsabilidade civil da Administração Pública.**

**1 - (Cespe/Fiscal INSS/1998)** A responsabilidade civil da administração pública, disciplinada pela Constituição Federal em seu art. 37, § 6º, passou por diversas etapas até chegar ao seu estágio atual de evolução. De uma fase inicial em que o Estado não respondia pelos prejuízos causados aos particulares, a responsabilidade civil da administração pública obedece atualmente a regras especiais de direito público. A respeito desse tema, julgue os itens a seguir.

1. Vigora no Brasil, como regra, a teoria do risco integral da responsabilidade civil.
2. Quando demandado regressivamente, o agente causador do prejuízo responderá de forma objetiva perante a administração pública.
3. Em face de prejuízos causados a particulares, as empresas privadas prestadoras de serviços públicos submetem-se às mesmas regras de responsabilidade civil aplicáveis aos entes públicos.
4. Será subjetiva a responsabilidade civil do Estado por acidentes nucleares.
5. Ainda que se comprove erro judiciário, o Estado não estará obrigado a indenizar o condenado, haja vista a sentença judicial não possuir natureza de ato administrativo.

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão, bem abrangente, permite começarmos o estudo da responsabilidade civil da Administração.

O primeiro ponto geral consiste em sabermos que, em nosso Direito, essencialmente, um ato praticado por alguém pode acarretar consequências em três esferas distintas. Na esfera penal, se o ato for tipificado em lei como crime ou contravenção. Na esfera administrativa, se o ato caracterizar infração a normas administrativas (funcionais, contratuais ou de polícia). Na esfera cível, se o ato acarretar dano patrimonial ou dano moral.

Como regra, as esferas são independentes entre si e as sanções previstas em cada uma podem ser aplicadas cumulativamente (por exemplo, um ato de corrupção passiva pode acarretar a prisão do culpado, sua demissão e o dever de indenizar o Estado). Há hipóteses, entretanto, em que a esfera penal, e só ela, pode produzir consequências nas outras esferas. Veremos isso adiante.

A responsabilidade civil, portanto, decorre de atos que causem dano patrimonial e/ou dano moral. A responsabilidade civil sempre se esgota com o ressarcimento do dano. O ressarcimento é sempre patrimonial, ou seja, é sempre uma

indenização, mesmo no caso de dano moral, porque não é possível “entregar moral para alguém” a fim de “desfazer o dano moral”.

Na esfera privada, a regra geral é a responsabilidade civil exigir, para sua caracterização, não só o dano e a relação entre um ato e o dano, isto é, que o dano tenha sido causado por esse ato (nexo causal entre o ato e o dano), mas também a culpa de quem praticou o ato (culpa em sentido amplo, que abrange o dolo – intenção – e a culpa em sentido estrito – negligência, imprudência ou imperícia).

Diz-se que essa responsabilidade é **subjettiva**, porque leva em conta a conduta do causador do dano (do sujeito), exigindo culpa para ser caracterizada.

Geralmente a responsabilidade civil por culpa comum, também chamada culpa aquiliana, é representada pela seguinte fórmula:

**dano + nexo causal + culpa comum** (da pessoa que praticou o ato)

Os editais de concursos, normalmente, no assunto “responsabilidade civil da Administração” começam pedindo a sua evolução histórica.

As etapas por que passou a construção doutrinária e jurisprudencial acerca da responsabilidade civil do Estado são:

### **1) Irresponsabilidade.**

Essa fase é própria do Absolutismo (antes do Absolutismo nem mesmo existia um conceito de Estado Nacional).

Como o rei era identificado com o próprio Estado, e seu poder era divino, é claro que o rei não podia errar. Assim, um ato do Estado nunca podia acarretar, para o Estado, obrigação de indenizar quem quer que fosse.

### **2) Responsabilidade por culpa comum.**

Quando termina o absolutismo e surgem os Estados constitucionais, na época de hegemonia o Liberalismo clássico (Séculos XVIII e XIX), passa-se a reconhecer a possibilidade de o Estado causar dano a alguém.

Mas, por causa do individualismo típico do Liberalismo, não se reconhecia uma responsabilidade exatamente do Estado, mas sim do agente público que ocasionasse o dano.

Tratava-se de uma relação puramente privada. A pessoa que sofresse um dano por ação de um agente público, mesmo que este estivesse atuando na qualidade de agente público, poderia, sim, obter indenização. Entretanto, cabia à pessoa que sofreu o dano provar, em juízo, que o agente público atuou com culpa (dolo ou culpa), para obter indenização.

É uma responsabilidade do tipo subjettiva, porque leva em conta a conduta do causador do dano (do sujeito), exigindo culpa para ser caracterizada.

### **3) Responsabilidade por culpa administrativa.**

A responsabilidade civil por culpa administrativa ou **culpa anônima** resulta de uma evolução da anterior. É, ainda, uma **responsabilidade subjettiva**, mas a

diferença é que ela não exige que seja provada culpa de um agente público individualizado. Fala-se em culpa administrativa, ou culpa anônima, para explicitar que não há individualização de um agente que tenha atuado culposamente. Leva-se em conta o serviço público prestado, bastando para caracterizar a responsabilidade uma culpa geral pela má prestação do serviço.

Resumidamente, temos responsabilidade civil por culpa administrativa quando estão presentes os seguintes elementos:

#### **dano + nexos causal + falha do serviço público**

É importante saber que o ônus da prova da não-prestação ou da prestação deficiente do serviço público é do particular que sofreu o dano.

A responsabilidade civil por culpa administrativa tem grande importância ainda hoje. No Brasil, é a modalidade de responsabilidade civil a que está sujeito o Estado nos casos de **danos decorrentes de omissão**, ou seja, de dano ocasionado pela não-prestação ou prestação deficiente de um serviço público.

#### **4) Teoria do risco administrativo.**

Pela teoria do risco administrativo surge a obrigação econômica de reparar o dano sofrido pelo particular independentemente da existência de falta do serviço ou de culpa do agente público. Basta que exista o dano decorrente de uma atuação de um agente público, agindo nessa qualidade.

Portanto, para termos responsabilidade civil pela teoria do risco administrativo, basta estarem presentes os seguintes elementos:

#### **dano + nexos causal**

Por causa dos elementos suficientes à caracterização dessa responsabilidade civil, diz-se que ela é uma responsabilidade do tipo **objetiva**. Isso significa que não interessa se existe, ou não, culpa de um agente público ou mesmo culpa anônima ou administrativa.

Existe, entretanto, a possibilidade de o Estado eximir-se da responsabilidade. Para tanto, porém, é necessário que ele, Estado, prove culpa exclusiva do particular que sofreu o dano. O importante é que o ônus da prova é do Estado.

Os autores costumam afirmar essa exclusão da responsabilidade objetiva pela culpa exclusiva do particular decorre da inexistência, nesses casos, de nexos causal. Com efeito, se a lesão decorre de culpa exclusiva do particular que sofreu o dano, não se pode dizer que exista nexos causal entre alguma atuação da Administração e o dano havido.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem efeitos sobre a responsabilidade, também, no caso de o Estado provar culpa recíproca, isto é que o dano decorreu, parcialmente, de culpa do particular. Nesses casos, diz-se que há atenuação proporcional do dever de indenizar do Estado.

Essa hipótese de afastamento da responsabilidade civil por culpa exclusiva do particular é denominada excludente da responsabilidade, ou, simplesmente,

**excludente.** A teoria do risco administrativo tem como característica justamente propor uma modalidade de responsabilidade civil que admite excludentes.

Além da culpa exclusiva do particular, temos como excludente a ocorrência de força maior. É possível que as questões de concursos cite como excludentes da responsabilidade na teoria do risco administrativo a culpa exclusiva do particular, a força maior e também o caso fortuito. Na minha opinião, devemos marcar verdadeiro para um enunciado que cite esses três como excludentes. Saibam, entretanto, que a prof. Maria Sylvia e o prof. Celso Antônio diferenciam força maior de caso fortuito. Para eles, só a força maior é excludente, porque seria um evento externo, como um furacão ou um levante popular incontrolável, que romperia o nexo causal. Diferentemente, para eles, o caso fortuito, apesar de inevitável, seria um evento interno, relacionado a uma atuação da Administração. Assim, não romperia o nexo causal e, por esse motivo, não seria excludente.

Penso que isso é excesso de aprofundamento, para concursos. Além disso, não é nada consensual. Repito minha opinião: aceitem como verdadeira qualquer questão que afirme serem excludentes, na teoria do risco administrativo, a culpa exclusiva do particular, a força maior e o caso fortuito.

A teoria do risco administrativo é a teoria adotada, no Brasil, para a caracterização da responsabilidade civil da Administração em decorrência de **atuação** de agentes públicos, nessa qualidade. Seu fundamento é o art. 37, § 6º, da Constituição, que estudaremos à frente.

### 5) Teoria do risco integral.

A teoria do risco integral propõe também uma modalidade de responsabilidade objetiva, com a diferença, em comparação com a teoria do risco administrativo, de que não é admitida nenhuma excludente.

A maioria dos autores de Direito Administrativo desconsidera a teoria do risco integral. Outros, como Hely reconhecem sua existência, mas afirmam que o Brasil nunca adotou a teoria do risco integral.

Além do simples conhecimento de sua conceituação, a teoria do risco integral só pode ter interesse para nós em uma eventual questão que trate de **dano nuclear**.

A Constituição, no seu art. 21, inciso XXXIII, alínea “c”, afirma, categoricamente, que a responsabilidade civil da União, no caso de danos nucleares “independe da existência de culpa”.

Por causa dessa previsão específica, alguns autores entendem que o dano nuclear não está sujeito à regra geral do art. 37, § 6º, que adotou a teoria do risco administrativo para o dano decorrente de atuação da Administração.

Esses autores entendem que, especificamente para o dano nuclear, o Brasil adota a teoria do risco integral. Minha opinião é que, para concurso, marquemos **verdadeiro** para uma questão que afirme que a responsabilidade civil por dano nuclear é objetiva, na modalidade risco integral.

Outros autores, também em relação ao dano nuclear, fazem o seguinte raciocínio: ora, como, no art. 37, § 6º, a Constituição estabelece que a responsabilidade civil

do Estado por **atuação** de seus agentes é do tipo objetiva, parece plausível concluir que, especificamente em relação ao dano nuclear, o constituinte pretendeu deixar claro que a responsabilidade civil será do tipo objetiva também no caso de **omissão** do Poder Público.

Minha opinião é que, em questões de concurso, **também** consideremos **correta** essa orientação.

Passemos à análise dos itens.

### **Item 1**

Esse item é fácil.

O certo é afirmar que vigora no Brasil, como regra, a teoria do risco administrativo da responsabilidade civil do Estado.

Eu sei que é risco administrativo para dano decorrente de atuação (ato comissivo) e culpa administrativa para dano decorrente de omissão (ato omissivo). Entretanto, a responsabilidade por risco administrativo tem previsão constitucional expressa (art. 37, § 6º) e a responsabilidade por culpa administrativa decorre de construção jurisprudencial.

Portanto, as questões que queiram tratar da responsabilidade por culpa administrativa têm que falar, explicitamente, em dano por omissão, em “ato omissivo”. Se nada for dito, podem acreditar, o elaborador está pensando em dano por atuação, está pensando no art. 37, § 6º.

Item errado (E).

### **item 2**

Trataremos melhor desse ponto mais à frente.

Esse item refere-se à parte final do § 6º do art. 37, que diz que o agente público que, agindo nessa qualidade, tiver causado o dano ao particular sofrerá ação de regresso, nos casos de dolo ou culpa.

Isso quer dizer que, quando a Administração for condenada a indenizar o particular que sofreu o dano decorrente de atuação do agente público, ela poderá, em uma outra ação, chamada ação de regresso, procurar obter do agente o valor que teve que pagar de indenização ao particular. O agente, entretanto, só será condenado a ressarcir a Administração nessa ação de regresso se ela, a Administração, provar que o agente, ao causar aquele dano, agiu com dolo ou culpa.

Por isso, dizemos que, no caso de dano decorrente de atuação do agente, a responsabilidade da Administração perante quem sofreu o dano é objetiva, mas a responsabilidade do agente perante a Administração é subjetiva (ele responde por culpa comum).

Item errado (E).

### **Item 3**

Esse item é importante para estudarmos a abrangência do art. 37, § 6º.

Como vocês certamente perceberam, é comum os autores, as questões e os julgados referirem-se à regra do art. 37, § 6º, como “responsabilidade civil da Administração”, ou “responsabilidade civil do Estado”.

Essas expressões, entretanto, nos induzem a uma falsa idéia acerca da abrangência do art. 37, § 6º. Na verdade, esse artigo não se aplica a toda a Administração Pública. Isso porque **às EP e SEM exploradoras de atividade econômica não se aplica o art. 37, § 6º**, não se aplica a teoria do risco administrativo. As EP e SEM econômicas estão sujeitas às mesmas regras de responsabilidade civil aplicáveis às pessoas jurídicas privadas em geral, não integrantes da Administração Pública. Como regra, elas estão sujeitas à responsabilidade civil subjetiva por culpa comum.

Por outro lado, o art. 37, § 6º, alcança as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Isso significa que, além das EP e SEM prestadoras de serviços públicos, ele alcança as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos, ou seja, as delegatárias de serviços públicos, pessoas privadas, não integrantes da Administração Pública.

Sistematizando, portanto, estão sujeitas ao art. 37, § 6º, por danos decorrentes de sua atuação:

- a) as pessoas jurídicas de direito público;
- b) das EP e SEM prestadoras de serviços públicos;
- c) as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública.

Quanto a estas últimas, considero **muito importante conhecer um julgado bastante recente do STF**.

O entendimento do STF, manifestado no julgamento do RE 262.651/SP (rel. Min. Carlos Velloso, 16.11.2004) é que “a responsabilidade objetiva das prestadoras de serviço público não se estende a terceiros não-usuários, já que somente o usuário é detentor do direito subjetivo de receber um serviço público ideal, não cabendo ao mesmo, por essa razão, o ônus de provar a culpa do prestador do serviço na causação do dano.”

Portanto, para o STF, **a responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias de serviços públicos somente abrange as relações jurídicas travadas entre elas e os usuários do serviços público, não se aplicando a terceiros não-usuários**.

Assim, em um acidente de trânsito entre um automóvel particular e um ônibus de permissionária de serviço público, a responsabilidade civil será apurada da mesma forma que o seria se o acidente tivesse acontecido entre dois veículos particulares quaisquer, ou seja, com base na responsabilidade subjetiva, cabendo a quem entender ter sofrido dano provar a culpa do outro motorista.

De qualquer forma, o item foi considerado certo, porque ele apenas pretendeu afirmar que as empresas privadas prestadoras de serviços públicos sujeitam-se ao art. 37, § 6º (na verdade, **hoje**, esse gabarito poderia ser questionado, por causa

do citado acórdão do STF; na época da questão, não existia esse julgado do STF e ninguém falava em diferença entre a aplicação do art. 37, § 6º, às pessoas de direito público e às empresas privadas prestadoras de serviços públicos).

Item certo (C).

#### Item 4

Já falamos sobre a responsabilidade civil do Estado por acidentes nucleares.

O item não está dizendo se o dano nuclear é causado por ação ou por omissão do Estado.

Seja qual for a corrente doutrinária que sigamos, minha opinião é que, por causa da expressa redação do art. 21, inciso XXXIII, alínea “c”, da Constituição, que diz que a responsabilidade civil da União, no caso de danos nucleares “independe da existência de culpa”, não há como cogitarmos, pelo menos para concurso, em responsabilidade subjetiva da União em caso de dano nuclear, mesmo que o dano seja decorrente de omissão.

Nas poucas vezes que vi questões de concurso tratarem do dano nuclear, ou foi adotada a tese de que ensejaria a aplicação da teoria do risco integral, ou de que seria sempre objetiva.

Item errado (E).

#### Item 5

Esse item leva-nos a tratar de um outro assunto muito importante para concursos, no âmbito da responsabilidade civil do Estado.

A responsabilidade civil objetiva prevista no art. 37, § 6º, aplica-se à atuação da Administração. Mas ela não se restringe à prática de **atos** administrativos. Mesmo a atuação administrativa que não configure ato administrativo pode acarretar obrigação de reparar dano.

Um exemplo simples é o tradicional do motorista servidor público que dirigindo a serviço um carro oficial colide com um carro particular sem que seja possível averiguar quem teria tido culpa. Será aplicado o art. 37, § 6º, e a Administração terá que indenizar o particular por causa do dano decorrente da colisão. Vejam que aqui não houve nenhum **ato** administrativo. Houve um **fato** administrativo (também chamado ato material), não uma manifestação de vontade ou declaração da Administração.

Assim, a Administração está sujeita ao art. 37, § 6º, no caso de danos decorrentes de atos e de fatos administrativos. Além disso, a atuação pode ser lícita ou ilícita, não importa. Se houver um dano decorrente de um ato ou fato administrativo perfeitamente lícito, e não houver alguma excludente, há o dever, para a Administração, de indenizar.

A questão posta nesse item diz respeito à existência, ou não, de responsabilidade civil do Estado em decorrência de **atos legislativos** e **atos judiciais** (ou jurisdicionais).



**A regra é a inexistência de responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos legislativos e atos judiciais.**

As únicas exceções são:

1) admite-se a responsabilidade civil **por atos legislativos** exclusivamente no caso de: (a) lei inconstitucional (danos decorrentes da aplicação de leis que venham a ser declaradas inconstitucionais); e (b) leis de efeitos concretos (danos decorrentes de sua aplicação);

2) admite-se a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional exclusivamente no caso de erro judiciário na área criminal (CF, art, 5º, LXXV – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”).

Item errado (E).

**2 - (ESAF/Gestor/MPOG/2002)** As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

a) Correta a assertiva.

b) Incorreta a assertiva, porque as pessoas jurídicas de direito público não respondem por danos causados pelos seus agentes a terceiros.

c) Incorreta a assertiva, porque a chamada responsabilidade objetiva prevista em norma constitucional (art. 37, § 6º), é restrita às pessoas jurídicas de direito público e não extensiva às de direito privado, mesmo que prestem serviços públicos.

d) Incorreta a assertiva, porque em tais casos não cabe o direito de regresso, mesmo se houver dolo ou culpa do agente responsável.

e) Incorreta a assertiva, porque a responsabilidade aquiliana, em tais casos, depende sempre da prévia prova de ter havido dolo ou culpa, por parte do agente causador do dano.

## **COMENTÁRIOS**

Esse item leva-nos a uma análise detalhada do § 6º do art. 37 da Constituição.

Começemos por sua transcrição:

“§ 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.”

Esse dispositivo regula a responsabilidade objetiva da Administração, na modalidade **risco administrativo**, pelos danos causados por **atuação** de seus

agentes. **Não alcança os danos ocasionados por omissão** da Administração Pública, cuja indenização, se cabível, é regulada pela teoria da culpa administrativa.

Já falamos na abrangência do dispositivo. Ele se aplica a todas as pessoas jurídicas de direito público, o que inclui a Administração Direta, as autarquias e as fundações públicas de direito público, independentemente de suas atividades. Alcança, também, todas as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, o que inclui as empresas públicas e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos, e também as pessoas privadas delegatárias de serviços públicos, não integrantes da Administração Pública (as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos).

Não inclui as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Estas respondem pelos danos que seus agentes causarem a terceiros da mesma forma que respondem as demais pessoas privadas, regidas pelo Direito Civil ou pelo Direito Comercial.

Em síntese, merecem destaque, acerca do art. 37, § 6º, os pontos seguintes:

- a) Esse dispositivo não estabelece responsabilidade objetiva para toda a conduta, comissiva ou omissiva, da Administração. Ao contrário, a responsabilidade objetiva somente se aplica à hipótese de danos causados pelo Poder Público decorrentes da ação direta de seus agentes.
- b) A expressão “agente” não se restringe aos servidores públicos, agentes das pessoas jurídicas de direito público, mas também aos empregados, públicos ou privados, das entidades de direito privado prestadoras de serviços públicos, integrantes ou não da Administração Pública.
- c) A responsabilidade objetiva das concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços públicos não se estende a relações entre elas e terceiros não-usuários do serviço público (STF, RE 262.651/SP).
- d) O que interessa para caracterizar a responsabilidade da Administração é o fato de o agente atuar na condição de agente público na prática do ato que acarreta o dano. É irrelevante se o agente atuou dentro, fora ou além de sua competência legal: tendo o ato sido praticado na “qualidade” de agente público já é suficiente para a caracterização da responsabilidade objetiva. Porém, essa responsabilidade objetiva do Estado existe mesmo que a pessoa que esteja atuando como agente público seja, na verdade, “funcionário de fato”, isto é, uma pessoa cujo vínculo funcional com a Administração apresenta vício insanável (o fundamento da responsabilidade, nessa situação, é a denominada “teoria da aparência” e, de forma mais abrangente, a proteção à boa-fé).
- e) A responsabilidade da Administração fica excluída na hipótese de ser demonstrada culpa exclusiva do particular que sofreu o dano. A prova, entretanto, é ônus da Administração. Não sendo possível provar culpa do particular, cabe ao Estado a responsabilidade civil pelo dano. Se a Administração conseguir provar

culpa recíproca (o ônus da prova é dela), há atenuação proporcional do dever de indenizar.

f) Nas hipóteses de pessoas ou coisas sob custódia do Estado, haverá responsabilidade civil objetiva deste, mesmo que o dano não decorra de uma atuação comissiva direta de um de seus agentes. Quando o Estado está na posição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, responderá com base no art. 37, § 6º, por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas, mesmo que não diretamente causados por atuação de seus agentes.

g) A condenação da Administração, com base no art. 37, § 6º, origina para ela o direito de regresso contra o agente público causador do dano. O agente público, entretanto, só responde perante a Administração na ação de regresso se a Administração provar que ele atuou com dolo ou culpa, ou seja, a responsabilidade do agente perante a Administração, na ação regressiva, é subjetiva, na modalidade culpa comum.

Voltando a nossa questão, vemos que o enunciado simplesmente reproduz o texto do § 6º do art. 37.

Gabarito, letra “a”.

**3 - (CESPE/Delegado PF-Regional/2004)** A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva não exige caracterização da culpa estatal pelo não-cumprimento de dever legal, uma vez que a Constituição brasileira adota para a matéria a teoria da responsabilidade civil objetiva.

## COMENTÁRIOS

Como vimos, o art. 37, § 6º, da Constituição estabelece responsabilidade objetiva para o Estado no caso de danos causados a terceiros, decorrentes de **conduta** de seus agentes públicos.

Diferentemente, nossa jurisprudência firmou-se no sentido de que a responsabilidade do Estado no caso de danos sofridos por particulares, ensejados por omissão, isto é, por falta ou deficiência de um serviço público que deveria ter sido prestado, é subjetiva, na modalidade culpa administrativa (ou culpa anônima). Não se aplica a essas hipóteses a teoria do risco administrativo, que exige dano decorrente de atuação direta de um agente público, ou agente de pessoa privada prestadora de serviço público.

Portanto, a responsabilidade pelos danos causados a um particular por atos de terceiros ou fenômenos da natureza é do tipo subjetiva. Nessas hipóteses, há necessidade de comprovação de omissão culposa – imprudência, imperícia ou negligência – da Administração (não omissão de um agente público individualizável, mas do serviço público), para que fique configurada a obrigatoriedade de indenização estatal.

É importante observar que o ônus da prova da falta ou deficiência culposa do serviço é do particular que tenha sofrido o dano. Caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido.

Não acho muito didático, para nosso curso, ficar transcrevendo trechos de julgados. Vou abrir uma exceção para transcrever parte da ementa do RE 179.147, Rel. Min. Carlos Velloso, aprovado por unanimidade, porque ela é uma verdadeira aula, um resumo geral da responsabilidade civil por ação e por omissão do Estado:

“I. – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexos causal entre o dano e a ação administrativa.

II. – Essa responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público.

III. – **Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva**, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses.”

Mais um ponto merece ser comentado.

Nas hipóteses de dano decorrente de omissão da Administração, de “falta do serviço público” (“falta” aqui tem o sentido de inexistência ou deficiência do serviço que deveria ter sido prestado), essa omissão ou “falta” obrigatoriamente tem que ser culposa. Isso significa que **a responsabilidade civil subjetiva por culpa administrativa fica afastada nas hipóteses de caso fortuito e força maior**, não importa a definição que se adote para essas expressões.

Como vemos, o item está errado (E).

**4 - (ESAF/AFRF/2003)** Em caso de responsabilidade civil do Estado, a divergência sobre a inserção do agente público causador do dano a terceiros, em caso de culpa, na ação judicial, em relação à Fazenda Pública, foi dirimida pelo Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, na esfera federal. Pela regra positiva, será caso de:

- a) ação regressiva ou litisconsórcio
- b) ação regressiva ou denunciação à lide
- c) somente ação regressiva

- d) litisconsórcio ou denunciação à lide
- e) somente denunciação à lide

## COMENTÁRIOS

O enunciado dessa questão, na minha opinião, tem uma afirmação que está errada, mas ela é irrelevante para a solução da questão.

O que está errado, a meu ver, é que a ação ou medida processual passível de ser adotada pela Administração quando ela sofre uma ação pleiteando indenização por responsabilidade civil tenha sido esclarecida pela Lei 8.112/1990. Que eu saiba, isso foi esclarecido pela própria Constituição e, principalmente, pelo STF.

Mas a questão permite estudarmos um ponto importante.

O “esclarecimento” trazido pela Lei 8.112/1990, a que se refere a questão, está no art. 122:

“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.

.....”

Como se vê, só está prevista, para a Administração condenada por dano causado a terceiro por atuação de seu agente público, a utilização da **ação regressiva** contra esse agente.

Ora, isso é praticamente a mesma coisa que consta da parte final do § 6º do art. 37 da Constituição (grifei):

“§ 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.**”

Durante um certo tempo, existiu dúvida sobre a possibilidade ou mesmo a exigência de que a Administração, já na ação movida pelo particular contra ela, trouxesse o agente público para a discussão de sua culpa, naquela mesma ação.

O nome do instrumento que se presta para fazer isso – trazer o agente para que seja discutida sua eventual culpa no mesmo processo movido pelo particular contra a Administração – é a **denunciação da lide**, que seria, nesse caso, de iniciativa da Administração.

O instituto da denunciação da lide está regulado no art. 70, inciso III, do Código de Processo Civil – CPC, segundo o qual: “A denunciação da lide é obrigatória àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

É majoritário entre nós o entendimento de que, na ação de indenização que o particular move contra a Administração, fundada no art. 37, § 6º, da Constituição, é incabível a denúncia da lide.

Isso porque, caso fosse exigida, essa formalidade processual resultaria em inegável prejuízo para o particular, por atrasar a obtenção do seu direito legítimo à reparação como vítima do dano (direito baseado em responsabilidade objetiva). O atraso ocorreria porque o litígio ficaria na dependência da solução a ser dada à relação Administração-agente público (responsabilidade subjetiva deste em face daquela).

Enfim, o ingresso do agente no litígio traria injustificado retardamento na reparação do dano à vítima, que não depende da comprovação de culpa ou dolo do agente para ter direito à indenização.

Um outro instituto versado na questão é o litisconsórcio. Essa é uma figura bem mais simples. Litisconsórcio significa apenas mais de uma parte em algum dos pólos, ou em ambos os pólos, da relação processual. Se tivermos mais de um réu, temos litisconsórcio passivo; mais de um autor configura litisconsórcio ativo.

Tratando-se de responsabilidade civil da Administração Pública, tem interesse, para nós, saber que o STF entende cabível a formação de litisconsórcio passivo facultativo na ação movida pelo particular que sofreu o dano.

O particular que sofreu o dano praticado pelo agente deverá, como regra, ajuizar a ação de indenização contra a administração pública, e não contra o agente causador do dano.

Entretanto, embora seja essa a regra geral, o STF firmou entendimento de que é **facultado** ao particular a propositura da ação contra o Estado e o agente público conjuntamente, formando litisconsórcio passivo facultativo (RE 90.071-3).

Eu confesso que não sei bem qual seria o interesse do particular em formar esse litisconsórcio passivo. Imagino que seja o objetivo de “escapar” da indenização mediante precatório (CF, art. 100), obtendo os valores diretamente pela execução judicial contra o agente público.

Seja como for, a questão pergunta o que está previsto na Lei 8.112/1990, e esta não prevê a formação de litisconsórcio passivo facultativo pelo particular que sofreu o dano.

Portanto, vemos que o gabarito é letra “c”. A Administração condenada a indenizar em ação de reparação civil deve utilizar somente ação regressiva contra o agente público que tenha causado o dano por dolo ou culpa, sendo incabível a denúncia da lide.

Gabarito, letra “c”.

**5 - (ESAF/PROCURADOR FORTALEZA/2002)** A responsabilidade objetiva do Estado, conforme a jurisprudência dominante, não abrange o ato praticado:

a) por autarquia, incumbida de poder de polícia.

- b) por empresa privada, concessionária de serviço público.
- c) por empresa pública, prestadora de serviço público.
- d) pelo Poder Legislativo, no exercício de função administrativa.
- e) pelo Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional.

## COMENTÁRIOS

A responsabilidade civil objetiva do Estado abrange atos administrativos, bem como qualquer atuação da Administração Pública e de delegatárias de serviço público que acarrete dano direto para o particular, isto é, atos e fatos administrativos.

A regra é a inexistência de responsabilidade civil objetiva do Estado por atos legislativos e por atos judiciais.

As únicas exceções são:

1) admite-se a responsabilidade civil **por atos legislativos** exclusivamente no caso de: (a) lei inconstitucional (danos decorrentes da aplicação de leis que venham a ser declaradas inconstitucionais); e (b) leis de efeitos concretos (danos decorrentes de sua aplicação);

2) admite-se a responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional exclusivamente no caso de erro judiciário na área criminal (CF, art, 5º, LXXV – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;”).

A questão, nas letras “a” a “d”, traz atos administrativos ou próprios da Administração, como os de empresa privada, concessionária de serviço público. Todos eles enquadram-se no art. 37, § 6º, da Constituição.

A letra “e” fala no “ato praticado pelo Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional”.

A letra “e” é o gabarito. O fato de existir uma única hipótese em que o ato judicial acarreta responsabilidade civil não prejudica em nada a afirmação constante da alternativa, qual seja: “A responsabilidade objetiva do Estado, conforme a jurisprudência dominante, não abrange o ato praticado pelo Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional”.

Gabarito, letra “e”.

### 6 - (ESAF/Procurador DF/2004) Assinale a sentença correta.

- a) O agente público é, sempre, responsável pelos danos que nessa qualidade vier a causar a terceiros.
- b) O agente público não responde, em qualquer hipótese, pelos danos que, no exercício de sua função, causar a terceiros.

c) Os danos causados a terceiros, na execução de serviços públicos, devem ser indenizados pelos beneficiários de tais serviços.

d) O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondem pelos danos causados a terceiros por seus agentes, no exercício de suas funções, assegurado o direito de regresso, em caso de dolo ou culpa.

e) O Estado responde pelos danos causados por seus agentes, na execução de serviços públicos, descontando destes, automaticamente os valores que depender no pagamento de indenizações.

## **COMENTÁRIOS**

Essa questão é simples. Vale para reforçarmos o que já vimos.

### **Alternativa “a”**

O agente público só é responsável pelos danos que nessa qualidade vier a causar a terceiros quando tiver atuado com dolo ou culpa. Isso está no art. 37, § 6º, da Constituição e no art. 122 da Lei 8.112/1990.

### **Alternativa “b”**

O agente público responde pelos danos que nessa qualidade vier a causar a terceiros, quando tiver atuado com dolo ou culpa.

### **Alternativa “c”**

Essa alternativa não merece comentários.

### **Alternativa “d”**

Esta é o gabarito. Ela praticamente reproduz o § 6º do art. 37 da Constituição.

### **Alternativa “e”**

É evidente que não existe “desconto automático” do valor que o Estado paga de indenização. O Estado terá que ajuizar ação regressiva contra o agente e, se provar dolo ou culpa do agente, obtendo a condenação do agente nessa ação, será ressarcido, então, do valor despendido na indenização.

Mesmo assim, não há desconto automático de todo o valor. A Lei 8.112/1990 tem regras para esse “desconto”, a saber:

“Art. 46 As reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

§ 1º O valor de cada parcela não poderá ser inferior ao correspondente a dez por cento da remuneração, provento ou pensão.

.....



Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.”

Gabarito da questão, letra “d”.

**7 - (Cespe/Defensor Público União/2001)** Acerca da responsabilidade civil do estado, julgue os itens a seguir.

1. As sociedades de economia mista, independentemente do seu objeto social, submetem-se à responsabilidade objetiva pelo dano que seus agentes causarem a terceiros.

2. A teoria do risco administrativo, base para a responsabilidade objetiva do Estado, admite a exclusão da responsabilidade do Estado nos casos de comprovação de culpa exclusiva da vítima.

3. Considere a seguinte situação hipotética.

A interdição de uma via pública, por ato lícito, para a reparação de rede pluvial, impediu, por determinado tempo, o acesso de clientes a um posto comercial de combustíveis de determinada empresa, causando-lhe prejuízo advindo da cessação da venda de seus produtos.

Nesse caso, em razão da adoção, pelo direito brasileiro, da teoria da culpa anônima do serviço, será devida pelo Estado reparação à empresa.

4. No atual regime jurídico brasileiro, convivem as teorias subjetiva e objetiva de responsabilidade do Estado.

5. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva é restrita ao Estado e às pessoas jurídicas integrantes de sua administração indireta.

## COMENTÁRIOS

### Item 1

Estão sujeitas ao art. 37, § 6º, da Constituição, portanto à responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo, as EP e SEM prestadoras de serviços públicos. Não estão sujeitas ao art. 37, § 6º, as EP e SEM exploradoras de atividades econômicas.

Item errado (E).

### Item 2

Esse item está absolutamente correto. A teoria do risco administrativo caracteriza-se por ensejar uma responsabilidade civil objetiva mas que admite excludentes. A prova, cujo ônus é da Administração, de “culpa exclusiva da vítima” é uma excludente dessa responsabilidade quanto à qual não há qualquer controvérsia.

Como eu já comentei, minha opinião é que devemos, ainda, aceitar em questões, como excludentes, a força maior (quanto a esta também não conheço controvérsia) e o caso fortuito.

Item certo (C).

### Item 3

Esse item tem dois erros.

O primeiro é que fala em “adoção, pelo direito brasileiro, da teoria da culpa anônima do serviço” e o enunciado traz uma situação em que há **atuação** do poder público, qual seja, a “interdição de uma via pública, por ato lícito, para a reparação de rede pluvial”.

Ora, a “teoria da culpa anônima” ou “culpa administrativa” só se aplica em caso de omissão do Estado, ou seja, falta ou deficiência do serviço público que deveria ser prestado.

Mesmo que o item não falasse em “teoria da culpa anônima” ele estaria errado, uma vez que o Estado **não tem o dever de indenizar** em casos como esse, porque a responsabilidade civil objetiva só se configura quando o dano sofrido decorre diretamente da atuação da Administração, quando há o chamado **nexo causal direto**.

Item errado (E).

### Item 4

Esse item está perfeito.

O Estado responde objetivamente por danos decorrentes de atuação de seus agentes e subjetivamente, na modalidade culpa administrativa, por danos ensejados por omissão culposa, por falta culposa na prestação de serviço público (ausência ou deficiência do serviço).

Vejam que o item não dá maiores explicações. Ou o candidato sabia da responsabilidade subjetiva por omissão do Estado, ou erraria o item.

Item certo (C).

### Item 5

Já vimos que a responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da Constituição, abrange as pessoas jurídicas de direito público, as EP e SEM prestadoras de serviços públicos e as delegatárias de serviços públicos não integrantes da Administração Pública.

Item errado (E).

**8 – (CESPE/Min. Público – TCU/2004)** A responsabilidade da administração direta é sempre objetiva.

## COMENTÁRIOS

É comum, nos itens do CESPE, e também em afirmativas de questões da ESAF, constatarmos que, quando é trazida uma matéria não muito conhecida, freqüentemente jurisprudencial, apresenta-se uma frase “seca”, sem explicações, e que geralmente é correta.

Diferentemente, quando o item, ou sentença, explica muito, costuma estar querendo “enrolar” o candidato, e normalmente é falso.

Vejam bem, há exceções. Isso é só uma constatação genérica.

Nesse item, temos um exemplo de exceção.

Ele apresenta uma frase curta, “seca”, sem nenhuma explicação. Mas está errada.

A responsabilidade da Administração Direta, ou seja, de pessoa jurídica de direito público, é sempre objetiva quando há dano decorrente de **atuação** de agente dessa pessoa jurídica. Entretanto, a responsabilidade civil do Estado é subjetiva, na modalidade culpa administrativa, quando há dano ensejado por **omissão** culposa na prestação de serviço público.

Item errado (E).

**9 – (CESPE/ACE – TCU/2004)** A ação regressiva da administração pública contra o agente público causador direto de dano a particular, indenizado pela administração por força de condenação judicial, extingue-se, não se transmitindo aos herdeiros, no caso de falecimento desse agente.

## COMENTÁRIOS

A regra de que trata esse item aparece freqüentemente nas questões do CESPE e da ESAF.

Ela está no § 3º do art. 122 da 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.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.”

O fundamento dessa regra encontra-se, na verdade, na parte final do art. 5º, inciso XLV, da Constituição, cuja redação é esta:

“XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei,

estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

Como se vê, o item é falso (F).

**10 – (CESPE/Papiloscopista PF-Nacional/2004)** A responsabilidade civil do servidor decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores, e, tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor ou o sucessor, perante a fazenda pública, em ação regressiva.

### **COMENTÁRIOS**

Esse item trata do mesmo assunto visto no item anterior. Sua base legal é a mesma, o art. 122 da Lei 8.112/1990.

Com ele, terminamos o estudo da responsabilidade civil da Administração Pública. Item verdadeiro (V).

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

**1 - (Cespe/Fiscal INSS/1998)** A responsabilidade civil da administração pública, disciplinada pela Constituição Federal em seu art. 37, § 6º, passou por diversas etapas até chegar ao seu estágio atual de evolução. De uma fase inicial em que o Estado não respondia pelos prejuízos causados aos particulares, a responsabilidade civil da administração pública obedece atualmente a regras especiais de direito público. A respeito desse tema, julgue os itens a seguir.

1. Vigora no Brasil, como regra, a teoria do risco integral da responsabilidade civil.
2. Quando demandado regressivamente, o agente causador do prejuízo responderá de forma objetiva perante a administração pública.
3. Em face de prejuízos causados a particulares, as empresas privadas prestadoras de serviços públicos submetem-se às mesmas regras de responsabilidade civil aplicáveis aos entes públicos.
4. Será subjetiva a responsabilidade civil do Estado por acidentes nucleares.
5. Ainda que se comprove erro judiciário, o Estado não estará obrigado a indenizar o condenado, haja vista a sentença judicial não possuir natureza de ato administrativo.

**2 - (ESAF/Gestor/MPOG/2002)** As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que os seus agentes nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

- a) Correta a assertiva.
- b) Incorreta a assertiva, porque as pessoas jurídicas de direito público não respondem por danos causados pelos seus agentes a terceiros.
- c) Incorreta a assertiva, porque a chamada responsabilidade objetiva prevista em norma constitucional (art. 37, § 6º), é restrita às pessoas jurídicas de direito público e não extensiva às de direito privado, mesmo que prestem serviços públicos.
- d) Incorreta a assertiva, porque em tais casos não cabe o direito de regresso, mesmo se houver dolo ou culpa do agente responsável.
- e) Incorreta a assertiva, porque a responsabilidade aquiliana, em tais casos, depende sempre da prévia prova de ter havido dolo ou culpa, por parte do agente causador do dano.

**3 - (CESPE/Delegado PF-Regional/2004)** A responsabilidade civil do Estado por conduta omissiva não exige caracterização da culpa estatal pelo não-cumprimento de dever legal, uma vez que a Constituição brasileira adota para a matéria a teoria da responsabilidade civil objetiva.

**4 - (ESAF/AFRF/2003)** Em caso de responsabilidade civil do Estado, a divergência sobre a inserção do agente público causador do dano a terceiros, em caso de culpa, na ação judicial, em relação à Fazenda Pública, foi dirimida pelo Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União, na esfera federal. Pela regra positiva, será caso de:

- a) ação regressiva ou litisconsórcio
- b) ação regressiva ou denunciação à lide
- c) somente ação regressiva
- d) litisconsórcio ou denunciação à lide
- e) somente denunciação à lide

**5 - (ESAF/PROCURADOR FORTALEZA/2002)** A responsabilidade objetiva do Estado, conforme a jurisprudência dominante, não abrange o ato praticado:

- a) por autarquia, incumbida de poder de polícia.
- b) por empresa privada, concessionária de serviço público.
- c) por empresa pública, prestadora de serviço público.
- d) pelo Poder Legislativo, no exercício de função administrativa.
- e) pelo Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional.

**6 - (ESAF/Procurador DF/2004)** Assinale a sentença correta.

- a) O agente público é, sempre, responsável pelos danos que nessa qualidade vier a causar a terceiros.
- b) O agente público não responde, em qualquer hipótese, pelos danos que, no exercício de sua função, causar a terceiros.
- c) Os danos causados a terceiros, na execução de serviços públicos, devem ser indenizados pelos beneficiários de tais serviços.
- d) O Estado e as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos, respondem pelos danos causados a terceiros por seus agentes, no exercício de suas funções, assegurado o direito de regresso, em caso de dolo ou culpa.
- e) O Estado responde pelos danos causados por seus agentes, na execução de serviços públicos, descontando destes, automaticamente os valores que despendem no pagamento de indenizações.

**7 - (Cespe/Defensor Público União/2001)** Acerca da responsabilidade civil do estado, julgue os itens a seguir.

1. As sociedades de economia mista, independentemente do seu objeto social, submetem-se à responsabilidade objetiva pelo dano que seus agentes causarem a terceiros.

2. A teoria do risco administrativo, base para a responsabilidade objetiva do Estado, admite a exclusão da responsabilidade do Estado nos casos de comprovação de culpa exclusiva da vítima.

3. Considere a seguinte situação hipotética.

A interdição de uma via pública, por ato lícito, para a reparação de rede pluvial, impediu, por determinado tempo, o acesso de clientes a um posto comercial de combustíveis de determinada empresa, causando-lhe prejuízo advindo da cessação da venda de seus produtos.

Nesse caso, em razão da adoção, pelo direito brasileiro, da teoria da culpa anônima do serviço, será devida pelo Estado reparação à empresa.

4. No atual regime jurídico brasileiro, convivem as teorias subjetiva e objetiva de responsabilidade do Estado.

5. No ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade objetiva é restrita ao Estado e às pessoas jurídicas integrantes de sua administração indireta.

**8 – (CESPE/Min. Público – TCU/2004)** A responsabilidade da administração direta é sempre objetiva.

**9 – (CESPE/ACE – TCU/2004)** A ação regressiva da administração pública contra o agente público causador direto de dano a particular, indenizado pela administração por força de condenação judicial, extingue-se, não se transmitindo aos herdeiros, no caso de falecimento desse agente.

**10 – (CESPE/Papiloscopista PF-Nacional/2004)** A responsabilidade civil do servidor decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposos, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores, e, tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor ou o sucessor, perante a fazenda pública, em ação regressiva.

## **AULA 8: SERVIDORES PÚBLICOS**

9. Servidores Públicos. Disposições constitucionais. Responsabilidades.

1 - (Esaf/AFC/SFC/2000) O regime jurídico típico da Administração Pública, denominado estatutário, caracteriza-se por ser:

- a) de direito público, de natureza legal e unilateral
- b) de direito público, de natureza contratual e bilateral
- c) de direito privado, de natureza contratual e bilateral
- d) de direito público, de natureza legal e bilateral
- e) de direito privado, de natureza legal e unilateral

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão é boa para vermos a parte mais inicial do estudo dos servidores públicos.

Não há consenso doutrinário sobre nomes e classificações das pessoas que mantêm vínculo de natureza funcional como Estado.

Uma classificação bem tradicional, comumente adotada em questões de concursos, é a seguinte:

#### **Agente público**

É a denominação mais genérica. Abrange todos quantos tenham algum vínculo, mesmo que temporário e não remunerado, com o Estado.

Dividem-se em:

#### **1. Agentes políticos**

Não há consenso sobre os integrantes desse grupo. Todos os detentores de mandato eletivo são agentes políticos, não há dúvida. Penso que é majoritário incluir também os agentes de primeiro escalão – ministros de Estado, secretários estaduais e distritais, secretários municipais. Já os juízes e membros do Ministério Público não são incluídos por importantes autores; minha opinião é que, em princípio, não devemos incluí-los.

#### **2. Agentes administrativos**

Dividem-se em:

##### **2.1. Servidores públicos**



São os agentes administrativos que mantêm vínculo **estatutário** com a Administração. Dividem-se em:

#### **2.1.1. Servidores públicos efetivos**

São os agentes administrativos estatutários que ocupam cargos efetivos, nos quais ingressam mediante concurso e podem adquirir estabilidade.

#### **2.1.2. Servidores públicos comissionados**

São os agentes administrativos estatutários que ocupam cargos em comissão, para os quais são livremente nomeados (sem concurso); quando ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, **nunca** podem adquirir estabilidade.

### **2.2. Empregados públicos**

São agentes administrativos que mantêm relação funcional contratual (celetista) com a Administração. Ingressam por concurso público mas não adquirem estabilidade.

### **2.3. Exercentes de funções públicas**

Aqui se enquadram os agentes objeto de contratação para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX) e os servidores efetivos que exercem funções de confiança (CF, art. 37, V).

Os autores mencionam, ainda, as pessoas que exercem funções como a de jurado ou de mesário em eleições como “agentes honoríficos” ou “agentes colaboradores”. Minha opinião é que esse grupo é inútil para concursos.

Usa-se, também, a expressão “funcionário público”. Essa expressão só existe, hoje, no Direito Penal, e engloba praticamente todos os agentes públicos (CP, art. 327) e pode incluir até agentes de delegatárias de serviços públicos. Também não nos interessa.

Mais uma observação: não é muito comum, mas pode aparecer em concurso a expressão “servidor público” utilizada em um sentido amplo, abrangendo os servidores estatutários, comissionados e efetivos, e também os empregados públicos (nesse caso, para estes últimos, fala-se em “servidor público celetista”, ou “servidor público ocupante de emprego público”).

Feita essa tentativa de classificação, vejamos outras definições importantes, essas mais consensuais:

#### **a) Cargos públicos**

“Cargos são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei.” (Celso Antônio B. de Mello)

Os titulares de cargos públicos submetem-se ao regime estatutário ou institucional (não-contratual). São os servidores públicos efetivos e comissionados, conforme o cargo seja efetivo ou em comissão.

#### **b) Empregos públicos**

“Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista.” (Celso Antônio B. de Mello)

O regime jurídico é trabalhista (contratual), com as derrogações diretamente decorrentes da Constituição.

É obrigatória essa forma de contratação nas pessoas jurídicas de direito privado; nas de direito público, é facultativa (com a ressalva de que a doutrina e, liminarmente, o STF entendem que somente as funções que não demandem exercício de autoridade podem ser exercidas por empregados públicos).

### **c) Funções públicas**

Celso Antônio Bandeira de Mello define “funções públicas” como sinônimo de “funções de confiança”. Para ele, “funções públicas são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes a encargos de direção, chefia, ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche.”

Para Maria Sylvia Di Pietro, além das funções de confiança, são funções públicas as exercidas pelos agentes públicos contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX).

Têm função sem cargo, também, os servidores que exercem funções como excedentes, nos casos específicos previstos na Lei 8.112/1990 (readaptação e reversão de ofício).

É importante atentar que, seja qual for a definição de função pública adotada, não há concurso público para seu preenchimento.

Com relação a esse assunto, “funções públicas”, vale a pena mencionar a recente questão 53 da prova EPPGG/2005. Comentei essa questão na parte aberta do site, logo depois do concurso. Mantenho a íntegra de meus comentários e de minha opinião: espero que a ESAF mude o gabarito ou anule a questão. Alerto que ainda não saiu o gabarito definitivo desse concurso. Reproduzo a questão e os comentários que fiz logo depois do concurso:

**(ESAF EPPGG/2005) 53-** O regime jurídico do pessoal contratado em caráter temporário, por excepcional interesse público, conforme a previsão do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal, adotado pela União Federal, classifica-se como:

- a) regime contratual de direito público
- b) regime celetista
- c) regime estatutário
- d) regime contratual de direito privado
- e) regime de função pública temporária

## COMENTÁRIOS

“O gabarito divulgado foi letra ‘a’.

Se eu tivesse feito a prova, teria marcado letra ‘e’. É ninguém menos do que a prof. Maria Sylvia quem aponta como exemplo de função pública temporária justamente as funções exercidas pelos agentes públicos admitidos com base no inciso IX do art. 37 da Constituição.

Na esfera federal, esse inciso IX do art. 37 está regulamentado pela Lei 8.745/1993. Realmente, essa lei chama o vínculo formado entre a Administração e esses agentes de contrato. É um contrato, isso é certo. É certo, também, que a mesma lei manda aplicar ao contrato desse pessoal diversos artigos da Lei 8.112/1990. Não há dúvida de que o regime da Lei 8.112/1990 é um regime de direito público (mas é estatutário, não contratual).

Agora, com base nesses elementos – vínculo contratual e aplicação de dispositivos da Lei 8.112/1990 –, criar essa denominação "regime contratual de direito público" simplesmente é algo que eu nunca vi. Imagino que seja uma denominação proposta por algum autor de Direito Administrativo, mas não sei informar que autor seria.

Espero que não seja nada disso, mas uma simples confusão na divulgação do gabarito. Sendo assim, espero que a ESAF efetue a correção e o gabarito definitivo passe a ser letra "e". Se isso não acontecer, teremos o que alertei no início: uma questão puramente doutrinária, baseada em uma doutrina que eu imagino seja pouco conhecida, e que não poderia, de forma nenhuma, ser exigida em uma questão objetiva de concurso público.

Aguardemos o gabarito definitivo.”

Voltando para a nossa questão, vemos que ela se concentra nas características do regime jurídico estatutário.

O regime estatutário é um regime legal (não há contrato de trabalho). Por isso, pode ser modificado unilateralmente, sempre que se modifique a lei (não há direito adquirido à manutenção do regime jurídico estatutário). É um regime típico de direito público, inexistente em pessoas jurídicas de direito privado, mesmo que sejam integrantes da Administração Pública.

O regime dos empregados públicos é contratual. Por isso, em tese, é bilateral e – o mais importante – as condições ou os termos do contrato não podem ser modificados unilateralmente. É próprio das pessoas jurídicas de direito privado, mas, como veremos, a partir da EC 19/1998, é possível à Administração Direta, autarquias e fundações públicas de direito público contratar também empregados públicos (na esfera federal isso está regulado na Lei 9.962/2000)

Gabarito, letra “a”.

2- (ESAF/AFRF/2003) Assinale a afirmativa correta.

a) A exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos, estabelecida no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, pode ser excepcionada por lei que autorize a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

b) A remuneração do AFRF pode ser estabelecida de forma vinculada ao subsídio do Ministro da Fazenda.

c) O princípio da irredutibilidade dos vencimentos possui natureza absoluta, não comportando qualquer exceção.

d) A proibição de acumulação remunerada de cargos públicos não se aplica quando um cargo for exercido na administração direta e o outro numa subsidiária de sociedade de economia mista, desde que haja compatibilidade de horários.

e) De acordo com o princípio constitucional da legalidade, estabelecido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, tudo que não estiver proibido por lei é lícito ao administrador público fazer.

## COMENTÁRIOS

### Alternativa “a”

Eu não concordo com essa afirmação de que a “contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” seja uma exceção à exigência de concursos públicos. Isso porque a exigência de concursos públicos só existe para o ingresso em cargos efetivos e empregos públicos. Ora, os contratados temporariamente não têm cargo nem emprego, só função pública.

Mas essa alternativa foi o gabarito. Seja como for, por eliminação, sempre marcaríamos ela, porque as outras estão indiscutivelmente erradas. Falemos sobre o assunto de que ela trata.

A exigência de concursos públicos está expressa no inciso II do art. 37, cuja redação é esta:

“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”

Como vemos, só há exigência de concurso para cargos efetivos e empregos públicos (CF, art. 37, II). Essa exigência obriga toda a Administração, direta e indireta.

O concurso deve ser de provas ou de provas e títulos (não só de títulos).

A doutrina aponta como fundamentos da exigência de concurso os princípios da isonomia, moralidade, eficiência, impessoalidade.

Os candidatos inscritos em concurso público não têm direito adquirido à sua realização (o concurso pode ser cancelado por razões de interesse público superveniente).

O § 2º do art. 37 da CF/88 estabelece claramente que o desrespeito à exigência de concurso público ou a seu prazo de validade implicará a nulidade do ato (ato de nomeação, no caso de cargos públicos, ou a celebração do contrato de trabalho, no caso de empregos públicos) e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Vejamos como está disciplinada essa matéria na Lei 8.112/1990:

“Art. 10. A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público de provas ou de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de validade.

.....

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em 2 (duas) etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas.”

Nos termos da Constituição, “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período” (art. 37, III).

As condições e requisitos para acesso aos cargos e empregos públicos devem estar estabelecidos em lei, não no edital do concurso.

Para finalizar os comentários a essa alternativa, trago um julgado recente e importante do STF, que tem muita chance de aparecer em concursos. Tradicionalmente, o Judiciário não aprecia questões de concurso, porque considera isso mérito administrativo, mesmo que a resposta dada como gabarito seja notoriamente errada.

Entretanto, nesse julgado recente, o STF entendeu cabível apreciar se a matéria cobrada na questão constava do edital (não entrou no mérito da resposta da questão, mas, pelo menos, verificou se o seu conteúdo tratava de matéria prevista no edital). Transcrevo a notícia, que está no Informativo 393 do STF:

“A adequação das questões da prova ao programa do edital de concurso público constitui tema de legalidade suscetível de exame pelo Poder Judiciário. Com base nesse entendimento, a Turma negou provimento a recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão do Tribunal de Justiça deste Estado que, ao conceder parcialmente mandado de segurança, anulava questões relativas a concurso público para o cargo de juiz de direito substituto. No caso concreto, o tribunal ‘a quo’, aplicando a jurisprudência do STF – no sentido da inviabilidade da revisão de provas de concursos públicos pelo Poder Judiciário ou para a correção de eventuais falhas na elaboração das suas questões, recusara-se a rever a correção técnica da formulação de alguns quesitos da prova, mas, de outro lado, entendera que duas questões diziam

respeito a assunto não incluído no edital, referindo-se, portanto, à matéria de legalidade consistente na pertinência das questões ao programa do edital. Asseverou-se que o edital, nele incluído o programa, é a lei do concurso e, por isso, suas cláusulas obrigam os candidatos e a Administração Pública. Por conseguinte, havendo controvérsia acerca da legalidade do ato e pretensão de direito subjetivo lesado a apurar, é cabível o acesso à jurisdição (CF, art 5º, XXXV). Precedentes citados: RE 192568/PI (DJU de 7.2.97) e RE 268244/CE (DJU de 30.6.2000). RE 434708/RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 21.6.2005. (RE-434708)”

Transcrevo, também, a ementa desse RE 434.708/RS:

“Concurso público: controle jurisdicional admissível, quando não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, dado que o edital – nele incluído o programa – é a lei do concurso”

Alternativa certa.

#### **Alternativa “b”**

Essa alternativa contraria o disposto no inciso XIII do art. 37 da Constituição, cuja redação transcrevo abaixo:

“é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público;”

A proibição aplica-se a qualquer espécie remuneratória (antes da Emenda 19/1998 o texto do inciso falava apenas em “vencimentos”).

Segundo a doutrina, **equiparação** consiste na concessão de tratamento jurídico equivalente a cargos com funções desiguais e **vinculação** é a utilização, pela lei, de índices ou critérios automáticos de reajustamento da remuneração.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “c”**

O princípio da irredutibilidade dos vencimentos está no inciso XV do art. 37 (vejam que a regra fala em **cargos** e **empregos** públicos):

“o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;”

As referências feitas no próprio inciso dizem respeito a situações em que pode haver diminuição do valor dos vencimentos.

São elas a redução para adequação ao teto constitucional de remuneração (inciso XI), a redução quando estiverem sendo recebidos adicionais “em cascata” (um incidindo sob o outro, ou adicionais de mesmo fundamento), o que é proibido pelo inciso XIV, e, talvez mais importante, a explicitação, confirmada pelo STF, de que

a garantia da irredutibilidade **não veda incidência ou majoração de tributos sobre os rendimentos.**

Além disso, vale registrar que o STF entende que a irredutibilidade é só nominal, não real, ou seja, o valor absoluto não pode ser reduzido fora das hipóteses acima enumeradas, mas não há garantia de manutenção do poder aquisitivo. Assim, mesmo com uma inflação altíssima, a não concessão de reajuste **não** ofende o princípio da irredutibilidade dos vencimentos.

Alternativa errada.

#### **Alternativa “d”**

A proibição de acumulação remunerada de cargos e empregos públicos é a mais ampla possível, conforme se lê nos incisos XVI e XVII do art. 37 (grifei):

“é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

**XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”**

É bom observar que a vedação inclui a acumulação de remuneração com proventos, como se lê no § 10 do art. 40 da Constituição:

“É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

Alternativa errada.

#### **Alternativa “e”**

Já falamos sobre isso quando estudamos os princípios de Direito Administrativo. No Direito Administrativo, o princípio da legalidade implica a exigência de que exista lei para que a Administração possa atuar, atuação esta que tem que se dar estritamente conforme determinado ou autorizado pela lei, isto é, nos seus termos e limites.

Inexistindo lei prevendo, autorizando ou impondo determinada atuação administrativa, a Administração simplesmente não pode atuar.

Alternativa errada.

Gabarito, letra “a”.

3 - (ESAF/TFC/SFC/2000) Quanto às disposições referentes aos servidores públicos não é correto afirmar:

- a) O estrangeiro, na forma da lei, pode ocupar cargo público.
- b) Não se admite concurso público exclusivamente de títulos.
- c) O edital do concurso público pode estabelecer sua validade em até cinco anos.
- d) O servidor público tem direito à livre associação sindical.
- e) Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não podem ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

## COMENTÁRIOS

### Alternativa “a”

Diz o inciso I do art. 37 da Constituição:

“os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;”

Significa isso que todos os brasileiros têm direito teórico de acesso aos cargos, empregos e funções públicos, desde que atendam aos requisitos da lei. A lei só pode estabelecer os requisitos para o acesso. Além disso, qualquer exigência ou restrição legal tem que obedecer ao princípio da razoabilidade e ao da isonomia. Só é legítimo “desigualar” os “desiguais” segundo critérios razoáveis, por exemplo, é legítimo a lei estabelecer limite máximo de idade para ingresso no cargo de policial militar, mas não para um cargo em que o exercício não demande condições físicas atléticas.

A esse respeito, vale conhecermos as Súmulas 683 e 684 do STF:

“**683** - O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.”

“**684** - É inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público.”

Já para os estrangeiros, a situação é bem diferente. Eles têm acesso, mas “na forma da lei”. Isto é, a lei pode estabelecer as hipóteses, as condições e outras exigências específicas para o acesso de estrangeiros a cargos, empregos e funções públicos. Entretanto, seja como for, eles têm direito.

Alternativa certa.



### **Alternativa “b”**

Já falamos sobre isso. A Constituição exige que o concurso seja ou só de provas ou de provas e títulos. Não é permitido concurso só de títulos.

Alternativa certa.

### **Alternativa “c”**

Essa alternativa acabou tornando a questão fácil demais.

O prazo máximo de validade de um concurso (esse prazo é contado a partir da homologação do concurso) é de 4 anos (CF, art. 37, inciso III – “o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”).

O prazo de validade do concurso público o período durante o qual a Administração poderá nomear ou contratar os aprovados para o provimento ou preenchimento do cargo ou emprego público a que se destinava o concurso.

Segundo parte da doutrina – minha opinião é que devemos seguir esta posição – essa possibilidade de prorrogação “uma única vez por igual período” significa que, por exemplo, se o edital estabelecia em sete meses, contados da homologação, o prazo inicial de validade do concurso, a prorrogação pela Administração, se ocorrer, somente poderá ser feita por mais sete meses, totalizando quatorze meses.

Alternativa errada. Esta é, portanto, o gabarito.

### **Alternativa “d”**

Essa alternativa praticamente reproduz a norma constitucional de eficácia plena constante do inciso VI do art. 37:

“é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical”

Uma observação importante é que os servidores públicos estatutários não têm suas causas funcionais julgadas pela Justiça do Trabalho. Por isso, não têm direito a dissídio coletivo (STF, ADIn 492-1-DF, de 12.03.1993, no qual se firmou o entendimento de que os litígios entre servidores públicos federais e a Administração Pública federal são de competência da **Justiça Federal**).

Alternativa certa.

### **Alternativa “e”**

Essa regra não tem aplicação prática, pelo simples motivo de que cada um (isto é, os Poderes Legislativo e Judiciário) interpreta como bem entende a expressão “vencimentos” (há até uma lei federal, a Lei 8.852/1994, que define “vencimentos” como “a soma do vencimento básico com as vantagens permanentes relativas ao cargo, emprego, posto ou graduação”; mas, que eu saiba, essa lei é solenemente ignorada). Além disso, a regra só faria sentido para cargos idênticos ou de atribuições absolutamente passíveis de serem consideradas equivalentes.

Seja como for, a regra está expressa no inciso XII do art. 37 da Constituição:

“os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não poderão ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo”

Alternativa certa.

O gabarito da questão, portanto, é letra “c”.

4 - (CESPE/Auditor INSS/2003) As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE reproduz, literalmente, o inciso V da Constituição.

As funções de confiança (que não correspondem a nenhum cargo) e os cargos em comissão destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

No caso de função de confiança, a designação para seu exercício (não há “nomeação” para função de confiança) deve recair, obrigatoriamente, sobre servidor ocupante de cargo efetivo. Portanto, não se pode falar em **livre designação** para função de confiança. Já a dispensa de função de confiança (não se usa, na esfera federal, o termo “exoneração” de função de confiança, conforme se depreende do art. 35 da Lei 8.112/1990) é livre, a critério da autoridade competente.

Os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração. Isso significa que, em princípio, qualquer pessoa, mesmo que não seja servidor público de qualquer Poder ou esfera da Federação, pode ser nomeada para exercer um cargo em comissão. A mesma autoridade competente para nomear é competente para, a seu critério, exonerar o servidor ocupante do cargo comissionado.

Os cargos em comissão deverão ser preenchidos por servidores de carreira, isto é, concursados, **nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei**.

Essa lei, pelo menos na esfera federal, nunca foi editada. Não é difícil imaginar o motivo.

Pois bem, enquanto essa lei não é editada, o Decreto 5.497/2005 veio fazer o papel dela, mas, atente, exclusivamente no âmbito do Poder Executivo federal.

No Poder Executivo federal, existem seis níveis de cargos em comissão. O mais baixo é denominado DAS 1 e o mais elevado é o DAS 6 (os Ministros de Estado são DAS 6).

O Decreto 5.497/2005 estabeleceu as seguintes regras para provimento dos cargos comissionados federais no Executivo:

1) Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira 75% dos cargos DAS 1, 2 e 3.

2) Serão ocupados exclusivamente por servidores de carreira 50% dos cargos DAS 4.

3) É inteiramente livre a nomeação para os cargos DAS 5 e 6.

Essas regras só valem para as nomeações posteriores à publicação do decreto, que ocorreu em 22.07.2005.

Considera-se servidor de carreira qualquer concursado de qualquer Poder de todas as esferas da Federação. Isso está no art. 2º do decreto:

Se houver norma mais restritiva em determinado órgão ou entidade, referente à nomeação de servidores não de carreira para cargos em comissão, ela afasta o decreto. Por exemplo, determinado órgão pode, em seu regimento, conter artigo proibindo nomeação de servidores não de carreira para seus DAS 1, 2, 3 e 4; nesse caso, aplica-se a norma do regimento, não o decreto

O item, que se limitou a reproduzir o inciso V do art. 37 da Constituição, é correto.

Item certo (V).

5 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A Constituição Federal proíbe que a União, os estados, o DF e os municípios, no âmbito de sua competência e mediante lei, elejam o regime celetista para a contratação de empregados públicos na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas.

## COMENTÁRIOS

Esse item está errado. A partir da EC 19/1998 a Constituição não mais fala em “regime jurídico único”. Portanto, mesmo as pessoas jurídicas de direito público podem, hoje, inclusive para a Administração Direta, contratar celetistas.

Na esfera federal, essa contratação está regulada pela Lei 9.962/2000. Essa Lei disciplina a contratação de pessoal na Administração federal Direta, autárquica e fundacional pelo regime de emprego público.

Expressamente a Lei 9.962/2000 prevê que o pessoal admitido para emprego público na Administração federal Direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A Lei excepciona os cargos públicos em comissão, que não poderão ser providos segundo suas disposições (não poderão ser celetistas).

Resguarda, também, os servidores já integrantes da Administração regidos pela Lei 8.112/1990 na data da publicação das leis que vierem a criar e disciplinar a contratação sob regime de emprego público (celetista).

Item errado (E)

6 – (CESPE/Escrivão PF-Nacional/2004) Nelson foi recentemente contratado pela União para exercer função pública mediante contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Nessa situação, Nelson ocupa emprego público.

## COMENTÁRIOS

A contratação temporária para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público está prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição.

Na esfera federal, a contratação por prazo determinado encontra-se disciplinada pela Lei 8.745/1993. Seu âmbito de aplicação restringe-se aos órgãos da Administração Direta federal, às autarquias e às fundações públicas federais.

Como já vimos, o pessoal contratado com base nessa lei não pode ser considerado estatutário (pois o regime jurídico trabalhista a que se submetem é contratual), nem celetista (não são regidos pela CLT). Não ocupam cargos na Administração Pública. O regime de previdência social a que estão sujeitos é o regime geral (RGPS). Podemos dizer que os contratados com base na Lei 8.745/1993 exercem **função pública** remunerada temporária para determinado órgão ou entidade da Administração (o fato de a questão 53 da prova EPPGG, transcrita e comentada na análise da questão 1 desta aula, ter afirmado que esse pessoal está sujeito a um "regime contratual de direito público" não torna errada, de maneira nenhuma, a asserção de que eles exercem uma função pública remunerada temporária; não há incompatibilidade entre as afirmativas).

A contratação temporária na esfera federal não é feita mediante concurso público, mas sim por meio de processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União.

É dispensado processo seletivo na hipótese de contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública.

Em alguns casos, como no de contratação de professores visitantes nacionais ou estrangeiros, pesquisadores visitantes estrangeiros e alguns outros, a Lei 8.745/1993 permite a seleção baseada somente em análise de currículo que demonstre notória capacidade técnica ou científica do profissional.

Os prazos máximos de duração dos contratos são estabelecidos na Lei de acordo com a hipótese de contratação. A regra geral é serem os contratos improrrogáveis ou serem admitidas prorrogações até um limite máximo, a fim de evitar que se perpetuem as contratações, o que afrontaria a exigência constitucional de contratação mediante concurso público e o próprio princípio da moralidade.

Acerca da natureza das funções a serem exercidas pelos agentes contratados com base neste inciso IX do art. 37 da Constituição, existia alguma polêmica na doutrina. Havia quem defendesse que não só a contratação deveria decorrer de situação excepcional e transitória, mas também as funções a serem exercidas deveriam ter caráter extraordinário ou temporário. Outros entendiam que somente

a situação ensejadora da contratação deveria ser obrigatoriamente excepcional, mas a função poderia ser regular, ordinária.

Em recente julgado, o STF resolveu a questão, adotando a segunda tese. No entendimento do STF, o art. 37, IX, da Constituição nada estabelece acerca das características da função a ser exercida pelo agente contratado em razão de necessidade temporária de excepcional interesse público. Temporária tem que ser a necessidade, não a natureza da atividade para a qual se contrata. O Informativo STF 358, a respeito da decisão proferida na ADI 3.068, de 25 de agosto de 2004, esclarece:

“(...) o inciso IX do art. 37 da CF não fez distinção entre atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional, e atividades de caráter regular e permanente, nem previu, exclusivamente, a contratação por tempo determinado de pessoal para desempenho apenas das primeiras, mas, amplamente, autorizou contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público tanto numa quanto noutra hipótese, o que teria ocorrido na espécie, já que a norma impugnada visara suprir, temporariamente, enquanto não criado o quadro de pessoal permanente do CADE, a ser preenchido por meio de concurso público, a notória carência de pessoal da autarquia. Salientou-se, por fim, que a alegada inércia da Administração não poderia ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco a continuidade do serviço estatal, como no caso. (ADI 3068/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Eros Grau, 25.8.2004.)”

Item errado (E).

7 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Tratando-se de acumulação de cargos e empregos públicos, avalie a seguinte situação:

José, Auditor aposentado da Receita Federal, é Professor da autarquia Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pretende, agora, submeter-se ao concurso público para Gestor governamental.

Uma vez aprovado, aponte a sua conduta lícita.

- a) Pediria licença sem remuneração da UFRJ para tomar posse como Gestor.
- b) Poderia assumir o novo cargo, sem qualquer alteração em sua situação funcional.
- c) Somente poderia assumir o novo cargo de Gestor se renunciasse à aposentadoria de Auditor.
- d) Para assumir o novo cargo de Gestor, teria de deixar o magistério na UFRJ e renunciar à aposentadoria de Auditor.
- e) Pediria aposentadoria proporcional na UFRJ para tomar posse como Gestor.

## COMENTÁRIOS

Eu já vi mais de uma questão de concurso com essa regra segundo a qual um aposentado, para poder assumir um cargo não acumulável com aquele no qual ele se aposentou, deve “renunciar à aposentadoria”. Nunca consegui achar julgados do STF sobre isso; creio que seja jurisprudência de outros tribunais. Não conheço nenhuma lei que preveja essa renúncia.

Seja como for, penso que podemos, “tranqüilamente”, considerar verdadeiras questões que apresentem situações como a desta, indicando a renúncia à aposentadoria como solução (a pessoa nunca poderia “renunciar” à remuneração do cargo, porque é proibido o exercício não remunerado de cargos públicos).

O gabarito da questão é letra “c”. Aproveitemos para falar sobre as regras de acumulação.

A regra geral é a vedação à acumulação. Assim, somente nas hipóteses expressamente previstas no texto constitucional ela será lícita, mesmo assim, quando houver compatibilidade de horários.

Como já vimos, a proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicos pelos agentes da Administração está tratada nos incisos XVI e XVII do art. 37 da Constituição.

É a seguinte a redação dos dispositivos:

“XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;”

O primeiro ponto a observar é a existência, no texto constitucional, de outras hipóteses em que é lícita a acumulação remunerada, a saber:

- 1) a permissão de acumulação para os vereadores, prevista no art. 38, III;
- 2) a permissão para os juízes exercerem o magistério, conforme o art. 95, parágrafo único, inciso I;
- 3) a permissão para os membros do Ministério Público exercerem o magistério, estabelecida no art. 128, § 5º, II, “d”.

A proibição de acumular é a mais ampla possível, abrangendo, salvo as exceções constitucionalmente previstas, qualquer agente público remunerado em qualquer poder ou esfera da Federação (ex., um cargo público municipal com um emprego

público estadual; um cargo público no Executivo estadual com outro no Judiciário do mesmo ou de outro estado etc.).

Outro ponto importante diz respeito ao tratamento dado ao recebimento cumulado de remuneração e de proventos de aposentadoria. A Emenda Constitucional 20/1998, que implementou a primeira das denominadas “reformas da previdência”, acrescentou o § 10 ao art. 37 da Constituição, expressamente estendendo a proibição de acumulação aos proventos, como abaixo se lê:

“§ 10 É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

Cabe enfatizar que escapam desta proibição de acumulação os proventos relativos a cargos que seriam acumuláveis, se o servidor estivesse em atividade.

Exemplificando, se Fulano é dentista aposentado pelo regime de seguridade dos servidores públicos e é aprovado em concurso público para um cargo de dentista, poderá receber a remuneração do cargo e continuar recebendo seus proventos relativos ao cargo anterior de dentista em que se aposentou. O mesmo é válido para a hipótese de dois proventos de cargos acumuláveis (art. 40, § 6º), como, por exemplo, a acumulação de proventos relativos a cargos de professor exercidos em duas escolas públicas distintas.

Escapam, também, à vedação o exercício de cargos em comissão (o servidor comissionado pode acumular a remuneração do cargo com proventos de aposentadoria) e a acumulação de remuneração ou proventos de cargos eletivos.

Não se enquadram na proibição de acumulação de proventos com remuneração, os proventos recebidos em decorrência de aposentadoria obtida sob o regime geral de previdência (INSS) previsto nos arts. 201 e 202 da Constituição.

Gabarito, letra “c”.

8- (Cespe/Fiscal INSS/2001) Uma lei que extingue gratificações e adicionais, mas eleva o vencimento-base do cargo, não afronta a garantia da irredutibilidade de vencimentos, se não houver decurso no quantitativo geral da remuneração dos servidores.

## **COMENTÁRIOS**

Esse item do CESPE trata do entendimento do STF acerca do princípio da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV), segundo o qual a garantia diz respeito exclusivamente ao valor absoluto dos vencimentos. Portanto, se o servidor recebia, digamos, vencimento básico de R\$ 1.000,00 e um adicional permanente de 30%, incidente sobre esse vencimento básico, não haverá ofensa

ao princípio da irredutibilidade de vencimentos se o adicional for extinto e, ao mesmo tempo, o vencimento básico passar a R\$ 1.300,00.

Item certo (C).

9- (ESAF/AFRF/2003) No Porto de Santos encontra-se uma carga de grãos, vinda da Argentina. Tem precedência para análise dessa carga:

- a) A Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, visando a impedir a entrada, no Brasil, de produtos agrícolas com fungos.
- b) O IBAMA, visando a impedir a entrada de produtos transgênicos no País.
- c) A Receita Federal, visando a apurar a regularidade da importação.
- d) A Polícia Federal, se houver indícios de crime de contrabando ou de descaminho.
- e) Não existe ordem de precedência nesse caso, mas, apenas, conveniência administrativa, de acordo com as disponibilidades dos servidores dos órgãos envolvidos.

## COMENTÁRIOS

Eu nunca tinha visto, antes dessa, uma questão sobre o inciso XVIII do art. 37 da Constituição, cuja redação é:

“a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;”

Pois bem, essa questão trata justamente dessa regra. O gabarito é letra “c”.

A questão é anterior à EC 42/2003. Essa Emenda não mudou em nada o inciso XVIII, mas acrescentou um outro, o inciso XXII, também sobre o fisco. É necessário conhecer sua redação:

“XXII – as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas, terão recursos prioritários para a realização de suas atividades e atuarão de forma integrada, inclusive com o compartilhamento de cadastros e de informações fiscais, na forma da lei ou convênio.”

Gabarito, letra “c”.

10 - (ESAF/TFC/SFC/2000) São requisitos simultâneos para a aquisição de estabilidade no serviço público, exceto:

- a) declaração de idoneidade financeira
- b) três anos de efetivo exercício



- c) aprovação em concurso público
- d) nomeação para cargo de provimento efetivo
- e) aprovação em avaliação especial de desempenho

## COMENTÁRIOS

A Constituição de 1988 trata da estabilidade em seu art. 41.

São requisitos concomitantes para aquisição de estabilidade:

- 1) concurso público;
- 2) nomeação para cargo público efetivo;
- 3) três anos de efetivo exercício do cargo;
- 4) avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Nem os empregos públicos (regime da CLT), muito menos os cargos em comissão, geram direito à estabilidade.

São quatro as hipóteses de perda do cargo do servidor estável, por iniciativa da Administração:

- a) sentença judicial transitada em julgado;
- b) processo administrativo disciplinar, assegurada ampla defesa;
- c) mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa;
- d) excesso de despesa com pessoal, nos termos do art. 169, § 4º.

Transcrevo, para registro, o art. 169 da Constituição:

“Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

.....

§ 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

**I - redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;**

**II - exoneração dos servidores não estáveis.**

§ 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, **o servidor estável poderá perder o cargo**, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

§ 5º O servidor que perder o cargo na forma do parágrafo anterior fará jus a indenização correspondente a um mês de remuneração por ano de serviço.

§ 6º O cargo objeto da redução prevista nos parágrafos anteriores será considerado extinto, vedada a criação de cargo, emprego ou função com atribuições iguais ou assemelhadas pelo prazo de quatro anos.

§ 7º Lei federal disporá sobre as normas gerais a serem obedecidas na efetivação do disposto no § 4º."

Os limites de despesa com pessoal estão disciplinados na LC 101/2001 (Lei de Responsabilidade Fiscal), no seu art. 19, nestes termos:

"Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento)."

As normas gerais, aplicáveis a todos os entes da Federação, acerca de exoneração de servidor público estável por excesso de despesa com pessoal estão na Lei nº 9.801/1999 (não considero necessário o estudo dessa lei, para concursos).

Por último, é bom conhecermos a distinção entre **demissão** e **exoneração**.

**Demissão** é a perda do cargo por falta grave ou como efeito de sentença penal condenatória, vale dizer, demissão sempre tem caráter punitivo (não é tecnicamente correto falar em "demissão a pedido" do próprio servidor).

**Exoneração** é perda de cargo público nos demais casos, teoricamente, **sem caráter punitivo**. Apesar dessa natureza teórica, saibam que a "perda do cargo por insuficiência de desempenho" é hipótese de exoneração (como também é exoneração o rompimento de vínculo funcional que decorre da inabilitação em estágio probatório).

Enfatizo que a exoneração por insuficiência de desempenho depende de **lei complementar** (que, pelo menos na esfera federal, nunca foi editada). Apesar de ser uma hipótese de **exoneração**, o texto constitucional assegura ampla defesa ao servidor.

Enfatizo, também, que os limites de despesa que, se ultrapassados, ensejam a exoneração do servidor estável, devem ser definidos em **lei complementar**.

Gabarito da questão, letra "a".

11 – (ESAF/Gestor Público/MARE/1999) Nos termos em que atualmente a Constituição disciplina a matéria, a estabilidade no serviço público

- a) gera para o servidor estável o direito a permanecer em disponibilidade, com remuneração integral, no caso de extinção do seu cargo, até seu aproveitamento em outro.
- b) é adquirida após 3 anos de efetivo exercício, pelos servidores concursados nomeados para cargos de provimento efetivo ou em comissão.
- c) não poderá ser adquirida pelos estrangeiros que, na forma da lei, possam ter acesso aos cargos públicos.
- d) somente poderá ser adquirida pelos integrantes das carreiras consideradas essenciais à administração da Justiça.
- e) não impede a perda do cargo do servidor estável, na hipótese de verificar-se excesso de despesa com pessoal ativo em relação aos limites estabelecidos em lei complementar.

## COMENTÁRIOS

Essa questão reforça o estudo da estabilidade.

Quanto à letra “a”, estudaremos a disponibilidade em outra questão. Adianto que o que está errado é afirmar que a disponibilidade dá direito a “**remuneração integral**”. Nos termos em que está disciplinado o instituto da disponibilidade, hoje, na Constituição (art. 41, § 3º), o servidor tem direito a “**remuneração proporcional ao tempo de serviço**”.

Na letra “b” está absurdamente errado falar em estabilidade para servidor nomeado para cargos de provimento em comissão.

Não há impedimento a que o servidor público estrangeiro adquira estabilidade (segundo o inciso I do art. 31 da Constituição, o estrangeiro tem acesso aos cargos públicos “na forma da lei”).

A letra “d” é absurda. A estabilidade pode ser adquirida por qualquer servidor (estatutário) concursado ocupante de cargo efetivo.

Só sobrou a letra “e”, que é mesmo nosso gabarito. Como vimos, o excesso de despesa com pessoal ativo em relação aos limites estabelecidos em lei complementar é uma das hipóteses ensejadoras de exoneração de servidor estável.

Gabarito, letra “e”.

12 - (ESAF/Fiscal RN/2005) Ao servidor público estável do Estado do Rio Grande do Norte, que seja investido em mandato eletivo federal, ficará afastado do seu cargo efetivo,

- a) sem percepção de sua remuneração.
- b) sem perda da sua remuneração.
- c) podendo optar entre sua remuneração e o subsídio do mandato.

- d) percebendo cumulativamente a sua remuneração e o subsídio do mandato.
- e) com a percepção de metade da sua remuneração.

## COMENTÁRIOS

Essa questão trata das regras aplicáveis ao servidor público que seja eleito e investido no cargo eletivo. Estão todas no art. 38 da Constituição. São muito simples e auto-explicativas.

São as seguintes:

- a) O servidor público que seja eleito para qualquer cargo, do Executivo ou do Legislativo, federal, estadual ou distrital (Presidente da República, Governador de Estado ou do DF, deputado federal, deputado estadual ou distrital) será, obrigatoriamente, afastado do seu cargo (efetivo ou comissionado), emprego ou função públicos. A remuneração percebida será, obrigatoriamente, a do cargo **eletivo**.
- b) O servidor público investido no mandato de **prefeito** será, obrigatoriamente, **afastado** de seu cargo, emprego ou função públicos. Neste caso, o servidor poderá **optar** entre a **remuneração** do cargo de prefeito e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.
- c) O servidor eleito para o cargo de **vereador** poderá, caso haja compatibilidade de horários, **acumular** o exercício da vereança com o de seu cargo, emprego ou função públicos. Nessa hipótese, o servidor receberá as duas remunerações; a de vereador e a de seu outro cargo, emprego ou função públicos, obedecidos, evidentemente, os limites de remuneração do anteriormente comentado inciso XI do art. 37 da Constituição. Não existindo compatibilidade de horários, o servidor será afastado de seu cargo, exercendo apenas o de vereador; poderá, entretanto, optar entre a remuneração de vereador e a remuneração do cargo, emprego ou função de que foi afastado.

Finalizando, o art. 38 determina que, nas hipóteses em que seja exigido o afastamento do servidor, seu tempo de exercício no mandato eletivo seja contado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento (conta-se, portanto, para efeito de promoção por antigüidade, ou por tempo de serviço, no cargo, emprego ou função de que foi afastado). O tempo de afastamento é contado, também, para efeito de cálculo de benefício previdenciário do servidor como se ele em efetivo exercício estivesse.

Gabarito, letra “a”.

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

1 - (Esaf/AFC/SFC/2000) O regime jurídico típico da Administração Pública, denominado estatutário, caracteriza-se por ser:

- a) de direito público, de natureza legal e unilateral
- b) de direito público, de natureza contratual e bilateral
- c) de direito privado, de natureza contratual e bilateral
- d) de direito público, de natureza legal e bilateral
- e) de direito privado, de natureza legal e unilateral

2- (ESAF/AFRF/2003) Assinale a afirmativa correta.

- a) A exigência de concurso público de provas ou de provas e títulos, estabelecida no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, pode ser excepcionada por lei que autorize a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.
- b) A remuneração do AFRF pode ser estabelecida de forma vinculada ao subsídio do Ministro da Fazenda.
- c) O princípio da irredutibilidade dos vencimentos possui natureza absoluta, não comportando qualquer exceção.
- d) A proibição de acumulação remunerada de cargos públicos não se aplica quando um cargo for exercido na administração direta e o outro numa subsidiária de sociedade de economia mista, desde que haja compatibilidade de horários.
- e) De acordo com o princípio constitucional da legalidade, estabelecido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, tudo que não estiver proibido por lei é lícito ao administrador público fazer.

3 - (ESAF/TFC/SFC/2000) Quanto às disposições referentes aos servidores públicos não é correto afirmar:

- a) O estrangeiro, na forma da lei, pode ocupar cargo público.
- b) Não se admite concurso público exclusivamente de títulos.
- c) O edital do concurso público pode estabelecer sua validade em até cinco anos.
- d) O servidor público tem direito à livre associação sindical.
- e) Os vencimentos dos cargos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário não podem ser superiores aos pagos pelo Poder Executivo.

4 - (CESPE/Auditor INSS/2003) As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

5 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A Constituição Federal proíbe que a União, os estados, o DF e os municípios, no âmbito de sua competência e mediante lei, elejam o regime celetista para a contratação de empregados públicos na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas.

6 – (CESPE/Escrivão PF-Nacional/2004) Nelson foi recentemente contratado pela União para exercer função pública mediante contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Nessa situação, Nelson ocupa emprego público.

7 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Tratando-se de acumulação de cargos e empregos públicos, avalie a seguinte situação:

José, Auditor aposentado da Receita Federal, é Professor da autarquia Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Pretende, agora, submeter-se ao concurso público para Gestor governamental.

Uma vez aprovado, aponte a sua conduta lícita.

- a) Pediria licença sem remuneração da UFRJ para tomar posse como Gestor.
- b) Poderia assumir o novo cargo, sem qualquer alteração em sua situação funcional.
- c) Somente poderia assumir o novo cargo de Gestor se renunciasse à aposentadoria de Auditor.
- d) Para assumir o novo cargo de Gestor, teria de deixar o magistério na UFRJ e renunciar à aposentadoria de Auditor.
- e) Pediria aposentadoria proporcional na UFRJ para tomar posse como Gestor.

8- (Cespe/Fiscal INSS/2001) Uma lei que extingue gratificações e adicionais, mas eleva o vencimento-base do cargo, não afronta a garantia da irredutibilidade de vencimentos, se não houver decurso no quantitativo geral da remuneração dos servidores.

9- (ESAF/AFRF/2003) No Porto de Santos encontra-se uma carga de grãos, vinda da Argentina. Tem precedência para análise dessa carga:

- a) A Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, visando a impedir a entrada, no Brasil, de produtos agrícolas com fungos.
- b) O IBAMA, visando a impedir a entrada de produtos transgênicos no País.
- c) A Receita Federal, visando a apurar a regularidade da importação.
- d) A Polícia Federal, se houver indícios de crime de contrabando ou de descaminho.
- e) Não existe ordem de precedência nesse caso, mas, apenas, conveniência administrativa, de acordo com as disponibilidades dos servidores dos órgãos envolvidos.

10 - (ESAF/TFC/SFC/2000) São requisitos simultâneos para a aquisição de estabilidade no serviço público, exceto:

- a) declaração de idoneidade financeira
- b) três anos de efetivo exercício
- c) aprovação em concurso público
- d) nomeação para cargo de provimento efetivo
- e) aprovação em avaliação especial de desempenho

11 – (ESAF/Gestor Público/MARE/1999) Nos termos em que atualmente a Constituição disciplina a matéria, a estabilidade no serviço público

- a) gera para o servidor estável o direito a permanecer em disponibilidade, com remuneração integral, no caso de extinção do seu cargo, até seu aproveitamento em outro.
- b) é adquirida após 3 anos de efetivo exercício, pelos servidores concursados nomeados para cargos de provimento efetivo ou em comissão.
- c) não poderá ser adquirida pelos estrangeiros que, na forma da lei, possam ter acesso aos cargos públicos.
- d) somente poderá ser adquirida pelos integrantes das carreiras consideradas essenciais à administração da Justiça.
- e) não impede a perda do cargo do servidor estável, na hipótese de verificar-se excesso de despesa com pessoal ativo em relação aos limites estabelecidos em lei complementar.

12 - (ESAF/Fiscal RN/2005) Ao servidor público estável do Estado do Rio Grande do Norte, que seja investido em mandato eletivo federal, ficará afastado do seu cargo efetivo,

- a) sem percepção de sua remuneração.

- b) sem perda da sua remuneração.
- c) podendo optar entre sua remuneração e o subsídio do mandato.
- d) percebendo cumulativamente a sua remuneração e o subsídio do mandato.
- e) com a percepção de metade da sua remuneração.



## **AULA:9 SERVIDORES PÚBLICOS**

9. Servidores Públicos. Disposições constitucionais. Responsabilidades.

13 – (ESAF/AFC/STN/2005) Considerando-se o regime previdenciário do servidor público, previsto na Constituição Federal, assinale a afirmativa falsa.

- a) O servidor ocupante exclusivamente de cargo temporário será vinculado ao regime geral de previdência social.
- b) A redução dos requisitos gerais de idade e tempo de contribuição, previstos para os servidores públicos em geral, serão reduzidos em cinco anos para o servidor professor do ensino fundamental, médio e superior.
- c) É vedada a contagem de tempo de contribuição fictício.
- d) É possível a adoção, em lei complementar, de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria a servidores que exerçam atividades que prejudiquem a saúde.
- e) A aposentadoria compulsória se dá aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão, e as próximas, tratam do regime de previdência dos servidores públicos estatutários ocupantes de cargos efetivos. É o denominado regime próprio de previdência social (RPPS), para diferenciá-lo do regime geral (RGPS), que é o aplicável aos demais trabalhadores.

O RPPS dos servidores públicos está integralmente disciplinado no art. 40 da Constituição, que foi muito modificado pela EC 20/1998, pela EC 41/2003 e um pouco pela EC 47/2005. Há diversas regras de transição aplicáveis aos servidores que estavam no serviço público antes da publicação de cada uma dessas emendas. Recomendo fortemente que, para concursos, vocês ignorem totalmente todas as regras de transição do RPPS dos servidores públicos.

Minha opinião é que o estudo do RPPS dos servidores públicos deve ser feito, basicamente, pela leitura direta, repetida à exaustão, do art. 40 da Constituição. Se forem usar algum livro para apoio, usem um específico para concursos (e obrigatoriamente atualizado até a EC 47/2005). Mas não acho necessário.

Vejamos a questão.

#### **Alternativa “a”**

O § 13 do art. 40 é explícito:

“§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

Afirmativa certa.

#### **Alternativa “b”**

O que está errado é que a redução dos requisitos em cinco anos é só para o “professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”. **Não alcança o professor de ensino superior.**

Essa regra está no § 5º do art. 40:

“§ 5º - Os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, em relação ao disposto no § 1º, III, “a”, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.”

Alternativa errada. Portanto, esta é o gabarito.

#### **Alternativa “c”**

Essa regra, atualmente, é absoluta, e se encontra no § 10 do art. 40:

“§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

Alternativa correta.

#### **Alternativa “d”**

Essa alternativa é importante para falarmos de uma das alterações que a EC 47/2005 trouxe ao art. 40 da Constituição (a EC 47/2005 só trouxe duas alterações ao art. 40 da Constituição).

Antes da EC 47/2005, a redação do § 4º do art. 40 era esta:

“§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.”

Com a EC 47/2005, foram ampliadas as hipóteses de adoção de requisitos e critérios diferenciados, e foi mantida a exigência de lei complementar para regulamentá-las. É a seguinte a redação atual do § 4º do art. 40:

“§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

- I - portadores de deficiência;
- II - que exerçam atividades de risco;

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.”

É importante vocês conhecerem bem todas as hipóteses atuais, acima transcritas, principalmente porque são a última novidade em alterações do art. 40!

Vejam, de todo modo, que a letra “d” não se tornou errada, nem ficou prejudicada. A hipótese de que ela trata – atividades que prejudiquem a saúde – continua sendo uma hipótese que enseja aposentadoria com requisitos e critérios diferenciados, nos termos de lei complementar.

Alternativa certa.

#### **Alternativa “e”**

Essa alternativa está absolutamente correta. A aposentadoria compulsória não sofreu qualquer alteração coma EC 41/2003. Ela ocorre aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, inciso II).

Gabarito da questão, **letra “b”**.

14 - (Esaf/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Em relação ao regime previdenciário no serviço público, é correto afirmar:

a) o servidor ocupante exclusivamente de cargo de provimento em comissão pode se aposentar pelo regime especial previdenciário, desde que comprove o respectivo tempo de contribuição.

b) no regime especial de previdência do servidor público é possível que a aposentadoria se dê por critérios diferenciados, desde que a atividade exercida prejudique a saúde, nos termos de lei complementar.

c) o tempo de serviço federal, estadual ou municipal será contado, reciprocamente, para efeito de aposentadoria.

d) os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos para os professores que comprovem efetivo exercício em qualquer grau do magistério.

e) a aposentadoria compulsória, que se dá aos setenta anos de idade, no regime especial, proporciona proventos integrais, independentemente do tempo de contribuição.

#### **COMENTÁRIOS**

##### **Alternativa “a”**

Vimos que, nos termos do § 13 do art. 40, o servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão, de qualquer função ou cargo temporário ou de emprego público está **obrigatoriamente** sujeito ao RGPS.

Alternativa errada.

### **Alternativa “b”**

Já vimos que essa regra é, hoje, especialmente importante para concursos porque ela foi modificada pela EC 47/2005. Foram acrescentadas hipóteses de estabelecimento, nos termos de lei complementar, de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria. São elas:

- a) servidores portadores de deficiência;
- b) servidores que exerçam atividades de risco;
- c) servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Essa alternativa não está errada. Ela simplesmente não trata de todas as hipóteses atuais (nem poderia tratar, porque, na época em que foi feita, as únicas hipóteses eram as atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde e as atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a integridade física).

Alternativa certa. É o gabarito.

### **Alternativa “c”**

Essa alternativa trata da regra do § 9º do art. 201 da Constituição, a saber:

“§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.”

Vejam que o que está errado na alternativa é que a contagem recíproca é do tempo de contribuição, não do tempo de serviço.

Alternativa errada.

### **Alternativa “d”**

Já vimos que a redução dos requisitos em cinco anos é só para o “professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio” (CF, art. 40, § 5º). **Não alcança o professor de ensino superior.**

Alternativa errada.

### **Alternativa “e”**

A aposentadoria compulsória ocorre aos setenta anos, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (art. 40, § 1º, inciso II).

Alternativa errada.

Gabarito da questão, **letra “b”**.

estados, do Distrito Federal (DF) e dos municípios, para os titulares de cargos efetivos, subsiste o caráter assistencial e solidário.

### COMENTÁRIOS

O art. 40, *caput*, afirma que o RPPS dos servidores públicos tem “contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.

Caráter **contributivo** é incompatível com caráter assistencial (caráter assistencial haveria se dos beneficiários do RPPS não fossem exigidas contribuições).

Item falso (F).

16 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) As diretrizes constitucionais do regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo incluem o caráter contributivo e solidário, sendo o referido sistema custeado com contribuições devidas exclusivamente pelos segurados.

### COMENTÁRIOS

A EC 41/2003 modificou o *caput* do art. 40 da Constituição para explicitar que deve haver “contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas” ao RPPS dos servidores públicos. É importante conhecer a redação desse dispositivo:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.”

Item falso (F).

17 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Os ocupantes de cargos em provimento efetivo e comissionado contam com o mesmo tratamento, conforme os termos das diretrizes definidas na Constituição Federal.

### COMENTÁRIOS

Já vimos que só os servidores públicos estatutários ocupantes de cargos efetivos estão sujeitos ao RPPS. Os ocupantes, exclusivamente, de cargo em comissão, de qualquer função ou cargo temporário ou de emprego público estão sujeitos ao regime geral de previdência social (RGPS), nos termos do § 13 do art. 40.

Item errado (E).

18 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) Os servidores públicos ocupantes de cargo em provimento comissionado estão inseridos no regime geral de previdência social (RGPS), no âmbito do qual também se inserem os empregados públicos.

### COMENTÁRIOS

Transcrevo, de novo, o § 13 do art. 40 da Constituição:

“§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.”

Item verdadeiro (V).

19 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) A aposentadoria voluntária de servidor ocupante de cargo efetivo deverá ser percebida de forma integral caso ocorra o atendimento dos seguintes requisitos: tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, 65 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 60 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher.

### COMENTÁRIOS

Vejam que item interessante. Esse concurso foi posterior à EC 41/2003. Foi um concurso importante, no qual havia vagas para três cargos, portanto, três provas de Direito Administrativo. Nas três provas houve questões sobre o RPPS dos servidores segundo as regras então vigentes, isto é, **as regras posteriores à EC 41/2003**. Mesmo assim, em toda as provas, o CESPE continuou falando em “aposentadoria integral”.

Na verdade, depois da EC 41/2003, isto é, para os servidores ingressados no serviço público depois da publicação dessa Emenda, não há mais, exatamente, “proventos integrais”, ou “aposentadoria integral”.

Vejam o que diz o § 3º do art. 40:

“§ 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.”

Segundo esse parágrafo, então, os proventos de aposentadoria serão calculados a partir das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor tanto ao regime próprio quanto, se for o caso, ao regime geral. A forma de cálculo deverá ser estabelecida em lei.

A regulamentação está essencialmente no art. 1º da Lei 10.887, de 18 de junho de 2004. Transcrevo, só para registro (não recomendo o seu estudo, para concursos, no campo do Direito Administrativo):

“Art. 1º No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional no 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.

§ 1º As remunerações consideradas no cálculo do valor inicial dos proventos terão os seus valores atualizados mês a mês de acordo com a variação integral do índice fixado para a atualização dos salários-de-contribuição considerados no cálculo dos benefícios do regime geral de previdência social.

§ 2º A base de cálculo dos proventos será a remuneração do servidor no cargo efetivo nas competências a partir de julho de 1994 em que não tenha havido contribuição para regime próprio.

§ 3º Os valores das remunerações a serem utilizadas no cálculo de que trata este artigo serão comprovados mediante documento fornecido pelos órgãos e entidades gestoras dos regimes de previdência aos quais o servidor esteve vinculado ou por outro documento público, na forma do regulamento.

§ 4º Para os fins deste artigo, as remunerações consideradas no cálculo da aposentadoria, atualizadas na forma do § 1º deste artigo, não poderão ser:

I – inferiores ao valor do salário-mínimo;

II – superiores ao limite máximo do salário-de-contribuição, quanto aos meses em que o servidor esteve vinculado ao regime geral de previdência social.

§ 5º Os proventos, calculados de acordo com o *caput* deste artigo, por ocasião de sua concessão, não poderão ser inferiores ao valor do salário-mínimo nem exceder a remuneração do respectivo servidor no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.”

Voltando ao § 3º do art. 40 da Constituição, alerto que a regra que ele trouxe foi uma das mais importantes alterações ocasionadas pela EC 41/2003. Ela representa o fim da aposentadoria com proventos integrais. Os proventos não corresponderão, como antes era possível, ao valor da última remuneração do servidor. Seu valor será uma média calculada com base nas remunerações sobre as quais o servidor contribuiu ao longo de sua vida profissional.

Complementando essa importante disposição, o § 17 do art. 40 da Constituição estabelece que todos os valores de remuneração considerados para o cálculo dos proventos serão devidamente atualizados, na forma da lei.

Pois bem, apesar disso, o CESPE, em 2004, já vigentes essas regras dos §§ 3º e 17 do art. 40 da Constituição, em vários itens das provas desse concurso para o TCE de Pernambuco apareceu com essa expressão “aposentadoria integral” ou “proventos integrais”.

Fica claro que **essa expressão foi usada para diferenciar da aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição**. Alerto que essas expressões – “aposentadoria integral” ou “proventos integrais” – podem ainda aparecer em questões do CESPE e da ESAF. Tecnicamente está incorreto, porque não existe mais, propriamente, **para os servidores ingressados no serviço público depois da EC 41/2003**, “aposentadoria integral”.

Entretanto, repito, é possível que essa expressão seja utilizada para diferenciar a aposentadoria voluntária em que o servidor completou todos os requisitos de tempo de contribuição, idade, permanência no serviço público e no cargo, da aposentadoria voluntária por idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Nosso item trata dos requisitos para a aposentadoria voluntária “integral”. São eles (CF, art. 40, § 1º, III, “a”):

- a) dez anos de efetivo exercício no serviço público;
- b) cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria;
- c) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher.

Como vemos, o item está errado, porque fala em “65 anos de idade” para o servidor e “60 anos de idade” para a servidora.

Item errado (E).

20 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Para que um servidor público ocupante de cargo efetivo tenha direito à aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais, é necessário o atendimento dos seguintes requisitos: tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria e sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata dos requisitos exigidos para a aposentadoria voluntária, com proventos **proporcionais** ao tempo de **contribuição**. São eles (CF, art. 40, § 1º, III, “a”):

- a) dez anos de efetivo exercício no serviço público;
- b) cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria;
- c) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher.



Item errado (F).

21 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) As normas constitucionais em vigor asseguram aos ocupantes de cargo público efetivo, no caso de doença incurável contraída um ano após o início do exercício no cargo, a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais.

## COMENTÁRIOS

Esse item merece um comentário, semelhante ao que fiz antes, acerca do uso da expressão ou da idéia de “aposentadoria integral”.

A EC 41/2003 acabou com a previsão de “proventos integrais”, **para os servidores ingressados no serviço público depois da sua publicação** (31.12.2003).

Tanto assim que, para a aposentadoria por invalidez permanente, a redação do inciso I do § 1º do art. 40 foi modificada, e passou a ser esta (grifei):

“§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, **na forma da lei;**”

Não existe qualquer dúvida quanto ao fato de que serão **proporcionais ao tempo de contribuição** os proventos da aposentadoria por invalidez permanente em todos os casos em que a invalidez não decorra de **acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável**.

É mais difícil, entretanto, saber como serão calculados os proventos no caso da aposentadoria por invalidez permanente decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável.

Antes da EC 41/2003, o dispositivo afirmava que seriam proporcionais os proventos exceto se a invalidez adviesse de “acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, **especificadas em lei**”.

Ora, antes da EC 41/2003, os proventos de aposentadoria, ou eram proporcionais ao tempo de contribuição, ou eram integrais (correspondendo à remuneração do servidor no cargo em que se dava a aposentadoria). Por isso, a palavra “exceto” usada no texto constitucional deixava claro que a aposentadoria por invalidez permanente decorrente de “acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei” dava direito a proventos integrais. Concluía-se, de forma singela: como não são proporcionais, os proventos são integrais, porque não existe uma terceira categoria de proventos.

Diversamente, hoje, não existe mais, propriamente, a figura dos “proventos integrais”. Por isso, eu entendo que o inciso I do § 1º do art. 40 da Constituição deixa ao legislador ordinário a tarefa de definir os critérios de cálculo dos proventos na hipótese de aposentadoria por invalidez provocada por acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável (não há lei posterior à EC 41/2003 disciplinando esses casos, ainda).

A única coisa que podemos afirmar é que os proventos, nesses casos de invalidez provocada por acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável **não poderão** ser simplesmente proporcionais ao tempo de contribuição (a exceção constitucional claramente pretende estabelecer uma regra mais favorável ao servidor do que a aplicável às outras causas de invalidez).

O item está errado. Não há lei explicitando como serão seus proventos, mas é certo que eles não serão proporcionais ao tempo de contribuição.

Item falso (F).

22 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Considere a seguinte situação hipotética.

Determinado servidor público, detentor de cargo efetivo, no qual foi empossado na vigência das atuais normas constitucionais, dois dias após ter entrado em exercício, sofreu acidente de serviço, que resultou na sua incapacidade para o trabalho.

Nessa situação, o referido servidor terá direito à aposentadoria por invalidez, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

## COMENTÁRIOS

Esse item é quase idêntico ao anterior. A diferença é que esse trata da hipótese de aposentadoria por invalidez permanente decorrente de “acidente de serviço”. Já vimos que não há lei disciplinando como serão os proventos nesse caso, mas é certo que eles não serão proporcionais ao tempo de contribuição (CF, art. 40, § 1º, inciso I).

Item falso (F).

23 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Considerando que a aposentadoria compulsória do servidor ocupante de cargo efetivo, aos setenta anos de idade, independe da manifestação da vontade, é assegurada a este a percepção de proventos integrais, independentemente do tempo de contribuição.

## COMENTÁRIOS

A aposentadoria compulsória não sofreu nenhuma modificação depois da EC 20/1998. Ela está regulada no art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição, cuja redação é:

“§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

.....

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;”

Como vemos, a aposentadoria compulsória é sempre calculada com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Item errado (E).

24 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) No caso de aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade, de servidor público ocupante de cargo efetivo, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

## COMENTÁRIOS

Esse item reproduz, exatamente, a regra constante do art. 40, § 1º, inciso II, da Constituição, que transcrevi na questão anterior.

Item certo (C).

25 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Segundo as normas constitucionais vigentes, a União, os estados, o DF e os municípios podem estabelecer o teto do RGPS para o valor das aposentadorias e das pensões dos servidores ocupantes de cargo efetivo, desde que instituam regime de previdência complementar, que funcione por intermédio de entidade fechada de previdência complementar de natureza pública.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE trata dos §§ 14 e 15 do art. 40. Vejam a redação deles:

“§ 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

§ 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.”

A leitura desses dispositivos permite desfazer um equívoco muito difundido. **Está errada a afirmação de que os servidores públicos que ingressaram no serviço público depois da EC 41/2003 estarão sujeitos, quando se aposentarem, ao teto do RGPS.** Essa sujeição ao teto do RGPS somente poderá ser implementada pelas pessoas políticas quando elas instituírem “regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo”. Enquanto isso não acontece, os servidores ingressados após a EC 41/2003 terão seus proventos calculados conforme os §§ 3º e 17 do art. 40, e o único limite é o valor da remuneração do cargo em que o servidor se aposenta.

Portanto, repito, o § 14 do art. 40 da Constituição, que foi acrescentado pela EC 20/1998 e não foi modificado pela EC 41/2003, prevê a possibilidade de o ente político fixar, para o valor das aposentadorias e pensões dos respectivos servidores públicos sujeitos ao regime próprio, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS). Para isso, o ente político terá que, **obrigatoriamente**, instituir regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo.

O § 15 complementa essa regra, ao estabelecer que o regime de previdência complementar aludido será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo. A instituição do regime de previdência complementar, portanto, consoante a redação dada ao texto constitucional, é de instituição obrigatória para a pessoa política que pretenda estabelecer como teto dos proventos por ela pagos o limite de benefícios do RGPS, e será feita por meio de lei ordinária de iniciativa do Presidente da República, do Governador de Estado ou do DF, ou do Prefeito, conforme o caso.

O regime de previdência complementar dos servidores ocupantes de cargos efetivos ficará a cargo de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida.

É bom conhecer, ainda, o § 16 do art. 40, que estabelece que o servidor que tenha ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar somente a ele estará sujeito caso prévia e expressamente formalize opção nesse sentido.

O item é correto (C).

26 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Segundo as regras constitucionais acerca do regime previdenciário dos servidores públicos, caso um servidor público que tenha ocupado emprego público em empresa pública do

estado de Pernambuco, a qual recebia recursos do referido ente federado, passe a gozar aposentadoria por idade, custeada pelo regime geral de previdência social (RGPS), inexistindo plano de complementação, e, posteriormente à obtenção dessa aposentadoria, seja aprovado em concurso público e passe a ocupar cargo público em provimento efetivo em autarquia da administração indireta do estado de Pernambuco, a percepção da aposentadoria decorrente do RGPS não constitui óbice à percepção de proventos de aposentadoria decorrente do mencionado cargo público.

## **COMENTÁRIOS**

Esse item do CESPE faz uma interpretação “a contrario sensu” do § 6º do art. 40 que, a meu ver, é absolutamente correta. Diz esse dispositivo:

“§ 6º - Ressalvadas as aposentadorias decorrentes dos cargos acumuláveis na forma desta Constituição, é vedada a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência previsto neste artigo.”

Portanto, não existe proibição de percepção simultânea de proventos do RGPS e proventos de RPPS dos servidores públicos.

Item certo (C).

27 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) Segundo as normas constitucionais relativas ao regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, não há óbice à percepção de proventos de aposentadoria decorrente do referido regime por servidor ocupante de cargo efetivo que já conte com a percepção de aposentadoria decorrente do RGPS.

## **COMENTÁRIOS**

Esse item trata exatamente da mesma regra do item anterior (art. 40, § 6º). A diferença é que não traz um caso hipotético, mas a regra pura e simples, também interpretada “a contrario sensu” – não existe proibição de percepção simultânea de proventos do RGPS e proventos de RPPS dos servidores públicos.

Item certo (C).

28 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Há óbice ao estabelecimento de mais de um regime próprio de previdência social dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo.

## **COMENTÁRIOS**

Esse item trata da regra prevista no § 20 do art. 40, acrescentada pela EC 41/2003:

“§ 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X.”

Isso significa que cada ente federado que tenha RPPS para seus servidores públicos estatutários ocupantes de cargos efetivos é obrigado a ter somente um RPPS. Cabe observar que o § 20 do art. 40 faz, contudo, ressalva expressa ao regime de previdência dos servidores militares, que deve ser disciplinado em lei própria (CF, art. 142, § 3º, X).

Item certo (C).

29 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) Segundo as normas constitucionais vigentes, para os servidores ocupantes de cargo efetivo que exija formação de nível superior, é possível instituir regime de previdência distinto do instituído para os ocupantes de cargo efetivo que exija formação de nível médio.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata da mesma regra vista no item anterior, o § 20 do art. 40. Como vimos, cada pessoa política que possua RPPS para seus servidores deve ter um único RPPS para todos eles, exceto os militares.

### Item errado (E).

Para nós terminarmos o assunto “previdência dos servidores públicos”, faltou falar, de relevante, sobre as pensões, as contribuições dos inativos e pensionistas e sobre uma regra a elas relativa, acrescentada pela EC 47/2005. Façamos isso agora, embora não tenha nada a ver com o item que acabei de comentar.

O benefício da pensão por morte será igual a:

a) o valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (atualmente R\$ 2.668,15), acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor seja aposentado por ocasião do seu óbito (art. 40, § 7º, I);

Portanto, se o servidor percebia R\$ 4.000,00 de aposentadoria ao falecer, os proventos de pensão serão de R\$ 2.668,15 (o limite do RGPS) mais 70% de R\$ 1.331,85 (o excedente de R\$ 2.668,15, até o valor dos proventos de aposentadoria de R\$ 4.000,00), ou seja, a pensão será de R\$ 3.600,45 (R\$ 2.668,15+ R\$ 932,30).

b) o valor da totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso o servidor estivesse em atividade na data do óbito (art. 40, § 7º, II).

O exemplo é análogo ao anterior. Se o servidor faleceu em atividade e sua remuneração era de R\$ 4.000,00, os proventos de pensão serão de R\$ 3.600,45 (R\$ 2.668,15+ 70% de R\$ 1.331,85).

O § 18 do art. 40, acrescentado pela EC 41/2003, detalha a regra de cobrança de contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas. A partir da publicação dessa Emenda, passa a incidir contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime próprio de previdência dos servidores civis que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência (atualmente R\$ 2.668,15), com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos (atualmente 11%).

A regra é extremamente simples. Um aposentado que receba R\$ 4.668,15 de proventos passa a pagar 11% de “contribuição previdenciária” sobre aquilo que exceder R\$ 2.668,15, ou seja, pagará, mensalmente, R\$220,00 ao ente político do qual recebe seus proventos.

Essa contribuição dos inativos incide mesmo para os que já eram aposentados ou pensionistas na data da publicação da EC 41/2003, bem assim para aqueles que já haviam, nessa data, adquirido direito ao benefício. A alíquota da contribuição será idêntica à dos servidores ativos e incidirá, também, somente sobre o valor dos proventos que ultrapassar o teto do RGPS.

Em resumo o § 18 do art. 40 da Constituição, incluído pela EC 41/2003, deve ser aplicado a todo e qualquer aposentado e pensionista dos RPPS previstos nesse art. 40 da Carta Política. Portanto, qualquer que seja a data da aposentadoria ou do início do recebimento da pensão, os servidores públicos e seus pensionistas estarão sujeitos à contribuição previdenciária incidente apenas sobre o valor dos proventos que ultrapassar o limite máximo dos proventos pagos pelo RGPS, hoje em R\$ 2.668,15 (esse entendimento foi firmado pelo STF, no julgamento das ADI 3105/DF e ADI 3128/DF, rel. orig. Min. Ellen Gracie, rel. p/acórdão Min. Joaquim Barbosa, em 18.8.2004).

É oportuno registrar, ainda, que as alíquotas cobradas pelos estados, DF e municípios, tanto de seus servidores como de seus aposentados e pensionistas, não poderão ser inferiores à alíquota cobrada pela União (CF, art. 149, *caput* – “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União”).

Por fim, a EC 47/2005 acrescentou o § 21 ao art. 40, determinando que essa contribuição dos inativos só incidirá sobre a parcela dos proventos que ultrapassar o dobro do valor do RGPS quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante, conforme abaixo reproduzo:

“§ 21. A contribuição prevista no § 18 deste artigo incidirá apenas sobre as parcelas de proventos de aposentadoria e de pensão que superem o dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 desta Constituição, quando o beneficiário, na forma da lei, for portador de doença incapacitante.”

30 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) O retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, decorrente de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo, denomina-se:

- a) reversão
- b) recondução
- c) reintegração
- d) readaptação
- e) aproveitamento

## COMENTÁRIOS

Antes de analisarmos essa questão propriamente, é bom falarmos um pouquinho sobre provimento de cargos públicos.

Provimento é o ato administrativo por meio do qual é preenchido um cargo público, com a designação de seu titular. Os cargos públicos podem ser de provimento efetivo ou de provimento em comissão.

A Lei 8.112/1990 apresenta, em seu art. 8º, as formas de provimento de cargo público, a saber:

- (1) nomeação;
- (2) promoção;
- (3) readaptação;
- (4) reversão;
- (5) aproveitamento;
- (6) reintegração; e
- (7) recondução.

As formas de provimento em cargo público são tradicionalmente classificadas em:

- a) formas de provimento originárias; e
- b) formas de provimento derivadas.

Provimento originário é o preenchimento de classe inicial de cargo não decorrente de qualquer vínculo anterior entre o servidor e a Administração. A **única** forma de **provimento originário** atualmente compatível com a Constituição é a **nomeação** e, para os cargos efetivos, depende sempre de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos (CF, art. 37, II).

Provimento derivado é o preenchimento de cargo decorrente de vínculo anterior entre o servidor e a Administração. As formas de provimento derivado enumeradas no art. 8º da Lei 8.112/90 são a promoção, a readaptação, a reversão, o aproveitamento, a reintegração e a recondução.



Para explicarmos o conceito de provimento derivado, tomemos o exemplo do aproveitamento, que é, inclusive, instituto expressamente mencionado no texto constitucional (CF art. 41, § 3º).

Aproveitamento é o preenchimento de cargo por servidor que foi posto em disponibilidade (devido à extinção do cargo que ocupava ou declaração de sua desnecessidade). Esse cargo, preenchido por aproveitamento, não é o mesmo no qual o servidor havia sido originariamente investido, o qual pode, inclusive, não mais existir.

É evidente que o provimento do cargo por aproveitamento decorre do vínculo anteriormente existente entre o servidor aproveitado e a Administração.

Significa que a causa necessária e suficiente para o provimento desse novo cargo é justamente a existência de uma relação anterior entre o servidor e a Administração.

Não há, nesse caso, concurso público, nomeação ou posse. A única exigência evidente é que o cargo provido por aproveitamento guarde razoável equivalência de natureza, complexidade das atribuições, grau de responsabilidade e nível de remuneração com o anteriormente ocupado. Isso para que o instituto não seja utilizado como forma disfarçada de ascensão do servidor no serviço público sem realização de concurso público compatível com o nível de complexidade do cargo que ocupa.

Aliás, por esse exato motivo, duas outras formas de provimento derivado anteriormente previstas no mesmo art. 8º da Lei 8.112/1990, a **ascensão** e a **transferência**, foram consideradas inconstitucionais pelo STF (ADIn 231; ADIn 837 e outras). Todas as referências que a Lei fazia a tais formas e mais ao **acesso** (entendido pelo STF como sinônimo de ascensão), foram declaradas inconstitucionais pelo STF.

Justamente tais formas de provimento davam ensejo ao preenchimento de cargos de natureza, grau de complexidade e remuneração diversos daqueles do cargo no qual o servidor fora originariamente investido, representando afronta evidente à exigência de ingresso por concurso público compatível com a complexidade do cargo a ser exercido (art. 37, II, da CF). Dada essa orientação do STF, essas formas de provimento – a ascensão e a transferência – acabaram sendo expressamente revogadas pela Lei nº 9.527/1997.

Por último, é importante registrar que o Supremo Tribunal Federal, em fins de 2003, editou a Súmula nº 685, que tem a redação bastante incisiva, abaixo transcrita.

“685 – É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

A meu ver, a interpretação dessa súmula não pode deixar de levar em conta que há formas de provimento, como o aproveitamento, que propiciam ao servidor investir-se, sem novo concurso, em cargo diferente daquele para o qual ele foi originalmente nomeado em virtude de concurso público (observem que a

Constituição, no § 3º do art. 41, refere-se a “aproveitamento em **outro cargo**”). Outras formas de provimento, entretanto, como, na esfera federal, a readaptação, não estão mencionadas no texto constitucional, mas tão-somente na lei. Parece-me que a tendência do STF é considerar essas últimas formas de provimento derivado inconstitucionais. Para nós, entretanto, elas são perfeitamente válidas, porque permanecem integrando nosso ordenamento jurídico enquanto os dispositivos legais que as mencionam não forem revogados, ou que haja sentença judicial com eficácia geral afastando sua aplicação.

De outra parte, a súmula em comento não diz respeito a todas as formas de provimento derivado. Com efeito, algumas delas não implicam investir-se o servidor em cargo diferente do seu cargo original, para o qual ele foi nomeado mediante concurso público, porquanto acarretam retorno ao mesmo cargo do qual ele se havia desligado por algum motivo (é o caso da reintegração, da reversão, da recondução).

Seja como for, repito, para nós, isto é, para concursos públicos, todas as formas de provimento citadas no art. 8º da Lei 8.112/1990 são perfeitamente válidas. Ao mesmo tempo, devemos marcar “verdadeiro” para qualquer questão ou item que reproduza de modo mais ou menos literal a Súmula 685 do STF.

Voltando a nossa questão, ela trata de uma forma de provimento denominada recondução. A recondução é mencionada na Constituição no art. 41, § 2º (grifei):

“§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, **reconduzido** ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.”

A Lei 8.112/1990 trata da recondução em seu art. 29. Prevê a sua possibilidade em dois casos:

- a) inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo; ou
- b) reintegração do anterior ocupante.

Como vemos, só a segunda tem previsão constitucional expressa.

**Em qualquer hipótese, a recondução só se aplica ao servidor estável.**

Falemos um pouco sobre a recondução por inabilitação em estágio probatório.

O legislador garante ao servidor **estável** sua permanência no serviço público na hipótese de ser considerado pela Administração não apto ao exercício do novo cargo para o qual foi aprovado em concurso público.

Esta previsão decorre do fato de ser a estabilidade atributo do servidor, após o preenchimento dos requisitos constitucionais e legais. O servidor não é estável em determinado cargo, mas sim no serviço público. Prova disso é que pode o cargo ocupado pelo servidor ser extinto sem que ele perca sua condição de estável, sendo, então, posto em disponibilidade remunerada (proporcionalmente ao tempo de **serviço**) ou aproveitado em outro cargo compatível com o extinto.

O estágio probatório é que visa a avaliar a aptidão e capacidade do servidor para o desempenho de determinado cargo. Por isso, cada vez que um servidor seja nomeado para um cargo, necessita cumprir todo o período de estágio probatório a fim de ser considerado apto ao exercício daquele cargo. Caso já cumprido o estágio probatório em cargo anterior e adquirida, pelo servidor, a estabilidade no serviço público nos termos do art. 41 da CF/1988, pode ocorrer que o servidor seja considerado inapto para o exercício de novo cargo no qual tenha sido nomeado.

Nesse caso, de inabilitação do servidor estável no estágio probatório do novo cargo, será ele reconduzido ao cargo anteriormente ocupado, cargo este em que fora considerado apto por ocasião da conclusão do estágio probatório anterior.

Muito bem, o instituto da recondução possibilita, p. ex., a seguinte situação:

Um Auditor-Fiscal estável da Receita Federal é aprovado no concurso de Delegado da Polícia Federal e pede vacância na Receita Federal, assumindo o cargo de Delegado. No entanto, por um dos motivos legais, após o cumprimento do período legal, é inabilitado no estágio probatório do cargo de Delegado.

Nesse caso, não há dúvida, o servidor tem assegurado o seu direito de retorno ao antigo cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal.

A grande discussão que havia, no entanto, era a seguinte: pode o servidor estável aprovado em novo concurso público, dentro do período do estágio probatório, por sua iniciativa, independentemente de sua inabilitação no estágio probatório, retornar ao antigo cargo, isto é, ser reconduzido **a pedido** ao antigo cargo?

**O STF, ao apreciar a questão, firmou entendimento segundo o qual o servidor federal estável, submetido a estágio probatório em novo cargo público, caso desista de exercer a nova função, tem o direito de ser reconduzido ao cargo ocupado anteriormente no serviço público.**

Portanto, nos termos da jurisprudência do STF, é possível ao servidor estável aprovado para outro cargo, dentro do período de estágio probatório, optar pelo retorno ao antigo cargo, se assim desejar.

Em face dessa orientação, a Administração Pública federal terminou por editar a Súmula Administrativa AGU nº 16, de 19.06.2002, de observância obrigatória por toda Administração federal, cujo teor é o seguinte:

“O servidor estável investido em cargo público federal, em virtude de habilitação em concurso público, poderá desistir do estágio probatório a que é submetido com apoio no art. 20 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e ser reconduzido ao cargo inacumulável de que foi exonerado, a pedido. Não se interporá recurso de decisão judicial que reconhecer esse direito.”

Portanto, na esfera federal, é reconhecido, também no âmbito administrativo, o direito à recondução a pedido do servidor estável que esteja em estágio probatório em um novo cargo e queira dele desistir e retornar ao cargo anterior.

Voltando mais uma vez a nossa questão, vemos que ela fala no “retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, decorrente de inabilitação em

estágio probatório relativo a outro cargo”, e pede o nome dessa forma de provimento. É a recondução.

O gabarito da questão é **letra “b”**.

31 - (ESAF/PFN/2004) Assinale a opção que não constitui forma de provimento de cargo público, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990.

- a) promoção
- b) readaptação
- c) transferência
- d) aproveitamento
- e) recondução

### COMENTÁRIOS

Conforme comentei acima, duas formas de provimento derivado que eram previstas no art. 8º da Lei 8.112/1990, a **ascensão** e a **transferência**, foram consideradas inconstitucionais pelo STF (ADIn 231; ADIn 837 e outras). Por causa disso, essas formas de provimento – a ascensão e a transferência – acabaram sendo expressamente revogadas pela Lei nº 9.527/1997.

Apenas para quem tiver curiosidade, a transferência era assim definida no art. 23 da Lei 8.112/1990: “Transferência é a passagem do servidor estável de cargo efetivo para outro de igual denominação, pertencente a quadro de pessoal diverso, de órgão ou instituição do mesmo Poder”. Alerto que não considero importante, para concursos, saber essa definição.

O gabarito da questão é **letra “c”**.

32 - (ESAF/Procurador DF/2004) Considera-se em disponibilidade, o servidor:

- a) posto à disposição de outro órgão público.
- b) ocupante de vaga aberta por servidor estável, cuja demissão foi invalidada por sentença judicial.
- c) em licença para tratamento de saúde.
- d) punido por prevaricação.
- e) em gozo de férias.

### COMENTÁRIOS

A disponibilidade é um instituto expressamente previsto na Constituição Federal, no § 3º do art. 41, nestes termos (grifei):

“§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração **proporcional ao tempo de serviço**, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.”

Os pontos mais importantes, para nós, são:

- a) A disponibilidade é direito, exclusivamente, do servidor **estável**.
- b) O servidor posto em disponibilidade fica recebendo remuneração **proporcional ao tempo de serviço**.
- c) O servidor permanece em disponibilidade até seu **aproveitamento** em outro cargo compatível com o seu anterior, que foi extinto ou declarado desnecessário.

A Lei 8.112/1990 trata da disponibilidade nestes dispositivos:

“Art. 30. O retorno à atividade de servidor em disponibilidade far-se-á mediante aproveitamento obrigatório em cargo de atribuições e vencimentos compatíveis com o anteriormente ocupado.

.....

Art. 32. Será tornado sem efeito o aproveitamento e cassada a disponibilidade se o servidor não entrar em exercício no prazo legal, salvo doença comprovada por junta médica oficial.”

É interessante observar que o prazo a que se refere esse art. 32 não está especificado em nenhum lugar da Lei 8.112/1990.

Voltando a nossa questão, observamos que, para sua solução, não é suficiente conhecer as regras relativas à disponibilidade.

É preciso estudarmos, também, a reintegração.

Reintegração é forma de provimento prevista na Constituição no art. 41, § 2º:

“§ 2º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.”

Na Lei 8.112/1990 ela é assim disciplinada:

“Art. 28. A reintegração é a reinvestidura do servidor estável no cargo anteriormente ocupado, ou no cargo resultante de sua transformação, quando invalidada a sua demissão por decisão administrativa ou judicial, com ressarcimento de todas as vantagens.

§ 1º Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, observado o disposto nos arts. 30 e 31.

§ 2º Encontrando-se provido o cargo, o seu eventual ocupante será reconduzido ao cargo de origem, sem direito à indenização ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade.”

A reintegração ocorre quando o **servidor estável**, anteriormente demitido, tem a decisão administrativa ou judicial que determinou sua demissão invalidada. O

irregularmente demitido retornará, então, ao cargo de origem, com ressarcimento de todas as vantagens a que teria feito jus durante o período de seu afastamento ilegal, inclusive às promoções por antigüidade que teria obtido nesse ínterim.

Na hipótese de o cargo ter sido extinto, o servidor ficará em disponibilidade, até seu adequado aproveitamento.

Encontrando-se provido o cargo em que está sendo reintegrado o indevidamente demitido, o seu eventual ocupante, se estável, será **reconduzido** ao cargo de origem, sem direito a indenização, ou aproveitado em outro cargo, ou, ainda, posto em disponibilidade (nesse caso com remuneração proporcional ao tempo de serviço). Se não for estável, deverá ser exonerado.

Nem a Constituição nem a Lei 8.112/1990 esclarece, mas a situação desse servidor que estava ocupando o cargo do servidor que foi reintegrado deve ser determinada em uma ordem, que será esta:

- 1º) se ainda existir o seu cargo anterior, e houver vaga, ele será reconduzido;
- 2º) se não, ele será aproveitado, desde que exista um cargo compatível, com vaga no quadro;
- 3º) se não, ele será posto em disponibilidade, até que possa ser aproveitado.

Vejam, portanto, que há duas hipóteses de aproveitamento previstas na Constituição e na Lei 8.112/1990: o retorno à atividade do servidor que estava em disponibilidade e a situação do servidor que ocupava o cargo de um outro que foi reintegrado, quando ele, o servidor que ocupava o cargo, não pôde ser reconduzido.

Também há duas possibilidades de um servidor ficar em disponibilidade: seu cargo ser extinto ou declarado desnecessário e a situação do servidor que ocupava o cargo de um outro que foi reintegrado, quando ele, o servidor que ocupava o cargo, não pôde ser reconduzido nem aproveitado.

A questão que estamos analisando trata desta última situação. O servidor “ocupante de vaga aberta por servidor estável, cuja demissão foi invalidada por sentença judicial” pode ser posto em disponibilidade, se não pôde ser reconduzido nem aproveitado.

Gabarito, **letra “b”**.

33 - (ESAF/AFRF/2003) A declaração de desnecessidade de cargo público, prevista no parágrafo 3º do artigo 41 da Constituição Federal, implica:

- a) disponibilidade do servidor, estável ou não.
- b) demissão do servidor não estável.
- c) disponibilidade remunerada proporcionalmente ao tempo de contribuição.
- d) extinção do cargo público.

e) eventual aproveitamento do servidor colocado em disponibilidade em outro cargo.

## COMENTÁRIOS

Essa questão resolve-se pela aplicação direta do art. 41, § 3º, da Constituição:

“§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.”

A declaração de desnecessidade de cargo público implica a disponibilidade do servidor estável até que possa ser aproveitado em outro cargo. Se ocorrer de, já no momento da declaração de desnecessidade do cargo, existir um outro cargo compatível em que o servidor estável possa ser aproveitado, ele não chegará a ficar em disponibilidade; será aproveitado imediatamente.

A questão não diz que o servidor é estável. Mas, como não há outra alternativa que atenda ao enunciado, concluímos que a resposta é que ocorrerá “eventual aproveitamento do servidor colocado em disponibilidade em outro cargo”. Para o servidor não estável, a consequência da extinção do cargo, ou declaração de desnecessidade, seria, teoricamente, sua exoneração (não conheço jurisprudência a respeito).

Gabarito, **letra “e”**.

34 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) O servidor reintegrado exercerá as atividades como excedente, na hipótese de encontrar-se provido o cargo.

## COMENTÁRIOS

Exercer atividade como excedente é como “ocupar um cargo virtual”. Imaginem o cargo X, cujo quadro tem 150 vagas, todas preenchidas. Um servidor na condição de excedente seria o 151º servidor desse quadro.

A Lei 8.112/1990 só prevê a possibilidade de um servidor ficar na condição de excedente em duas situações:

1) Readaptação.

“Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.

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

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

2) Reversão de ofício.

Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria;

.....

§ 3º No caso do inciso I, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.”

Em nenhuma outra hipótese pode haver essa situação de um servidor ficar como “excedente”.

O servidor reintegrado **sempre** retornará a seu cargo. Se o cargo estiver ocupado (ou seja, não houver mais vagas no quadro), o ocupante (o último que ingressou no quadro) do cargo do reintegrado será, se estável, reconduzido, aproveitado ou posto em disponibilidade (se não estável será, teoricamente, exonerado).

Item errado (E)

35 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) A redistribuição é forma de provimento de cargo público, utilizada na hipótese de extinção de órgãos.

## COMENTÁRIOS

Há dois institutos tratados na Lei 8.112/1990 que merecem ser comentados e que **não são formas de provimento**: a remoção e a reintegração.

A **remoção** é o deslocamento do servidor para exercer suas atividades em outra unidade do mesmo quadro, ou seja, o servidor permanece no seu mesmo cargo, sem qualquer alteração a esse respeito.

A remoção pode implicar, ou não, mudança na localidade de exercício do servidor.

O servidor pode, simplesmente, ser removido da Delegacia da Receita Federal em Porto Alegre para a Inspeção da Receita Federal, também em Porto Alegre. Diversamente, o servidor pode ser removido da Delegacia da Receita Federal em Manaus para a Delegacia da Receita Federal no Rio de Janeiro.

A remoção pode ocorrer **de ofício** ou **a pedido**.

A remoção de ofício será sempre determinada no interesse da Administração e, em tese, independe da vontade do servidor removido.

A remoção a pedido pode ocorrer a critério da Administração ou pode, em algumas hipóteses, a Administração ser **obrigada** a conceder a remoção ao servidor que a requeira. Esse último caso corresponde à denominada remoção a pedido independentemente do interesse da Administração.

O primeiro ponto digno de nota é a existência de remoção a pedido independentemente do interesse da Administração somente nos casos de



alteração na localidade de exercício do servidor. Repito, não existe remoção a pedido independentemente do interesse da Administração sem mudança de sede.

A remoção a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração, pode ocorrer nas seguintes hipóteses legais (Lei 8.112/1990, art. 36, III):

- a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, servidor público ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;
- b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;
- c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Por último, enfatizo que remoção **não** é sinônimo de **transferência**. Como já vimos, a transferência era forma de provimento (a remoção não é forma de provimento), declarada inconstitucional pelo STF (ADIn 231; ADIn 837) e, posteriormente, expressamente **revogada** pela Lei 9.527/1997.

**Redistribuição** é definida no art. 37 da Lei nº 8.112/1990 como “o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder”.

Como vemos, redistribuição também **não é forma de provimento**. Ocorre deslocamento do cargo, esteja ou não ocupado, para outro órgão ou entidade, e não preenchimento de um cargo preexistente nesse órgão ou entidade. Deve-se observar, também, que, no caso de redistribuição de cargo ocupado, **não** é necessário que o servidor ocupante seja **estável**.

A redistribuição deve ser previamente apreciada pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil (SIPEC) e está condicionada aos seguintes pressupostos:

- I – interesse da administração;
- II – equivalência de vencimentos;
- III – manutenção da essência das atribuições do cargo;
- IV – vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;
- V – mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;
- VI – compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

É importante notar que a redistribuição somente existe **ex officio**. Não seria razoável imaginarmos um servidor pedindo para seu cargo ser deslocado para outro órgão ou entidade!

A redistribuição é uma técnica que permite à Administração adequar seus quadros às reais necessidades de serviço de seus órgãos ou entidades. Permite, também, o remanejamento de cargos nas hipóteses de extinção ou criação de órgãos ou entidades.

O item está errado, porque afirma que a redistribuição é forma de provimento.

Item errado (E).

36 - (CESPE/Delegado PF-Regional/2004) A remoção e a redistribuição não constituem formas de provimento derivado, porque, nelas, há apenas o deslocamento do servidor, respectivamente, no âmbito do mesmo quadro ou para quadro diverso.

## COMENTÁRIOS

Falamos sobre remoção e redistribuição na análise do item anterior.

Para registro, transcrevo os dispositivos da Lei 8.112/1990 (a forma mais eficiente de estudar a Lei 8.112/1990, em minha opinião, é a leitura direta de seus dispositivos):

“Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Art. 37. Redistribuição é o deslocamento de cargo de provimento efetivo, ocupado ou vago, no âmbito do quadro geral de pessoal, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder, com prévia apreciação do órgão central do SIPEC, observados os seguintes preceitos:

I - interesse da administração;

II - equivalência de vencimentos;

III - manutenção da essência das atribuições do cargo;

IV - vinculação entre os graus de responsabilidade e complexidade das atividades;

V - mesmo nível de escolaridade, especialidade ou habilitação profissional;

VI - compatibilidade entre as atribuições do cargo e as finalidades institucionais do órgão ou entidade.

§ 1º A redistribuição ocorrerá *ex officio* para ajustamento de lotação e da força de trabalho às necessidades dos serviços, inclusive nos casos de reorganização, extinção ou criação de órgão ou entidade.

§ 2º A redistribuição de cargos efetivos vagos se dará mediante ato conjunto entre o órgão central do SIPEC e os órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolvidos.

§ 3º Nos casos de reorganização ou extinção de órgão ou entidade, extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade no órgão ou entidade, o servidor estável que não for redistribuído será colocado em disponibilidade, até seu aproveitamento na forma dos arts. 30 e 31.

§ 4º O servidor que não for redistribuído ou colocado em disponibilidade poderá ser mantido sob responsabilidade do órgão central do SIPEC, e ter exercício provisório, em outro órgão ou entidade, até seu adequado aproveitamento.”

Esse item, a meu ver, não foi muito feliz.

A redistribuição não é obrigatoriamente o deslocamento do servidor.

Aliás, ela nunca é definida como **deslocamento de servidor**. Redistribuição é **definida** como deslocamento do **cargo**, ocupado ou vago (por isso ela nunca é forma de provimento). Se o cargo estiver ocupado, logicamente o servidor ocupante é deslocado junto com seu cargo, para outro órgão ou entidade do mesmo Poder. Mas isso é apenas a **consequência** da redistribuição quando o cargo redistribuído está ocupado.

Mesmo assim, o item foi considerado certo. Eu não diria que ele está errado. Apenas penso que poderia ter havido maior rigor técnico.

Item certo (C).

37 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) Relativamente à responsabilidade do servidor público, assinale a afirmativa falsa.

a) A responsabilidade penal abrange exclusivamente os crimes imputados ao servidor, nessa qualidade.

b) As sanções penais, civis e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

c) A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores do servidor, até o limite do valor da herança recebida.

d) A responsabilidade administrativa não pode subsistir quando houver absolvição criminal que negue a existência do fato.

e) A responsabilidade civil-administrativa pode resultar de ato comissivo ou omissivo.

## COMENTÁRIOS

O assunto “responsabilidades dos servidores públicos” é muito cobrado nas questões sobre “servidores públicos”. Ele se concentra nos arts. 121 a 126 da Lei 8.112/1990, que devem ser muito bem conhecidos. Reproduzo-os:

“Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.”

As infrações cometidas pelo servidor público acarretam, para ele, conforme o caso, responsabilização nas esferas administrativa (penalidades disciplinares), cível (reparação de danos patrimoniais) e criminal (sanções penais). Além dessas sanções, os atos de improbidade acarretam, também, sanções de natureza política (suspensão dos direitos políticos).

O art. 125 da Lei 8.112/1990 estabelece a regra geral, segundo a qual **as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.**

Atentem para o fato de que isso é a regra geral. Quando a esfera **penal** está envolvida, pode ocorrer interferência do trânsito em julgado da sentença penal nas outras esferas, dependendo do conteúdo ou dos fundamentos da sentença.

Assim, a condenação criminal do servidor, uma vez transitada em julgado, implica interferência nas esferas administrativa e cível, acarretando o reconhecimento automático da responsabilidade do servidor nessas duas esferas.

A absolvição pela negativa de autoria ou inexistência do fato também interfere nas esferas administrativa e civil (art. 126). Isso porque, se a jurisdição criminal, em que a apreciação das provas é muito mais ampla, categoricamente afirma que não foi o agente autor do fato a ele imputado ou que sequer ocorreu o fato aventado, não há como sustentar o contrário nas outras esferas. Mesmo que o servidor já tenha sido condenado nas outras esferas – os processos de apuração das responsabilidades correm separadamente e independentemente em cada esfera; a menos que haja ordem judicial expressa, o processo da esfera administrativa ou cível não aguarda a conclusão das apurações da esfera criminal – a condenação será desfeita; se o servidor tiver sido demitido em razão do processo administrativo, será reintegrado por força da sentença penal transitada em julgado que o absolve pela negativa de autoria ou pela inexistência do fato.

Já a absolvição penal por mera insuficiência de provas ou por ausência de culpabilidade penal, ou, ainda, por qualquer outro motivo, não interfere nas demais esferas.

Voltando a nossa questão, vemos que ela foi absolutamente literal. A alternativa errada é a letra “a”, porque a responsabilidade penal abrange os crimes e as **contravenções**, não exclusivamente os crimes.

Gabarito, **letra “a”**.

38 - (CESPE/Atendente Judiciário/TJBA/2003) A absolvição criminal por insuficiência de prova do servidor público demitido pela prática de delito funcional é impeditiva da aplicação de penalidade disciplinar administrativa.

## COMENTÁRIOS

Aproveitemos esse item dos CESPE para aprofundar um pouco a análise do assunto “cumulação de responsabilidades” e “independência das esferas de responsabilização”.

Um ato de um servidor público pode resultar em sua responsabilização nas esferas administrativa, cível e penal.

Vejam os exemplos: o agente público, atuando nessa qualidade, dirigindo imprudentemente, pode colidir o seu veículo oficial com o de um particular, e dessa colisão resultar a morte de uma pessoa.

Nesse caso, deverá o agente responder perante a Administração Pública, pela infração cometida, sujeitando-se a uma das penalidades disciplinares previstas nas leis administrativas, tais como advertência, suspensão ou demissão (responsabilidade administrativa). Responderá civilmente, perante a Administração, em ação de regresso, se comprovada a culpa ou dolo pelos danos

patrimoniais resultantes do acidente. Responderá, ainda, no âmbito criminal, pelo ilícito penal praticado, homicídio culposo, no nosso exemplo.

Como vimos acima, as responsabilidades administrativa, civil e penal são cumulativas e, em princípio, independentes (Lei 8.112/1990, art. 125).

A esfera penal é que pode afastar essa regra geral de independência entre as esferas.

Antes da análise das consequências de uma responsabilização penal, deve ficar claro que:

a) pode haver responsabilização administrativa sem que haja a responsabilização civil (agindo o agente contra as determinações administrativas, mas não ficando comprovada a ocorrência de dano patrimonial a um particular nem à Administração, p. ex.);

b) pode ocorrer a responsabilização administrativa e civil sem a condenação penal (houve uma infração disciplinar, houve a ocorrência de um dano patrimonial que deverá ser indenizado, mas o ato não se enquadra em nenhum tipo penal, vale dizer, não houve crime nem contravenção).

Entretanto, no caso de estar envolvida a esfera penal é que a situação pode se complicar um pouco.

Do julgamento na esfera penal poderá resultar:

- 1) condenação criminal do servidor;
- 2) absolvição pela negativa de autoria ou do fato;
- 3) absolvição por ausência de culpabilidade penal;
- 4) absolvição por insuficiência de provas ou por outros motivos.

A condenação criminal do servidor, uma vez transitada em julgado, implica interferência nas esferas administrativa e cível, acarretando o reconhecimento automático da responsabilidade do servidor nestas duas esferas. Isto ocorre porque, sendo o ilícito penal mais do que o ilícito civil ou administrativo, há a presunção de que a condenação naquela esfera (penal) sempre será mais “cuidadosa” do que a das outras, vale dizer, existindo a mais pequena dúvida quanto à responsabilidade penal do agente, este será absolvido nesta esfera.

Em sentido contrário, se ocorre a condenação penal transitada em julgado, presume-se haver certeza jurídica de que o condenado seja efetivamente culpado do ilícito a ele imputado.

Assim, se, antes do trânsito em julgado da condenação penal, o agente houvesse sido absolvido, relativamente ao mesmo fato, nas esferas administrativa ou cível, ocorreria interferência nessas esferas e as sentenças ou decisões absolutórias tornar-se-iam sem efeito, sobrevivendo a responsabilização do agente também nelas.

A absolvição pela negativa de autoria ou inexistência do fato, pelos mesmos motivos acima explicados, também interfere nas esferas administrativa e cível.

Isso porque, se a jurisdição criminal, em que a apreciação das provas é muito mais ampla, afirma positivamente que não foi o agente autor do fato a ele imputado ou que não ocorreu o fato criminoso, não há como sustentar o contrário nas outras esferas.

Assim, se o servidor for demitido, a sentença absolutória penal, pela negativa de autoria ou inexistência do fato, acarretará sua reintegração, pois estará sendo afirmado que não foi ele o autor do fato que acarretou sua demissão administrativa ou que esse fato nem existiu. O mesmo é verdadeiro para a condenação civil, a qual será tornada sem efeito sobrevindo a absolvição penal nesses termos.

Já a absolvição penal por mera insuficiência de provas ou por ausência de culpabilidade penal, ou, ainda, por qualquer outro motivo, não interfere nas demais esferas. A lógica é a mesma: sendo o ilícito penal sempre o “mais grave”, o simples fato de não restar provada conclusivamente a responsabilidade penal do agente ou de sua culpabilidade não ser suficiente para sua condenação penal, não significa que não haja elementos suficientes para a condenação nas outras esferas.

Para compreender-se esse fato, basta lembrarmos que a regra para a responsabilização penal é a existência de dolo (intenção), somente existindo crimes culposos quando expressamente assim previstos, enquanto na esfera civil a regra é a responsabilização por mera culpa. A culpa civil ou a responsabilidade administrativa do servidor subsiste mesmo que não comprovada, de forma conclusiva, sua responsabilidade penal.

Em resumo, o ordenamento jurídico admite as culpas civil e administrativa baseadas em menos elementos do que os necessários para afirmar-se a responsabilidade penal.

Como vemos, nosso item está incorreto.

Item errado (E).

39 - (Cespe/Fiscal INSS/1998) Considere que tenha sido instaurado, contra servidor, processo penal pelo cometimento de crime contra a administração pública, e que este foi absolvido pela negativa de autoria. Em face dessa situação, a responsabilidade administrativa do servidor ficará automaticamente afastada.

## **COMENTÁRIOS**

Conforme expus nos comentários às duas últimas questões, e consoante está expresso no art. 126 da Lei 8.112/1990, o item está correto.

Item verdadeiro (V).

40 - (CESPE/Analista Judiciário TST/2003) Não obstante as instâncias administrativa e penal serem independentes, na hipótese de a infração disciplinar constituir crime, não se aplicam, respectivamente, os prazos de prescrição

quinqüenal, bienal ou de 180 dias às infrações puníveis com demissão, suspensão ou advertência. Adotam-se, nesses casos, os prazos prescricionais estabelecidos na lei penal.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE trata da prescrição da ação disciplinar. As regras estão previstas no art. 142 da Lei 8112/1990.

A prescrição da ação disciplinar ocorre, a partir da data em que o fato se tornou conhecido, em:

- a) 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
- b) 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
- c) 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Esses prazos não se aplicam quando a infração disciplinar é, ao mesmo tempo, tipificada como crime. Nesse caso, os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime (geralmente os prazos prescricionais penais são maiores; às vezes muito maiores).

A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade administrativa competente.

É recomendável a leitura do art. 142 da Lei 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 á advertência.

§ 1º O prazo de prescrição começa a correr da data em que o fato se tornou conhecido.

§ 2º Os prazos de prescrição previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares capituladas também como crime.

§ 3º A abertura de sindicância ou a instauração de processo disciplinar interrompe a prescrição, até a decisão final proferida por autoridade competente.

§ 4º Interrompido o curso da prescrição, o prazo começará a correr a partir do dia em que cessar a interrupção.”

Item certo (C).



41 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A cassação de direitos políticos poderá dar-se nos casos de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei.

## COMENTÁRIOS

As consequências da prática de atos de improbidade administrativa estão diretamente descritas na Constituição, no § 4º do 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.”

Como vemos, quatro são as consequências:

- 1) **suspensão** dos direitos políticos;
- 2) perda da função pública (se for um servidor ocupante de cargo efetivo, será demitido; se for só de cargo em comissão, será destituído);
- 3) indisponibilidade dos bens; e
- 4) ressarcimento ao erário.

Mesmo que o candidato não soubesse nada sobre improbidade administrativa, bastaria, para este item, conhecer o art. 15 da Constituição, que é básico no estudo do Direito Constitucional (grifei):

“Art. 15. É **vedada a cassação de direitos políticos**, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II - incapacidade civil absoluta;
- III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.”

Item errado (E).

42 - (Cespe/Fiscal INSS/2001) Considere que um servidor tenha cometido falta administrativa, ocasionando dano financeiro para a administração. Nessa situação, o servidor não poderá sofrer sanção administrativa nem dele poderá ser cobrada a reparação pelo prejuízo causado ao erário se o prazo de prescrição relativamente à punição de tal ilícito estiver vencido.

## COMENTÁRIOS

Esse item trata de um ponto muito cobrado em concursos: a regra do § 5º do art. 37 da Constituição, mais especificamente a determinação constitucional ali constante segundo a qual a **ação de ressarcimento ao erário** (que é uma ação cível) **é imprescritível**.

“§ 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.”

Item errado (E).

43 - (ESAF/AFRF/2003) Das condutas relacionadas a seguir, indique todas aquelas cuja pena prevista é a demissão do cargo público:

I. receber um presente de alto valor, apenas para agilizar a decisão num processo administrativo;

II. recusar fé a documentos públicos;

III. coagir subordinado a filiar-se ao partido político que está no governo;

IV. apropriar-se de bem pertencente ao órgão público, o qual recebera para uso em razão do cargo.

a) I e III

b) III e IV

c) I, III e IV

d) I e IV

e) I, II, III e IV

## COMENTÁRIOS

Essa questão foi o cúmulo da “decoreba”. Ela trata das proibições e das situações que ensejam demissão dos servidores públicos. A única maneira eficiente de estudar esse assunto é lendo diretamente os artigos. Vou transcrevê-los e, depois, organizar ou sistematizar as hipóteses da melhor forma que eu consiga. Na transcrição, coloquei em negrito as hipóteses que, segundo minha experiência, são as mais cobradas:

“Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;

III - recusar fé a documentos públicos;

IV - opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;

V - promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;

VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;

VII - coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiarem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;

VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

**X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;**

**XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;**

XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;

XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;

XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;

XV - proceder de forma desidiosa;

XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

XVII - cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;

XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

XIX - recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

.....

Art. 129. A advertência será aplicada por escrito, nos casos de violação de proibição constante do art. 117, incisos I a VIII e XIX, e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamentação ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave.

Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

§ 1º Será punido com suspensão de até 15 (quinze) dias o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação.

§ 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

.....

Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

- I - crime contra a administração pública;
- II - abandono de cargo;
- III - inassiduidade habitual;
- IV - improbidade administrativa;
- V - incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;
- VI - insubordinação grave em serviço;
- VII - ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- VIII - aplicação irregular de dinheiros públicos;
- IX - revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- X - lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;
- XI - corrupção;
- XII - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;
- XIII - **transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.**

.....

Art. 138. Configura abandono de cargo a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos.

Art. 139. Entende-se por inassiduidade habitual a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses."

Organizando esses dispositivos, temos:

**1) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de advertência (salvo se o servidor for reincidente, hipótese em que poderá ser suspenso):**

- a) ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;
- b) retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição;
- c) recusar fé a documentos públicos;
- d) opor resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço;
- e) promover manifestação de apreço ou desapreço no recinto da repartição;
- f) cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado;
- g) coagir ou aliciar subordinados no sentido de filiareem-se a associação profissional ou sindical, ou a partido político;
- h) manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil;
- i) recusar-se a atualizar seus dados cadastrais quando solicitado.

**2) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de suspensão (além da hipótese de reincidência nas infrações do grupo anterior):**

- a) cometer a outro servidor atribuições estranhas ao cargo que ocupa, exceto em situações de emergência e transitórias;
- b) exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;

**3) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de demissão:**

- a) participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, salvo a participação nos conselhos de administração e fiscal de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação no capital social ou em sociedade cooperativa constituída por servidores públicos para prestar serviços a seus membros, e exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário;
- b) receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
- c) aceitar comissão, emprego ou pensão de Estado estrangeiro;
- d) praticar usura sob qualquer de suas formas;
- e) proceder de forma desidiosa;
- f) utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares;

**4) Proibições cuja infração acarreta a penalidade de demissão e incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos:**

- a) valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
- b) atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

Analisando a questão, vemos que seus itens II e III trazem infrações cuja proibição acarreta advertência.

O gabarito da questão é **letra “d”**.

44 - (ESAF/CGU/2004) A destituição de cargo em comissão é prevista na Lei nº 8.112/90, especificamente, para quando o servidor

- a) perde o fator confiança.
- b) comete falta grave, no seu cargo efetivo.
- c) comete falta grave, mas não detém cargo efetivo.
- d) for demitido do seu cargo efetivo.
- e) renuncia ao exercício do seu comissionamento.

## **COMENTÁRIOS**

As penalidades disciplinares aplicáveis no âmbito federal aos servidores civis estão enumeradas no art. 127 da Lei 8.112/1990. São elas:

- a) advertência;
- b) suspensão;
- c) demissão;
- d) cassação de aposentadoria ou disponibilidade;
- e) destituição de cargo em comissão;
- f) destituição de função comissionada.

A penalidade de advertência é aplicada por escrito, nos casos de violação das proibições descritas no art. 117, incisos I a VIII e XIX (conforme vimos na questão anterior) e de inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamento ou norma interna, que não justifique imposição de penalidade mais grave (art. 129).

A penalidade de advertência terá seu registro nos assentamentos funcionais do servidor cancelado após o decurso de 3 anos de efetivo exercício, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

A suspensão é aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão. O prazo máximo de suspensão é de 90 dias (art. 130). O servidor, evidentemente, não recebe remuneração durante o período de suspensão, e o tempo de suspensão não é computado como tempo de serviço para qualquer efeito.

A Lei 8.112/1990 estabelece, ainda, uma hipótese específica de aplicação de suspensão por até 15 dias para o servidor que, injustificadamente, recusar-se a ser submetido a inspeção médica determinada pela autoridade competente, cessando os efeitos da penalidade uma vez cumprida a determinação (art. 130, § 1º).

Existe a possibilidade, **discricionária**, de a Administração, quando houver conveniência para o serviço, converter a penalidade de suspensão em **multa** (art. 130, § 2º). Essa multa será de 50% por dia de vencimento ou remuneração, ou seja, o servidor receberá somente metade de sua remuneração diária durante os dias em que deveria estar suspenso, ficando obrigado a permanecer em serviço.

Deve-se tomar cuidado para não se afirmar que a multa seja uma penalidade disciplinar autônoma. Não existe aplicação direta de multa por infração disciplinar. A penalidade aplicada é de suspensão, por até 90 dias. Após a aplicação da suspensão é que poderá ela ser convertida em multa, nos termos acima explicados, mas a multa, repita-se, não é uma penalidade disciplinar autônoma ou independente (pois resulta sempre da conversão da penalidade de suspensão, esta sim autônoma).

A penalidade de suspensão terá seu registro cancelado, após o decurso 5 anos de efetivo exercício, se o servidor não houver, nesse período, praticado nova infração disciplinar.

Relativamente à demissão, a Lei nº 8.112/1990 optou por estabelecer uma lista das infrações que acarretam a aplicação dessa penalidade. O art. 132 afirmar que a demissão **será** aplicada nos casos ali enumerados. Por causa dessa redação, minha opinião é que, em princípio, para concursos, devemos afirmara que a aplicação administrativa da pena de demissão é ato vinculado (a regra geral para aplicação de sanções disciplinares, segundo a doutrina, é a discricionariedade).

As infrações enumeradas no art. 132 são as seguintes:

- a) crime contra a administração pública, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- b) abandono de cargo, definido como a ausência intencional do servidor ao serviço por mais de trinta dias consecutivos;
- c) inassiduidade habitual, definida como a falta ao serviço, sem causa justificada, por sessenta dias, interpoladamente, durante o período de doze meses;
- d) improbidade administrativa, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- e) incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

- f) insubordinação grave em serviço;
- g) ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;
- h) aplicação irregular de dinheiros públicos, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- i) revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;
- j) lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- k) corrupção, ficando o servidor impedido de retornar ao serviço público federal;
- l) acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, se comprovada má-fé do servidor. A opção do servidor por um dos cargos até o último dia de prazo para defesa, no processo administrativo disciplinar sumário instaurado para apuração dessa irregularidade, configurará sua boa-fé e o servidor será simplesmente exonerado do outro cargo;
- m) transgressão das proibições dos incisos IX ao XVI do art. 117, vistas na questão anterior.

A cassação de aposentadoria ou disponibilidade será aplicada ao inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão (art. 134).

A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de **suspensão** e de **demissão** (art. 135).

Gabarito da questão, **letra “c”**.

45 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Um servidor público do Estado de Minas Gerais praticou um ato que configura infração disciplinar grave, punível com a pena de demissão. Esse mesmo ato está previsto na Lei nº 8.429/92 como ato de improbidade administrativa e, no Código Penal, como crime contra a Administração Pública. Ele foi punido administrativamente, com a pena de demissão. Nessa hipótese:

- a) não poderá ser punido criminalmente porque ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.
- b) a sanção administrativa disciplinar impede a sanção por improbidade administrativa porque ambas têm a mesma natureza e finalidade.
- c) não há impedimento para que seja punido criminalmente e, também, por improbidade administrativa.
- d) poderá ser punido criminalmente, também, mas, não, por ato de improbidade administrativa.
- e) a punição por ato de improbidade administrativa dependerá da ocorrência de dano ao erário.



## COMENTÁRIOS

A aplicação de sanção disciplinar (administrativa), civil (indenização), e penal pode ocorrer cumulativamente, em decorrência de um mesmo ato. Isso não é influenciado pela a independência entre as esferas que, como vimos, às vezes é excepcionada pela sentença penal (quando condenatória ou absolutória por ausência de autoria ou inexistência do fato).

Quer dizer, a aplicação cumulativa das sanções sempre é possível, desde que o fato configure ilícito em todas as esferas e não exista uma sentença penal absolutória por ausência de autoria ou inexistência do fato.

Além disso, a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) também pode ocorrer cumulativamente com as sanções decorrentes da responsabilização em outras esferas.

Logo, as alternativas “a”, “b”, e “d” estão incorretas.

A alternativa “e” contraria o disposto no art. 21 da Lei 8.429/1992:

“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

O gabarito é **letra “c”**.

Com isso, terminamos o estudo dos “servidores públicos”. Alerto que não abordei todos os pontos que, teoricamente, podem constar dos editais; concentrei-me nos que considero mais prováveis ou mais freqüentemente cobrados. Alerto também que, no estudo desse assunto, especialmente, nada substitui a leitura direta da Constituição e da Lei 8.112/1990.

## LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS

13 – (ESAF/AFC/STN/2005) Considerando-se o regime previdenciário do servidor público, previsto na Constituição Federal, assinale a afirmativa falsa.

- a) O servidor ocupante exclusivamente de cargo temporário será vinculado ao regime geral de previdência social.
- b) A redução dos requisitos gerais de idade e tempo de contribuição, previstos para os servidores públicos em geral, serão reduzidos em cinco anos para o servidor professor do ensino fundamental, médio e superior.
- c) É vedada a contagem de tempo de contribuição fictício.
- d) É possível a adoção, em lei complementar, de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria a servidores que exerçam atividades que prejudiquem a saúde.
- e) A aposentadoria compulsória se dá aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

14 - (Esaf/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) Em relação ao regime previdenciário no serviço público, é correto afirmar:

- a) o servidor ocupante exclusivamente de cargo de provimento em comissão pode se aposentar pelo regime especial previdenciário, desde que comprove o respectivo tempo de contribuição.
- b) no regime especial de previdência do servidor público é possível que a aposentadoria se dê por critérios diferenciados, desde que a atividade exercida prejudique a saúde, nos termos de lei complementar.
- c) o tempo de serviço federal, estadual ou municipal será contado, reciprocamente, para efeito de aposentadoria.
- d) os requisitos de idade e de tempo de contribuição serão reduzidos para os professores que comprovem efetivo exercício em qualquer grau do magistério.
- e) a aposentadoria compulsória, que se dá aos setenta anos de idade, no regime especial, proporciona proventos integrais, independentemente do tempo de contribuição.

15 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Conforme as diretrizes constitucionais do regime previdenciário dos servidores públicos da União, dos estados, do Distrito Federal (DF) e dos municípios, para os titulares de cargos efetivos, subsiste o caráter assistencial e solidário.

16 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) As diretrizes constitucionais do regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo incluem o caráter contributivo e solidário, sendo o referido sistema custeado com contribuições devidas exclusivamente pelos segurados.

17 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Os ocupantes de cargos em provimento efetivo e comissionado contam com o mesmo tratamento, conforme os termos das diretrizes definidas na Constituição Federal.

18 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) Os servidores públicos ocupantes de cargo em provimento comissionado estão inseridos no regime geral de previdência social (RGPS), no âmbito do qual também se inserem os empregados públicos.

19 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) A aposentadoria voluntária de servidor ocupante de cargo efetivo deverá ser percebida de forma integral caso ocorra o atendimento dos seguintes requisitos: tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo em que se dará a aposentadoria, 65 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 60 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher.

20 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Para que um servidor público ocupante de cargo efetivo tenha direito à aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais, é necessário o atendimento dos seguintes requisitos: tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público; cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria e sessenta anos de idade, se homem, e cinquenta e cinco anos de idade, se mulher.

21 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) As normas constitucionais em vigor asseguram aos ocupantes de cargo público efetivo, no caso de doença incurável contraída um ano após o início do exercício no cargo, a aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais.

22 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Considere a seguinte situação hipotética.

Determinado servidor público, detentor de cargo efetivo, no qual foi empossado na vigência das atuais normas constitucionais, dois dias após ter entrado em exercício, sofreu acidente de serviço, que resultou na sua incapacidade para o trabalho.

Nessa situação, o referido servidor terá direito à aposentadoria por invalidez, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

23 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Considerando que a aposentadoria compulsória do servidor ocupante de cargo efetivo, aos setenta anos de idade, independe da manifestação da vontade, é assegurada a este a percepção de proventos integrais, independentemente do tempo de contribuição.

24 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) No caso de aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade, de servidor público ocupante de cargo efetivo, os proventos serão proporcionais ao tempo de contribuição.

25 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Segundo as normas constitucionais vigentes, a União, os estados, o DF e os municípios podem estabelecer o teto do RGPS para o valor das aposentadorias e das pensões dos servidores ocupantes de cargo efetivo, desde que instituam regime de previdência complementar, que funcione por intermédio de entidade fechada de previdência complementar de natureza pública.

26 – (CESPE/PROCURADOR MP/TCE-PE/2004) Segundo as regras constitucionais acerca do regime previdenciário dos servidores públicos, caso um servidor público que tenha ocupado emprego público em empresa pública do estado de Pernambuco, a qual recebia recursos do referido ente federado, passe a gozar aposentadoria por idade, custeada pelo regime geral de previdência social (RGPS), inexistindo plano de complementação, e, posteriormente à obtenção dessa aposentadoria, seja aprovado em concurso público e passe a ocupar cargo público em provimento efetivo em autarquia da administração indireta do estado de Pernambuco, a percepção da aposentadoria decorrente do RGPS não constitui óbice à percepção de proventos de aposentadoria decorrente do mencionado cargo público.

27 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) Segundo as normas constitucionais relativas ao regime previdenciário dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, não há óbice à percepção de proventos de aposentadoria decorrente do referido regime por servidor ocupante de cargo efetivo que já conte com a percepção de aposentadoria decorrente do RGPS.

28 – (CESPE/AUDITOR CONTAS PÚBLICAS/TCE-PE/2004) Há óbice ao estabelecimento de mais de um regime próprio de previdência social dos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo.

29 – (CESPE/Procurador Consultivo/TCE-PE/2004) Segundo as normas constitucionais vigentes, para os servidores ocupantes de cargo efetivo que exija formação de nível superior, é possível instituir regime de previdência distinto do instituído para os ocupantes de cargo efetivo que exija formação de nível médio.

30 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) O retorno do servidor estável ao cargo anteriormente ocupado, decorrente de inabilitação em estágio probatório relativo a outro cargo, denomina-se:

- a) reversão
- b) recondução
- c) reintegração
- d) readaptação
- e) aproveitamento

31 - (ESAF/PFN/2004) Assinale a opção que não constitui forma de provimento de cargo público, nos termos da Lei nº 8.112, de 1990.

- a) promoção
- b) readaptação
- c) transferência
- d) aproveitamento
- e) recondução

32 - (ESAF/Procurador DF/2004) Considera-se em disponibilidade, o servidor:

- a) posto à disposição de outro órgão público.
- b) ocupante de vaga aberta por servidor estável, cuja demissão foi invalidada por sentença judicial.
- c) em licença para tratamento de saúde.
- d) punido por prevaricação.
- e) em gozo de férias.

33 - (ESAF/AFRF/2003) A declaração de desnecessidade de cargo público, prevista no parágrafo 3º do artigo 41 da Constituição Federal, implica:

- a) disponibilidade do servidor, estável ou não.
- b) demissão do servidor não estável.

- c) disponibilidade remunerada proporcionalmente ao tempo de contribuição.
- d) extinção do cargo público.
- e) eventual aproveitamento do servidor colocado em disponibilidade em outro cargo.

34 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) O servidor reintegrado exercerá as atividades como excedente, na hipótese de encontrar-se provido o cargo.

35 - (CESPE/ Procurador INSS/1999) A redistribuição é forma de provimento de cargo público, utilizada na hipótese de extinção de órgãos.

36 - (CESPE/Delegado PF-Regional/2004) A remoção e a redistribuição não constituem formas de provimento derivado, porque, nelas, há apenas o deslocamento do servidor, respectivamente, no âmbito do mesmo quadro ou para quadro diverso.

37 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) Relativamente à responsabilidade do servidor público, assinale a afirmativa falsa.

- a) A responsabilidade penal abrange exclusivamente os crimes imputados ao servidor, nessa qualidade.
- b) As sanções penais, civis e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.
- c) A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores do servidor, até o limite do valor da herança recebida.
- d) A responsabilidade administrativa não pode subsistir quando houver absolvição criminal que negue a existência do fato.
- e) A responsabilidade civil-administrativa pode resultar de ato comissivo ou omissivo.

38 - (CESPE/Atendente Judiciário/TJBA/2003) A absolvição criminal por insuficiência de prova do servidor público demitido pela prática de delito funcional é impeditiva da aplicação de penalidade disciplinar administrativa.

39 - (Cespe/Fiscal INSS/1998) Considere que tenha sido instaurado, contra servidor, processo penal pelo cometimento de crime contra a administração pública, e que este foi absolvido pela negativa de autoria. Em face dessa situação, a responsabilidade administrativa do servidor ficará automaticamente afastada.

40 - (CESPE/Analista Judiciário TST/2003) Não obstante as instâncias administrativa e penal serem independentes, na hipótese de a infração disciplinar constituir crime, não se aplicam, respectivamente, os prazos de prescrição quinquenal, bienal ou de 180 dias às infrações puníveis com demissão, suspensão ou advertência. Adotam-se, nesses casos, os prazos prescricionais estabelecidos na lei penal.

41 - (CESPE/Auditor INSS/2003) A cassação de direitos políticos poderá dar-se nos casos de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei.

42 - (Cespe/Fiscal INSS/2001) Considere que um servidor tenha cometido falta administrativa, ocasionando dano financeiro para a administração. Nessa situação, o servidor não poderá sofrer sanção administrativa nem dele poderá ser cobrada a reparação pelo prejuízo causado ao erário se o prazo de prescrição relativamente à punição de tal ilícito estiver vencido.

43 - (ESAF/AFRF/2003) Das condutas relacionadas a seguir, indique todas aquelas cuja pena prevista é a demissão do cargo público:

I. receber um presente de alto valor, apenas para agilizar a decisão num processo administrativo;

II. recusar fé a documentos públicos;

III. coagir subordinado a filiar-se ao partido político que está no governo;

IV. apropriar-se de bem pertencente ao órgão público, o qual recebera para uso em razão do cargo.

a) I e III

b) III e IV

c) I, III e IV

d) I e IV

e) I, II, III e IV

44 - (ESAF/CGU/2004) A destituição de cargo em comissão é prevista na Lei nº 8.112/90, especificamente, para quando o servidor

a) perde o fator confiança.

b) comete falta grave, no seu cargo efetivo.

c) comete falta grave, mas não detém cargo efetivo.

d) for demitido do seu cargo efetivo.

e) renuncia ao exercício do seu comissionamento.

45 – (ESAF/AFTE-MG/2005) Um servidor público do Estado de Minas Gerais praticou um ato que configura infração disciplinar grave, punível com a pena de demissão. Esse mesmo ato está previsto na Lei nº 8.429/92 como ato de improbidade administrativa e, no Código Penal, como crime contra a Administração Pública. Ele foi punido administrativamente, com a pena de demissão. Nessa hipótese:

- a) não poderá ser punido criminalmente porque ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato.
- b) a sanção administrativa disciplinar impede a sanção por improbidade administrativa porque ambas têm a mesma natureza e finalidade.
- c) não há impedimento para que seja punido criminalmente e, também, por improbidade administrativa.
- d) poderá ser punido criminalmente, também, mas, não, por ato de improbidade administrativa.
- e) a punição por ato de improbidade administrativa dependerá da ocorrência de dano ao erário.



## **AULA 10: SERVIÇOS PÚBLICOS**

### 6. Serviços Públicos. Parcerias Público-Privadas.

1 - (ESAF/Analista Compras Recife/2003) Quanto à concessão, permissão e autorização, a celebração de contrato é incompatível em caso de:

- a) permissão de uso ou de serviço.
- b) concessão e permissão.
- c) concessão e autorização.
- d) concessão de serviços públicos.
- e) autorização.

### **COMENTÁRIOS**

Essa questão é boa para começarmos o estudo dos serviços públicos – matéria que praticamente sempre consta de qualquer edital – porque menciona as três formas possíveis de delegação existentes em nosso Direito.

Para concursos, o estudo dos serviços públicos acaba, na prática, resumindo-se ao estudo da delegação de serviços públicos. Mais especificamente, acaba restringindo-se quase só ao estudo da Lei 8.987/1995, que é nossa lei geral de concessões e permissões de serviços públicos (portanto, uma lei nacional, de observância obrigatória por todas as esferas da Federação).

O motivo que leva os elaboradores de questões sobre serviços públicos a se aterem ao Direito legislado é simples: não há nenhum consenso doutrinário acerca de definições e características dos serviços públicos. Como a matéria é doutrinariamente muito heterogênea, é mais seguro para o elaborador, a fim de evitar anulação de questões, ficar só com o texto da Constituição e das leis.

Apesar do que acabo de dizer, pode ser útil uma introdução doutrinária bastante sucinta.

Começemos com duas definições tradicionais de serviços públicos:

“Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”  
(Hely Lopes Meirelles)

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado

em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.” (Celso Antônio B. de Mello)

A segunda definição é mais freqüentemente citada. O mais importante, nela, é a consagração do denominado **critério formal** de definição de serviços públicos. Como todo critério formal, não apresenta nenhuma preocupação com a natureza da atividade em si. Interessa só o regime jurídico determinado pelo ordenamento.

Simplificando o critério formal de definição de serviço público, podemos dizer que é serviço público qualquer atividade que represente um fazer, que tenha como beneficiários diretos os administrados, e que deva ser prestada sob regime jurídico de direito público.

Quem determina que uma atividade seja prestada sob regime jurídico de direito público é o próprio ordenamento jurídico. Assim, são serviços públicos todos aqueles que a própria Constituição atribui diretamente às pessoas políticas como competências a serem por elas exercidas (arts. 21, 23, 25, 30 e 32 da Constituição) e outras prestações que as leis determinem que devam ser realizadas sob regime jurídico de direito público.

Como vocês devem imaginar, no Brasil, só é possível definir juridicamente serviços públicos pelo critério formal.

Vale, entretanto, conhecer as diferentes acepções ou critérios de definição de serviços públicos apontados pela doutrina:

a) **Material**: Considera que determinadas atividades, por sua natureza, devem ser consideradas serviço público; seria serviço público toda atividade que tem por objeto a satisfação de **necessidades** coletivas. Adotada pela escola essencialista.

b) **Subjetiva**: Considera público qualquer serviço prestado diretamente pelo Estado. Essa concepção entrou em declínio a partir do surgimento das formas de prestação indireta de serviços públicos mediante delegação a pessoas privadas.

c) **Formal**: Considera serviço público qualquer atividade de oferecimento de utilidade material à coletividade, desde que, por opção do ordenamento jurídico, essa atividade deva ser desenvolvida sob regime de direito público. Defendida pela corrente formalista e adotada no Brasil.

A Constituição, no art. 175, determina que a titularidade dos serviços públicos, sem exceção, é do “poder público”. Diz, também, que o “poder público” pode prestar os serviços públicos diretamente ou indiretamente, neste último caso, mediante concessão ou permissão.

Vejam a redação do art. 175 da Constituição:

“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.”

Notem que esse artigo já nos traz dificuldades.

O que é “poder público”?

Não há consenso.

Minha opinião é que, na interpretação desse art. 175 devemos considerar que “poder público” é sinônimo de Administração Pública. Assim, tanto a Administração Direta (as pessoas políticas) quando a Administração Indireta seriam titulares de serviços públicos.

Essa posição é adotada pela prof. Maria Sylvia. Ela é a mais compatível com os conceitos de descentralização por outorga e por delegação. Na descentralização por outorga, como sempre há uma lei, ocorreria a transferência não só da execução, mas também da titularidade do serviço. Sendo prestação de serviço pela própria Administração, Direta ou Indireta, teríamos o que a Constituição chama de “prestação direta” do serviço público.

Na descentralização por delegação é certo que temos somente a transferência temporária da execução do serviço, nunca de sua titularidade. Teríamos o que a Constituição chama, implicitamente, de “prestação indireta” do serviço.

O art. 175, ao falar em “prestação indireta” do serviço menciona somente a concessão e a permissão de serviços públicos. Mas temos a autorização de serviços públicos prevista na própria Constituição, por exemplo, em seu art. 21, inciso XII (Art. 21, XII: “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:”).

Pois bem, devemos, portanto, para concursos, adotar as seguintes orientações acerca da disciplina jurídica dos serviços públicos, especialmente do art. 175 da Constituição:

1) A titularidade dos serviços públicos é da Administração Pública.

2) A Constituição atribui os serviços públicos, de forma não exaustiva, às pessoas políticas (União, estados, DF e municípios). As leis das pessoas políticas também podem determinar que determinadas atividades de sua competência devam ser exercidas sob regime de direito público, como prestação de serviço público.

3) Essas pessoas políticas podem prestar os serviços públicos de sua competência por meio de sua Administração Direta, ou, mediante outorga (que sempre exige lei), com transferência de titularidade, por meio de sua Administração Indireta. Em ambos os casos teremos prestação direta do serviço público.

4) A Administração Pública pode delegar a prestação de serviços públicos a pessoas privadas, não integrantes da Administração. Essa delegação transfere só a execução do serviço, nunca a titularidade. Diz-se que, nesses casos, há prestação indireta do serviço.

5) A delegação é sempre temporária. Pode ser feita mediante concessão ou permissão de serviços públicos, ambos contratos administrativos precedidos de licitação, ou mediante autorização de serviços públicos (não prevista no art. 175, mas sim em outros pontos do texto constitucional), que é um ato administrativo e não implica licitação prévia.

Por último, podemos saber que uma atividade não é serviço público quando ela é um serviço exercido por particulares **sem que haja delegação**. É o que acontece com os serviços de saúde e de educação **prestados por hospitais e escolas particulares**. Não são serviços públicos. São aquilo que a doutrina chama de serviço de utilidade pública. Vale dizer, são do interesse da coletividade, mas sua prestação é livre à iniciativa privada, que o faz sujeita somente às normas gerais de regulamentação daquela atividade. Quando um serviço é apenas de utilidade pública, mas não é um serviço público, ele está sujeito apenas ao poder de polícia. É prestado sob regime de direito privado (o dono a escola particular, se estiver tendo prejuízo, pode simplesmente fechar as portas ao fim do ano letivo e pronto, diferentemente do que acontece com um serviço público delegado). Não existem os mecanismos de controle típicos do “poder concedente”, como a intervenção, a decretação de caducidade, a encampação.

Em resumo, quando um serviço público – portanto, sujeito ao regime de direito público – for prestado por um particular, obrigatoriamente o será por delegação. Se tivermos um serviço qualquer, por mais importante que seja, prestado por um particular sem delegação, sujeito só ao poder de polícia, temos um serviço de utilidade pública, prestado sob regime de direito privado.

Voltemos a nossa questão.

É pedido o instituto incompatível com a celebração de contrato administrativo.

Em nosso Direito, temos o seguinte:

a) a concessão sempre é um contrato administrativo, tanto as concessões de uso de bens públicos, quanto as concessões de serviços públicos;

b) permissão pode ser ato ou contrato; permissão de uso de bem público é sempre um ato administrativo e permissão de serviços públicos é sempre um contrato administrativo (nos termos da Lei 8.987/995, art. 40, é um “contrato de adesão”);

c) autorização sempre é ato administrativo; isso vale para a autorização de uso de bem público, a autorização de serviços públicos e a autorização para o exercício de atividades controladas (sujeitas a poder de polícia preventivo, como ocorre com a autorização de porte de arma) .

O gabarito, portanto, é letra “e”.

2 - (ESAF/PFN/2003) A permissão de serviço público, nos termos da legislação federal, deverá ser formalizada mediante:

- a) termo de permissão
- b) contrato administrativo
- c) contrato de permissão
- d) contrato de adesão
- e) termo de compromisso

## COMENTÁRIOS

Essa questão segue a mesma linha da anterior, só que é mais específica. Ela se reporta diretamente ao art. 40 da Lei nº 8.987/1995. Aproveitemos para transcrever, dessa lei, as definições legais que nos interessam para concurso (como ela é uma lei de normas gerais, aplicável a todos os entes federados, possui uma série de definições, que são as que devemos adotar, para questões de concursos públicos):

“Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

.....

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

.....

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.

.....

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.”

Observamos que a Lei 8.987/1995 quase igualou as duas formas de delegação de que ela trata, a concessão e a permissão.

O motivo é o próprio art. 175 da Constituição. Com efeito, esse artigo, contrariamente àquilo que a doutrina sempre prelecionou, fala textualmente em “contrato” tanto para as concessões quanto para as permissões de serviços públicos. Vejam sua redação (grifei):

“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.”

Foi por esse motivo – a contradição entre o texto constitucional e o que sempre foi defendido pela doutrina – que o legislador ordinário, ao elaborar a Lei 8.987/1995, parece ter ficado totalmente desorientado.

Realmente, a Lei 8.987/1995 apresenta absurdos como “revogabilidade unilateral do contrato” (contratos não são revogados, são rescindidos; atos é que são revogados), “precariedade” do contrato (contratos sempre têm prazo determinado, por isso não são precários) etc.

Ademais, a própria definição do contrato de permissão de serviço público como “contrato de adesão” é uma tentativa ridícula de diferenciá-lo do contrato de concessão, porque todo contrato administrativo, por definição, é um contrato de adesão (a Administração impõe as cláusulas e o particular, se quiser, adere às cláusulas postas, o que ele faz, como regra, ao se inscrever como participante na licitação prévia ao contrato).

Para completar a trapalhada, o legislador, no parágrafo único do art. 40, simplesmente, afirma de forma categórica: “Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”. Vejam que não está escrito nenhum “no que couber” ou algo parecido. Como a Lei inteira vinha, até ali, tratando das concessões, a firmação constante do parágrafo único do art. 40 equivale a dizer: aplica-se às permissões o disposto para as concessões!

Pois bem, apesar de todas essas incongruências, nossa preocupação é somente acertar questões de concursos. E, para tanto, não há dúvida: devemos seguir cegamente o que está na Lei.

Analisando a Lei, eu consigo encontrar pouquíssimas diferenças formais objetivas entre concessões e permissões. É importante destacá-las:

1) As concessões só podem ser celebradas com pessoa jurídica ou consórcio de empresas e as permissões podem ser celebradas com pessoa física ou jurídica.

2) A Lei 9.987 prevê licitação prévia para ambas as formas de delegação (na verdade, isso está expresso no art. 175 da Constituição), mas para a concessão estabelece obrigatoriamente a modalidade concorrência, e para a permissão nada menciona acerca da modalidade de licitação cabível.

**Observação:** é difícil ser cobrado em concursos, mas saibam que a Lei 9.074/1995 prevê, em situações específicas, ligadas às privatizações, a possibilidade de ser utilizada a modalidade concorrência ou **leilão** previamente à celebração de contrato de concessão de serviços públicos, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações. Apenas para registro, transcrevo os artigos da Lei 9.074/1995 pertinentes:

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;

II - fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência.

Art. 29. A modalidade de leilão poderá ser adotada nas licitações relativas à outorga de nova concessão com a finalidade de promover a transferência de serviço público prestado por pessoas jurídicas, a que se refere o art. 27, incluídas, para os fins e efeitos da Lei no 8.031, de 1990, no Programa Nacional de Desestatização, ainda que não haja a alienação das quotas ou ações representativas de seu controle societário.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, os bens vinculados ao respectivo serviço público serão utilizados, pelo novo concessionário, mediante contrato de arrendamento a ser celebrado com o concessionário original.

Art. 30. O disposto nos arts. 27 e 28 aplica-se, ainda, aos casos em que o titular da concessão ou autorização de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas.

3) Além das diferenças apontadas, a Lei 8.987/1995, para as permissões de serviços públicos, fala em “precariedade”, “revogabilidade unilateral” e “contrato de adesão”; nenhuma dessas expressões é usada para as concessões de serviços públicos.

Para finalizar esses comentários, menciono uma regra que é muito pouco comentada, mas pode perfeitamente aparecer em concursos. A Lei 9.074/1995 traz uma regra comum, isto é, aplicável às permissões e às concessões de

serviços públicos, segundo a qual, como regra, é exigida **lei autorizativa** para delegação de serviços públicos mediante concessão e permissão. A lei autorizativa **não** é exigida para os serviços de **saneamento básico e limpeza urbana**, bem como, obviamente, para os casos em que as próprias Constituições ou Leis Orgânicas autorizam.

A regra está no art. 2º da Lei 9.074/1995, que transcrevo:

“Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.”

Voltando à nossa questão, vemos que ela é bastante simples. Seu enunciado pede o instrumento de formalização da permissão de serviço público. É o contrato de adesão.

Gabarito, letra “d”.

3 - (ESAF/CGU/2004) O que, conceitualmente, é comum entre a concessão, a permissão e a autorização, sob o aspecto jurídico-administrativo, é o fato de terem

- a) a forma de contrato administrativo bilateral e oneroso.
- b) o prazo fixo e peremptório.
- c) por objeto um serviço público.
- d) predominante dose de precariedade.
- e) pressuposto de interesse público.

## COMENTÁRIOS

Essa questão quis inovar um pouco. Ela pede algo que seja comum a concessões, permissões e autorizações (não obrigatoriamente de serviços públicos, pois o enunciado não é específico).

Não há controvérsia quanto ao fato de que toda e qualquer atuação da Administração Pública é obrigatoriamente pautada pelo atendimento ao interesse público.

Os autores costumam afirmar, quanto aos institutos tratados nessa questão, que:

- a) nas concessões em geral há nítida predominância do interesse público em relação ao do particular; por isso elas são mais estáveis;
- b) nas permissões em geral a situação é intermediária; por isso elas têm algum grau de precariedade; e



c) nas autorizações em geral há predominância do interesse do particular; por isso seu alto grau de precariedade e sua revogabilidade a qualquer tempo, como regra, sem indenização.

Isso são linhas gerais, apontadas pela doutrina. Vejamos a questão.

A alternativa “a” está errada porque permissões de uso e autorizações são atos administrativos.

A alternativa “b” está errada porque a regra geral para as permissões de uso e autorizações é a inexistência de prazo. Além disso, prazo peremptório seria improrrogável, e nenhuma delas – concessões, permissões ou autorizações – tem prazo peremptório.

A letra “c” fala em “terem por objeto um serviço público”. Ora, nenhuma delas tem obrigatoriamente por objeto um serviço público.

A letra “d” fala em precariedade e as concessões não são precárias.

O gabarito é letra “e”.

4 - (CESPE/Papiloscopista PF-Nacional/2004) Incumbe ao poder público, diretamente, a prestação de serviços públicos. A Constituição da República admite que tal prestação também se dê sob regime de concessão ou permissão, mas, nesses casos, sempre mediante licitação.

## COMENTÁRIOS

Esse item praticamente reproduz o art. 175, *caput*, da Constituição, abaixo transcrito:

“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.”

Vejam que a própria Constituição usa a palavra “sempre”. Eu já vi autores afirmarem que, se a licitação não for possível (o que é chamado “inexigibilidade”), não será realizada. Creio que seja irrefutável esse raciocínio. Mas a Constituição não prevê a hipótese de não ser possível. Assim, qualquer questão que diga que a concessão e a permissão de serviços públicos **sempre** devem ser precedidas de licitação está certa.

Item certo (C).

5 - (CESPE/Agente PF/2002) A Constituição da República exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, bem como para concessão e permissão de serviços públicos. Na hipótese de licitação para concessão de serviços públicos, se, no certame, aparecerem interessados, mas nenhum for selecionado em decorrência da inabilitação ou da desclassificação, admite-se a dispensa da licitação.

## COMENTÁRIOS

A situação descrita nesse item – em uma licitação qualquer, aparecerem interessados, mas todos serem inabilitados ou da desclassificados – é denominada **licitação fracassada**. Nem mesmo para as licitações em geral (que não sejam para concessões ou permissões de serviços públicos) a ocorrência de licitação fracassada autoriza a dispensa de licitação. Que diremos, então, para as licitações prévias a concessões ou permissões de serviços públicos! **Para as licitações prévias a concessões ou permissões de serviços públicos nunca se admite qualquer hipótese de dispensa de licitação.**

Item errado (E).

6 - (CESPE/Delegado PF-Regional/2004) A permissão de serviço público, formalizada mediante celebração de contrato de adesão entre o poder concedente e a pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco, tem como características a precariedade e a possibilidade de revogação unilateral do contrato pelo poder concedente.

## COMENTÁRIOS

Esse item praticamente reproduz o art. 40 da Lei nº 8.987/1995, que já vimos:

“Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.”

Item certo (C).

7 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2000) Na ordem constitucional brasileira, os seguintes serviços públicos podem ser concedidos para a execução por particulares, exceto:

- a) serviços de energia elétrica
- b) navegação aérea
- c) serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens
- d) serviço postal
- e) serviços de transporte rodoviário interestadual

## COMENTÁRIOS

É comum aparecerem em concursos questões tratando deste assunto: serviços públicos que não podem ser delegados a particulares.

Não deveria aparecer, porque o assunto é polêmico.

Entretanto, os autores que adotam a tese de que há serviços públicos que não podem se delegados, ou melhor, que a Constituição tenha “proibido” sejam delegados, geralmente fazem essa afirmação a partir da análise do art. 21 da Constituição. Vejam alguns incisos desse artigo:

Art. 21. Compete à União:

.....

VII - emitir moeda;

.....

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

.....

XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional;

.....

XXII - executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

.....”

A partir da análise desse artigo, e de outros que estabelecem competências às pessoas políticas para a prestação de serviços públicos, alguns autores elaboram o seguinte raciocínio: ora, se a Constituição, em dispositivos como os incisos XI e XII do art. 21, expressamente facultou a prestação, direta ou **mediante delegação**, de determinados serviços públicos, é porque, nos dispositivos em que a possibilidade de delegação não está expressa, ela está proibida.

Para reforçar esse raciocínio, citam dispositivos como os incisos VIII e XXII do art. 21, que tratam de serviços que **ninguém discorda** quanto à impossibilidade de delegação. Mas é pela natureza desses serviços que há consenso quanto à impossibilidade de delegação, não pela redação constitucional (ou não só pela redação constitucional).

Como eu disse, esse raciocínio não é nada consensual.

Para concursos, quando uma questão trazer em seu enunciado algo como “**nos termos da Constituição**”, minha opinião é que, em princípio, devemos seguir o raciocínio que acabo de apresentar. Portanto, em princípio, marcamos verdadeiro para uma questão que diga que “nos termos da Constituição” os serviços postais não podem ser delegados a particulares.

Esse foi, realmente, o gabarito dessa questão (letra “d”). Não teríamos como errar essa questão, porque todos os outros serviços nela listados estão no inciso XII do art. 21, que, expressamente, prevê a possibilidade de delegação.

Então, por que eu estou falando tanto nesse assunto?

Por causa da Lei 9.074/1995, especificamente do seu art. 1º. Vejam sua redação (grifei):

“Art. 1º **Sujeitam-se ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão**, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **os seguintes serviços** e obras públicas de competência da União:

I - (VETADO)

II - (VETADO)

III - (VETADO)

IV - vias federais, precedidas ou não da execução de obra pública;

V - exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações, precedidas ou não da execução de obras públicas;

VI - estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto, precedidos ou não de obras públicas.

VII - **os serviços postais**.

Parágrafo único. Os atuais contratos de exploração de serviços postais celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT com as Agências de Correio Franqueadas - ACF, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão à delegação das concessões ou permissões que os substituirão, prazo esse que não poderá ser inferior a de 31 de dezembro de 2001 e não poderá exceder a data limite de 31 de dezembro de 2002.”

A leitura do parágrafo único desse artigo nos leva a concluir que ele não parece estar se referindo à delegação do serviço postal como um todo, mas só ao serviço diretamente prestado ao público, pelas agências de correios. Esse é que seria passível de delegação.

Mas a verdade é que o *caput* do art. 1º, combinado com o inciso VII desse artigo, é genérico. Para concursos, obriga-nos a afirmar que “nos termos de lei federal” os serviços postais podem ser objeto de delegação (concessão ou, quando couber, de permissão).

É assim que devemos nos orientar.

Nessa questão, o gabarito foi letra “d”.

8 - (CESPE/Analista Judiciário TST/2003) Entre os serviços de competência da União que se sujeitam ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da lei pertinente, incluem-se os serviços postais.

### COMENTÁRIOS

Esse item apenas tem a função de demonstrar o que eu acabei de falar na análise da questão anterior.

Vejam que ele usa a expressão “**nos termos da lei pertinente**”.

É evidente que ele está se referindo ao inciso VII do art. 1º da Lei 9.074/1995, que transcrevi ao final dos comentários à questão anterior.

O item está certo (C).

9 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) No âmbito do serviço público, a noção de serviço adequado abrange as seguintes condições, exceto:

- a) cortesia na sua prestação
- b) atualidade
- c) modicidade nas tarifas
- d) continuidade
- e) gerenciamento participativo

### COMENTÁRIOS

Essa questão trata de um assunto bastante importante para concursos, no que respeita ao tema “serviços públicos”.

Já vimos que não existe uma definição legal de serviço público e que as definições doutrinárias discrepam muito. Apesar disso, a Constituição fala em “**serviço adequado**”, no seu art. 175, parágrafo único, inciso IV (sem definir essa expressão). Por causa dessa menção feita pela Constituição, a Lei 8.987/1995 entendeu por bem estabelecer requisitos mais ou menos genéricos para que um serviço público enquadre-se como “serviço adequado”. Vejam que **não** se trata de

uma **definição** de serviço público. Apenas princípios que devem ser observados para que um serviço seja considerado adequado, o que é importante, porque prestar um serviço adequado é obrigação de toda concessionária ou permissionária.

Tudo o que há sobre serviço adequado em nosso Direito legislado está no art. 6º da Lei 8.987/1995, a saber:

“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.

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

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

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

Minha opinião é que não é necessário decorar todos os princípios citados no § 1º, mas é necessário ter alguma noção de quais são esses princípios.

Mais importantes são os §§ 2º e 3º. Nesses parágrafos, o legislador resolveu tratar de dois dos princípios, definindo “atualidade” (§ 2º) e estabelecendo situações em que a paralisação do serviço não caracteriza quebra da continuidade. Como isso é muito cobrado, voltaremos a esses parágrafos na análise de outras questões.

Voltando à questão, é fácil constatar que as letras “a” a “d” trazem princípios enumerados no § 1º do art. 6º. A letra “e” fala em “gerenciamento participativo”. Isso não integra o conceito de serviço adequado. Gerenciamento participativo seria a exigência, pela lei, de que houvesse participação dos usuários dos serviços no conselho de administração ou outro órgão administrativo da concessionária ou permissionária. Essa exigência não existe (seria um excesso de interferência na autonomia privada, uma vez que a delegatária é pessoa privada, não integrante da Administração).

Gabarito, letra “e”.

10 - (CESPE/Auditor INSS/2003) Toda concessão ou permissão de serviço público pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido em lei específica, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE praticamente reproduz o *caput* do art. 6º da Lei 8.987/1995.

Só foi “inventada” essa história de “conforme estabelecido em lei específica”. Ficou meio estranho, porque a Lei 8.987 diz “conforme estabelecido nesta Lei” (ou seja, nela mesma. Acontece que a Lei 8.987/1995 é uma lei de normas gerais, porque obriga todos os entes federados. Entretanto, tecnicamente, ela é uma lei específica, significando “lei que trata de um único assunto”.

Seja como for, o item, por ser praticamente literal, foi considerado certo.

Item certo (C).

11 - (CESPE/ACE-TCU/2004) Os requisitos do serviço público identificam-se com o conteúdo dos princípios da permanência ou continuidade, da generalidade, da eficiência, da modicidade e da cortesia.

### COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE “escolheu” alguns dos princípios que estão arrolados no § 1º do art. 6º da Lei 8.987/1995. Para o princípio da “continuidade”, apresentou o sinônimo “permanência”, nome usualmente empregado pela doutrina; também, na “modicidade”, não usou a expressão legal, que é “modicidade das tarifas”.

De qualquer forma, nenhum desses fatos, nem o de não ter enumerado todos os princípios que estão no § 1º do art. 6º (lista, aliás, que não é exaustiva), torna o item errado.

Item certo (C).

12 - (ESAF/Analista Comércio Exterior/2002) No âmbito do conceito de serviço público adequado, o requisito referente à modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço, denomina-se:

- a) atualidade
- b) eficiência
- c) desempenho
- d) efetividade
- e) tecnologia

### COMENTÁRIOS

Como eu afirmei antes, é muito comum questões de concursos sobre “serviços públicos” focarem os §§ 2º e 3º do art. 6º da Lei 8.987/1995.

O § 2º do art. 6º é o único que explicita o conteúdo de um dos princípios constantes do § 1º do mesmo artigo, que expressamente integram o conceito de “serviço adequado”. É esta sua redação:

“§ 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.”

Como vemos, o gabarito é letra “a”.

13 - (CESPE/Analista Judiciário TST/Área Administrativa/2003) Serviços públicos adequados, de acordo com a legislação vigente, são os que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, enquanto a generalidade está ligada à melhoria e à expansão do serviço.

## COMENTÁRIOS

Novamente, uma questão sobre os §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei 8.987/1995.

A primeira frase, em que são enumerados os princípios que integram o conceito de “serviço adequado” está certa. Ela reproduz o § 1º do art. 6º.

A segunda frase, que trata especificamente da **atualidade** está errada. Atualidade diz respeito não só à **modernidade** (o que é mais ou menos intuitivo), mas também à **conservação**, à **melhoria** e à **expansão** do serviço (vejam que, pelo menos para mim, **expansão** não parece ter nada a ver com “atualidade”, mas como a Lei diz que tem, então tem).

**Generalidade** não está definido na Lei. A doutrina ensina que generalidade traduz a obrigação de prestar o serviço a todos quantos o solicitem, sem exclusão de populações ou áreas “menos lucrativas”.

Item errado (E).

14 - (CESPE/ Escrivão PF/2002) Considere a seguinte situação hipotética.

Certa empresa era concessionária de serviço público de telefonia. Por motivos técnicos, divulgou, pela imprensa oficial e em veículos de imprensa de grande alcance, que determinadas centrais telefônicas ficariam inoperantes durante algumas horas em dia próximo, a fim de que, nelas, se fizessem serviços de manutenção preventiva.

Nessa situação, a despeito das cautelas adotadas pela empresa, é juridicamente correto afirmar que houve ofensa ao princípio da continuidade dos serviços públicos, o que por sua vez, poderia justificar a aplicação de penalidade à empresa por parte do poder concedente.



## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE leva-nos, prontamente, ao § 3º do art. 6º da Lei 8.987/1995.

Tal dispositivo legal relaciona situações em que a paralisação da prestação do serviço público é justificada, não configurando lesão ao princípio da continuidade.

São três situações: emergência, razões de ordem técnica ou de segurança (como a manutenção periódica, ou reparos preventivos), e inadimplemento do usuário, “considerado o interesse da coletividade” (por causa dessa restrição, por exemplo, uma escola ou um hospital não poderá ter sua energia elétrica “cortada” se deixar de pagar a conta).

A emergência, evidentemente, não pressupõe aviso prévio (se fosse possível aviso prévio, não seria emergência). As outras duas situações, obrigatoriamente, exigem aviso prévio.

Vejamos o dispositivo:

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

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

O caso descrito no item enquadra-se perfeitamente no inciso I do § 3º. Juridicamente, não houve quebra da continuidade, portanto, não é cabível aplicação de sanção por essa paralisação.

Item falso (F).

15 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Denomina-se encampação a retomada do serviço concedido pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público.

## COMENTÁRIOS

Esse item do CESPE lava-nos a estudar um outro ponto importante do assunto “serviços públicos”: os poderes do concedente.

Já vimos que as concessões e as permissões de serviços públicos são espécies de contratos administrativos. Portanto, estão sujeitas às regras gerais aplicáveis aos contratos administrativos em geral, previstas na Lei 8.666/1993, exceto naquilo em que haja disposição específica na Lei 8.987/1995 ou outras leis que veiculem normas gerais sobre concessões e permissões de serviços públicos (a exemplo de alguns poucos artigos, aqui já mencionados, da Lei 9.074/1995).

A nota característica dos contratos administrativos é a existência das denominadas “cláusulas exorbitantes”, nome doutrinário que se reporta aos

poderes ou prerrogativas da Administração que seriam inadmissíveis em relações de Direito Privado, marcadas por horizontalidade jurídica entre os contratantes.

A Lei 8.666/1993 apresenta uma lista (não exclusiva) das mais importantes cláusulas exorbitantes em seu art. 58.

A Lei 8.987/1995 não tem uma lista de cláusulas exorbitantes. No que respeita às concessões e permissões de serviços públicos, geralmente falamos em “poderes do concedente” ou “prerrogativas do poder concedente” para nos reportarmos às particularidades desses contratos, decorrentes do fato de eles serem regidos predominantemente pelo Direito Público.

Em alguns pontos, a Lei 8.987/1995 limita-se a mencionar determinada prerrogativa, sem detalhar seu exercício. Geralmente, quando a Lei 8.987/1995 faz isso é porque aquela prerrogativa está tratada e seu exercício ou seus limites são detalhados na Lei 8.666/1993.

Vejamos, como costumam ser apontados pela doutrina, os “poderes do concedente”, com os respectivos dispositivos da Lei 8.987/1995 referentes a cada qual.

## **PODERES DO CONCEDENTE**

### **1) Poder de inspeção e fiscalização.**

Encontramos referência, principalmente, nos arts. 3º e 30 da Lei:

“Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.”

“Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

### **2) Poder de intervenção.**

O “poder de intervenção” é uma modalidade específica daquilo que a Lei 8.666/1993 chama de “ocupação temporária” ou “ocupação provisória”, uma das cláusulas exorbitantes listadas no art. 58 dessa Lei.

Na Lei 8.987/1995, a **intervenção** está prevista e disciplinada nos arts 32 a 34, que recomendo sejam bem conhecidos:

“Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o **caput** deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.”

Ressalto os seguintes pontos:

- a) A intervenção é ocasionada pela prestação de serviço **inadequado**.
- b) A intervenção é determinada por **decreto**, que deve conter:
  - b.1. Designação do interventor;
  - b.2. Prazo da intervenção;
  - b.3. Objetivos e limites da intervenção;
- c) Não existe intervenção por prazo indeterminado; a Lei, entretanto, não estabelece prazo (nem mínimo nem máximo).
- d) Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no **prazo de trinta dias**, instaurar **procedimento administrativo** para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.
- e) O procedimento administrativo deve ser concluído no prazo de até **cento e oitenta dias**, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.
- f) A intervenção não resulta obrigatoriamente na extinção da concessão. Se não for o caso de extinção, cessada a intervenção a administração do serviço será devolvida à concessionária.

### **3) Poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares.**

A Lei 8.987/1995 apenas menciona de forma indireta a possibilidade de alteração unilateral dos contratos de concessão e permissão.

Na Lei 8.666/1993 há limites objetivos para a alteração quantitativa (referente ao valor do objeto do contrato) e condições para a alteração qualitativa (referente às características e especificações técnicas do objeto do contrato).

Na Lei 8.987/1995, temos apenas a menção o § 4º do art. 9º:

Art. 9º, § 4º – “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

O que fica claro é que deve ser observada a regra geral segundo a qual a modificação unilateral do contrato nunca diz respeito a suas cláusulas econômicas, mas somente a suas cláusulas de execução (também chamadas cláusulas regulamentares ou cláusulas de serviço). Mais do que isso, em qualquer caso, a alteração unilateral de um contrato administrativo, que tenha repercussão no equilíbrio econômico originalmente estabelecido (chamada equação financeira do contrato), obriga ao concomitante restabelecimento, pelo poder público, do equilíbrio econômico-financeiro desse contrato.

#### **4) Poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.**

Só há referência a essa prerrogativa no art. 29, II, da Lei 8.987/1995:

“Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

.....

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;”

Como a Lei 8.987/1995 não traz nenhuma regra específica acerca da aplicação de sanções administrativas à concessionária ou permissionária, penso serem aplicáveis as sanções gerais, previstas nos arts. 86 e 87 da Lei 8.666/1993: multa de mora; multa contratual por inadimplemento ou adimplemento irregular; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, admitida reabilitação depois de, no mínimo, dois anos.

#### **5) Poder de extinguir unilateralmente a concessão antes do término do prazo inicialmente estipulado.**

O assunto “extinção da concessão” (arts. 35 a 39 da Lei 8.987/1995) merece atenção especial para concursos.

São as seguintes as hipóteses de extinção da concessão enumeradas na Lei:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Como veremos na questão seguinte, são hipóteses de extinção unilateral pelo concedente a encampação, a decretação de caducidade, a anulação e a falência,

extinção ou falecimento. O advento do termo não é hipótese de extinção antes do término do prazo (é justamente extinção em decorrência do término do prazo) e a rescisão é a única hipótese de extinção por iniciativa do concessionário ou permissionário, mas exige trânsito em julgado da ação que ele deverá intentar.

Voltando a o nosso item do CESPE, vemos que ele apresenta uma definição de encampação. Encampação está definida no art. 37 da Lei 8.987/1995 nestes termos:

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Como se vê, o item está certo. Não enunciou todas as características da encampação, mas as que ele cita são suficientes para caracterizar o instituto.

Item verdadeiro (V).

16 - (ESAF/Contador Recife/2003) A extinção do contrato de concessão de serviço público por motivo de inexecução contratual denomina-se:

- a) encampação
- b) rescisão
- c) caducidade
- d) anulação
- e) reversão

## COMENTÁRIOS

Aproveito essa questão para tratar mais detidamente da extinção das concessões e permissões de serviços públicos (tudo o que for dito para as concessões vale, também, para as permissões).

Inicialmente, tenham em vista que não existem concessões ou permissões por prazo indeterminado (não existe nenhum contrato administrativo por prazo indeterminado).

Extinta a concessão, passam à propriedade do poder concedente todos os bens reversíveis (esses bens que passam automaticamente à propriedade do poder concedente são previstos em contrato), direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

**Hipóteses de extinção:**

**1) Advento do termo contratual** (também chamada, simplesmente, reversão da concessão):

Os bens reversíveis, especificados no contrato (art. 23, X), passam à propriedade do poder concedente.

O concessionário tem direito a indenização: os investimentos que o concessionário houver realizado nos bens reversíveis e ainda não tenham sido inteiramente depreciados ou amortizados serão a ele indenizados pelas parcelas restantes (quer dizer que só será indenizada a parte não depreciada ou não amortizada). Essa regra tem o objetivo de garantir que o concessionário invista até o fim do contrato, com vistas a assegurar a continuidade e a atualidade do serviço concedido (art. 36).

Essa regra de indenização – serem indenizadas as parcelas não depreciadas ou não amortizadas dos investimentos efetuados nos bens reversíveis – é a regra de indenização comum **a todas as hipóteses de extinção**. As diferenças mais importantes, como veremos, é que, na encampação, a indenização tem que ser prévia, e, na caducidade, a Administração desconta do valor a indenizar os prejuízos causados pela concessionária e as multas por ela devidas.

## **2) Encampação** (art. 37)

É a retomada do serviço pelo poder concedente, sem que haja qualquer vício na concessão ou irregularidade na prestação do serviço pela concessionária.

– Requisitos:

- a) Interesse público superveniente;
- b) **Lei autorizativa** específica;
- c) Pagamento **prévio** da indenização.

## **3) Caducidade** (art. 38 e art. 27)

É a extinção da concessão em razão de **inadimplemento ou adimplemento defeituoso** por parte da concessionária.

Há necessidade de comunicação à concessionária, **antes da instauração do processo administrativo**, dos descumprimentos contratuais que lhe são imputados, dando-lhe prazo para correção.

Se não ocorrer a correção, o processo administrativo será instaurado e, se comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por **decreto** do poder concedente.

Em todas as hipóteses descritas no art. 38, a decretação da caducidade é ato discricionário (a critério do poder concedente, que, alternativamente, poderá aplicar ao inadimplente outras sanções, previstas no contrato). Uma única hipótese de caducidade prevista na Lei 8.987/1995 é ato vinculado: a prevista no art. 27 )“A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente **implicará** a caducidade da concessão”).

**Há indenização** das parcelas não amortizadas ou não depreciadas dos investimentos realizados nos bens reversíveis com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

A indenização **não é prévia**. Além disso, descontam-se do valor a indenizar as multas contratuais e o valor dos danos causados pela concessionária.

**Autorizam a decretação de caducidade** (hipóteses de decretação discricionária, previstas no art. 38):

- a) prestação de serviço **inadequado** ou deficiente;
- b) descumprimento de cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;
- c) **paralisação do serviço**, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;
- d) a concessionária **perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais** para manter a adequada prestação do serviço concedido;
- e) a concessionária **não cumprir as penalidades impostas por infrações**, nos devidos prazos;
- f) a concessionária **não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço**;
- g) a concessionária ser condenada em **sentença judicial transitada em julgado** por **sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais**.

Além desses casos, como eu disse antes, a caducidade será decretada quando ocorrer a transferência da concessão (**subconcessão**) ou do controle societário da concessionária **sem prévia anuência do poder concedente** (art. 27). É a única hipótese prevista na Lei 8.987/1995 de decretação de caducidade vinculada.

#### **4) Rescisão (art. 39)**

A Lei 8.987/1995 somente se refere a **rescisão** para a extinção por iniciativa da concessionária.

A rescisão da concessão decorre do descumprimento de normas contratuais pelo poder concedente e **é sempre judicial**.

Os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, **até a decisão judicial transitada em julgado** (art. 39, parágrafo único), que reconheça o inadimplemento do poder concedente e autorize a concessionária a considerar extinto o contrato pela rescisão.

Como se vê, temos um caso de Inaplicabilidade absoluta da cláusula *exceptio non adimpleti contractus* pela concessionária, diferentemente do que acontece para os demais contratos administrativos, em que o contratado só é obrigado a suportar 90 dias de inadimplência da Administração (Lei 8.666, art. 78, XV), podendo, depois disso, paralisar a execução do contrato (ou seja, opor a da cláusula *exceptio non adimpleti contractus*).

#### **5) Anulação**

A anulação é a extinção do contrato por vício de ilegalidade. Pode ser declarada unilateralmente pelo poder concedente ou pelo Poder Judiciário, desde que provocado. Acarreta a responsabilização de quem houver dado causa à ilegalidade.

**6) falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.**

Não há o que comentar acerca dessa hipótese, salvo que ela reforça enormemente a natureza pessoal (*intuitu personae*) dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Voltando a nossa questão, vemos que ela é bastante singela. Pede, somente, o termo utilizado para definir a “extinção do contrato de concessão de serviço público por motivo de inexecução contratual”.

É claro que a resposta poderia ser caducidade (inexecução pela concessionária) ou rescisão (descumprimento contratual pelo poder concedente). E o pior é que, a meu ver, não há propriamente uma “mais certa”. Há uma “mais comum”, ou “mais provável”, que, evidentemente, é a caducidade. Com efeito, nos contratos de concessão, as obrigações da concessionária são muitíssimo mais numerosas do que as obrigações do poder concedente para com a concessionária. É muito mais provável, muito mais comum, em tese, ocorrer decretação de caducidade do que rescisão.

Vejam que eu não estou justificando a questão. Acho que o elaborador errou, foi descuidado, e a questão poderia ter sido anulada. Apesar disso, apenas tentei explicar as prováveis razões que levaram o gabarito a ser “caducidade”, e não “rescisão”.

Gabarito, letra “c”.

17 - (ESAF/PFN/2004) Em face da inexecução parcial de um determinado contrato de concessão de serviço público, a Administração concedente, observadas as formalidades legais, declarou extinta a concessão, mediante decreto. É correto dizer que a extinção da concessão, em tal caso, se deu por declaração de

- a) encampação, com direito a indenização prévia ao concessionário.
- b) encampação, com direito a indenização posterior ao concessionário.
- c) caducidade, com direito a indenização prévia ao concessionário.
- d) caducidade, com direito a indenização posterior ao concessionário.
- e) rescisão, sem que o concessionário tenha direito a qualquer indenização.

**COMENTÁRIOS**

Nessa questão não há o problema da questão anterior, porque está explícito que a extinção foi feita unilateralmente pela Administração, mediante decreto.



Como vimos, mesmo na caducidade há indenização, mas ela é posterior à apuração dos prejuízos causados, justamente porque, do seu valor, são descontados esses prejuízos e o valor das multas.

Gabarito, letra “d”.

18 - (ESAF/AFRF/2002-2) Não se considera hipótese de caducidade de concessão de serviço público quando

- a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada, conforme os critérios definidores da qualidade do serviço.
- b) a concessionária perder as condições econômicas para manter a adequada prestação do serviço concedido.
- c) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos.
- d) a concessionária descumprir cláusulas regulamentares concernentes à concessão.
- e) a concessionária for condenada, em processo administrativo, por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

## COMENTÁRIOS

Essa questão enumera alguns dos incisos do § 1º do art. 38 da Lei 8.987/1995, em que estão as hipóteses de decretação discricionária de caducidade, e pede a alternativa falsa.

Vejam o dispositivo:

“Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária for condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.”

Que eu tenha visto até hoje, em questões que tratam desse dispositivo – que são questões mais ou menos “decoreba” e que são sempre “marque a errada” – há uma predileção incrível pelo inciso VII.

Nossa questão segue essa “tendência”. A alternativa errada é a letra “e”, porque há necessidade de sentença judicial transitada em julgado que condene a concessionária por sonegação; não basta um processo administrativo.

Gabarito, letra “e”.

19 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) Tratando-se de concessão de serviços públicos, assinale a afirmativa verdadeira quanto à caducidade da concessão.

a) A caducidade pode ser declarada pelo poder concedente ou por ato judicial.

b) Declarada a caducidade, o poder concedente responde por obrigações com os empregados da concessionária.

c) A declaração de caducidade depende de prévia indenização, apurada em processo administrativo.

d) A caducidade pode ser declarada caso a concessionária seja condenada por sonegação de tributos, em sentença transitada em julgado.

e) Constatada a inexecução parcial do contrato impõe-se, como ato vinculado, a declaração de caducidade.

## COMENTÁRIOS

### Alternativa “a”

Para concursos, em princípio, devemos considerar que só existe decretação de caducidade pela Administração, pelo poder concedente.

Nas discricionárias isso é óbvio, porque o judiciário não poderia substituir a Administração no mérito administrativo (art. 38: “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais...”).

Quanto à hipótese de caducidade prevista no art. 27, que é efetuada por um ato vinculado, poderíamos, em tese, pensar na possibilidade de decretação pelo Judiciário. Mas não me parece ser esta a posição doutrinária (não é muito seguro afirmar isso, porque os autores, geralmente, quando tratam da caducidade

simplesmente ignoram o art. 27, ou colocam ele na “vala comum” do art. 38; aliás, parece que o elaborador da questão fez a mesma coisa).

Alternativa errada.

#### **Alternativa “b”**

Essa alternativa contraria o expressamente disposto no art. 38, § 6º, da Lei 8.987/1995. Observem que o dispositivo não contempla nenhuma exceção:

“§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.”

Alternativa errada.

#### **Alternativa “c”**

Já vimos que, na caducidade, a indenização é posterior, conforme o § 4º do art. 38 da Lei 8.987/1995:

“§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, **independentemente de indenização prévia**, calculada no decurso do processo.”

Alternativa errada.

#### **Alternativa “d”**

Essa alternativa afirma o que decorre do inciso VII do § 1º do art. 38 da Lei 8.987/1995, que transcrevi ao comentar a questão anterior.

Alternativa certa. Esta é o gabarito.

#### **Alternativa “e”**

A caducidade por inexecução do contrato, prevista no art. 38, é ato discricionário. Aliás, qualquer enunciado que afirme, genericamente, que a decretação de caducidade é ato discricionário, deve ser considerada verdadeira, porque a única exceção prevista na Lei 8.987/1995 é a hipótese do seu art. 27, e mesmo para esta seria possível haver dúvida.

Alternativa errada.

Gabarito da questão, letra “d”.

20 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) O contrato de concessão de serviço público extingue-se pela rescisão quando a iniciativa de extinção do contrato é do poder concedente, em decorrência de descumprimento das normas contratuais pelo concessionário.

## COMENTÁRIOS

Já vimos que “rescisão” é a expressão específica que a Lei 8.987/1995 usa para referir-se à extinção judicial por iniciativa da concessionária decorrente de descumprimento contratual do poder concedente. Isso está no art. 39:

“Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no **caput** deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.”

Item falso (F).

21 – (ESAF/AFC/STN/2005) A inovação na prestação de serviços públicos no Brasil é a recente legislação sobre PPP – parceria público-privada. Por essa norma, entende-se por concessão patrocinada:

a) a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

b) o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento ou instalação de bens.

c) a concessão comum, abrangida pela Lei nº 8.987/95, que não envolve a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

d) a concessão de serviços ou de obras públicas, regidas pela Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente

ao recebimento da tarifa cobrada pelo usuário, o pagamento de contraprestação do parceiro privado ao parceiro público.

e) o contrato de prestação de serviços ou de obras públicas, nos quais o parceiro privado é patrocinado por um terceiro, entidade financeira, nacional ou internacional, com responsabilidade de pagamento pelo parceiro público.

## COMENTÁRIOS

Essa questão trata de parcerias público-privadas (PPP). Sem dúvida, esse assunto passará a constar dos editais das provas de Administrativo dos mais diversos concursos. Certamente, durante algum tempo, as questões limitar-se-ão à reprodução literal de dispositivos da Lei 11.079/2004, particularmente dos dispositivos que contêm definições.

Essa última afirmação – de que as questões devem concentrar-se nos dispositivos mais básicos ou genéricos da lei, naqueles que estabeleçam definições – foi

confirmada na questão que estamos analisando. Entretanto, como veremos, não o foi nas das provas de APO e EPPGG do MPOG de 2005 (principalmente na de APO). Seja como for, a afirmação de que as questões sobre PPP devem ser quase todas literais, até agora foi confirmada. É muito difícil não ser assim, porque praticamente não existe doutrina sobre PPP, e jurisprudência não existe nenhuma mesmo!

Vou apresentar, abaixo, algumas noções básicas sobre esse assunto, com base, diretamente, na Lei 11.079/2004 (tem que ser assim, porque não há jurisprudência sobre elas, nem os livros tradicionais elaboram doutrinas aprofundadas sobre PPP).

As PPP são modalidades específicas de **contratos de concessão**, instituídas e reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004. Essa é uma lei de normas gerais, por isso, aplica-se a todos os entes federados.

As PPP têm como objetivo atrair o setor privado, nacional e estrangeiro, para investimentos em projetos de infraestrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do País, cujos recursos envolvidos excedem a capacidade financeira do setor público.

A principal estratégia para atrair esses investimentos é, simplificada, assegurar ao denominado “parceiro privado” um retorno mínimo sobre o capital investido. Esse “retorno mínimo” é assegurado por uma “contraprestação” paga ao investidor privado pela Administração (“parceiro público”).

Encampando as lições da doutrina administrativista dominante, a Lei nº 11.079/2005, no seu art. 4º, inciso III, explicita não serem passíveis de delegação, no âmbito das PPP, as funções de regulação, jurisdicional, o exercício do poder de polícia e outras atividades exclusivas do Estado.

Especificamente para a União, está prevista a criação, por decreto, de um **órgão gestor de parcerias público-privadas** federais, com competência para definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada, disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos, autorizar a abertura da licitação, aprovar seu edital e apreciar os relatórios de execução dos contratos (art. 14).

Esse órgão gestor deve remeter ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de PPP (art. 14, § 5º).

Ainda no âmbito federal, a Lei nº 11.079/2005 atribui competência aos ministérios e às agências reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP.

Voltando às regras gerais, cabe registrar que as **concessões comuns** continuam regidas pela Lei nº 8.987/1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto na Lei nº 11.079/2005. Da mesma forma, continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666/1993, e pelas leis que lhe são correlatas, os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum ou PPP.

A Lei define duas espécies de PPP, a saber (art. 2º):

a) **Concessão patrocinada**: é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas descrita na Lei nº 8.987/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, **contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado**.

b) **Concessão administrativa**: é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Não constitui PPP a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/1995, quando **não** envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A regra exposta no parágrafo precedente encontra-se no § 3º do art. 2º, e se aplica a ambas as espécies de PPP. Na minha opinião, não é fácil visualizar o funcionamento da modalidade denominada “**concessão administrativa**”. É certo que se trata de concessão, não só pelo nome, mas porque o *caput* do art. 2º categoricamente afirma que as PPP são contratos de concessão. Todavia, na “concessão administrativa”, a Administração é usuária de serviços prestados pelo parceiro privado. Note-se que a definição legal não é explícita quanto à natureza do serviço prestado pelo parceiro privado à Administração, vale dizer, não está dito que o objeto da “concessão administrativa” seja prestação de **serviço público**. Além disso, não compreendo, com exatidão, o significado de “usuário indireto”. Seja como for, em qualquer modalidade de PPP haverá uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (é possível que na “concessão administrativa” essa contraprestação pecuniária seja simplesmente o pagamento pelos serviços prestados à Administração).

As “**concessões patrocinadas**” em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de **autorização legislativa específica** (art. 10, § 3º), o que por objetivo a redução do risco de desequilíbrio fiscal decorrente das despesas públicas relacionadas à celebração das PPP.

É vedada a celebração de PPP (art. 2º, § 4º):

- 1) cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);
- 2) cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos (o período máximo é de 35 anos); ou
- 3) que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Os contratos de PPP devem conter, além dos elementos constantes dos contratos de concessão comum, previstos no art. 23 da lei nº 8.987/1995, dentre outras, as seguintes cláusulas:

- a) o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

b) a **repartição de riscos** entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

c) os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

d) a prestação, pelo parceiro privado, de **garantias** de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, limitadas a até 10% do valor do contrato, observando-se que, além desse limite, nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor das garantias deverá ser acrescido o valor desses bens; ainda, no caso de **concessão patrocinada** que envolva a execução de obra pública, as garantias exigidas para essa parte específica do contrato são limitadas ao valor da obra.

e) a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público **reter os pagamentos** ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por (art. 6º):

- 1) ordem bancária;
- 2) cessão de créditos não tributários;
- 3) outorga de direitos em face da Administração Pública;
- 4) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;
- 5) outros meios admitidos em lei.

A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada (art. 7º).

As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante (art. 8º):

- 1) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal (o art. 167, inciso IV, veda a vinculação de receitas de **impostos** a fundo, órgão ou despesa, ressalvadas unicamente as hipóteses previstas na própria Constituição);
- 2) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- 3) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- 4) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- 5) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- 6) outros mecanismos admitidos em lei.

Não é obrigatória a previsão de que sejam concedidas garantias da contraprestação do parceiro público ao parceiro privado.

Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída, pelo parceiro privado, uma pessoa jurídica que a lei chamou de “**sociedade de propósito específico**”, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. É vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de propósito específico, exceto na hipótese de aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público, aquisição esta decorrente de inadimplemento de contratos de financiamento (art. 9º, §§ 4º e 5º).

Acredito que essas sejam as disposições mais gerais, e mais prováveis de aparecer em concursos nos próximos tempos.

Voltando a nossa questão, vemos que simplesmente é pedida a definição de **concessão patrocinada**, prevista no art. 2º da Lei e reproduzida acima.

O gabarito é letra “a”.

22 – (ESAF/APO/MPOG/2005) No âmbito do contrato de parceria público-privada, está prevista a criação de uma sociedade de propósito específico. Sobre ela, assinale a afirmativa incorreta.

- a) A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociados no mercado.
- b) A Administração Pública poderá ser titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico.
- c) A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa.
- d) A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração.
- e) A sociedade de propósito específico deverá ser constituída antes da celebração do contrato de parceria público-privada.

## COMENTÁRIOS

Falei sucintamente sobre essa tal de “sociedade de propósito específico” nas linhas gerais sobre as PPP apresentadas nos comentários à questão anterior. Essa questão foi “decoreba” e, sinceramente, tratou de um assunto que eu não julgo assim tão básico, tendo em vista que a ESAF, antes, tinha elaborado uma única questão sobre PPP (a questão anterior, do concurso para AFC/STF)!

Pois bem, a Lei 11.079/2004 exige que o parceiro privado institua uma sociedade com o objetivo específico de “implantar e gerir o objeto da parceria”. Não há muitas regras sobre essas sociedades – todas estão no art. 9º da lei –, e não tenho comentários a fazer sobre elas. Por isso, reproduzo o art. 9º da Lei 11.079/2004 (grifei o que acho mais relevante):



“Art. 9º Antes da celebração do contrato, **deverá** ser constituída sociedade de propósito específico, **incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria**.

§ 1º A **transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública**, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico **poderá** assumir a **forma de companhia aberta**, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica **vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante** das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo **não se aplica** à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público **em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.**”

O parágrafo único do art. 27 da Lei 8.987/1995, referido no § 1º, acima (acerca da transferência de controle da sociedade de propósito específico), assim dispõe (grifei):

“Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

Parágrafo único. **Para fins de obtenção da anuência** de que trata o caput deste artigo o pretendente deverá:

I - **atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal** necessárias à assunção do serviço; e

II - **comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.**”

O gabarito divulgado para essa questão marca letra “b”. O gabarito definitivo desse concurso já foi divulgado, e foi mantida essa questão, com o gabarito letra “b”.

Vejam que a letra “b”, considerada incorreta, afirma que “a Administração Pública poderá ser titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico”.

Realmente, a regra geral, conforme consta do § 4º do art. 9º da Lei 11.079/2004, é a vedação a que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico. Entretanto, vejam que, no § 5º do mesmo artigo, está expressamente prevista uma exceção.

Por isso, a meu ver, é muito forçado considerar errada a afirmativa de que a Administração Pública **poderá** ser titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico. A meu ver, **errada** essa asserção não está, porque a Administração **poderá**, sim, embora em um único caso. Espero que

vocês concordem comigo: se há um caso em que algo possa acontecer, ainda que seja um único caso, não está errado dizer que esse algo **poderá** acontecer! A meu ver, o vocábulo “poderá” assume, aqui, o sentido de “tem a possibilidade de” (ainda que seja uma única possibilidade). Parece que o elaborador da questão pretendeu usar o vocábulo “poderá” no sentido de “tem a faculdade de”. Se esse fosse o único sentido, então ele estaria com a razão, porque não é uma **faculdade** da Administração deter a maioria do capital votante da sociedade de propósito específico. Mas não vejo esse sentido, de “ter a faculdade”, como o sentido que se extrai, naturalmente, da leitura da sentença.

Infelizmente, a questão não foi anulada. É verdade que as outras alternativas, sem dúvida nenhuma, estão absolutamente corretas, e a ESAF, como todos sabem, evita ao máximo anular questões, mesmo em situações piores do que a dessa questão!

Pois bem, a ESAF manteve sua tradição e não anulou a questão. Mas que há um problema de lógica bastante sério em considerar a letra “b” como gabarito, portanto como incorreta, isso há.

O gabarito apresentado para a questão, e mantido após os recursos, foi **letra “b”**.

23 – (ESAF/EPPGG/MPOG/2005) Não se inclui no rol de garantias a serem prestadas pelo Poder Público, previstas em lei para os contratos de parceria público-privada, a seguinte:

- a) instituição de fundos especiais previstos em lei.
- b) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal.
- c) garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.
- d) contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras, controladas ou não pelo Poder Público.
- e) garantia prestada por organismos internacionais.

## COMENTÁRIOS

As garantias que o Poder Público pode oferecer ao parceiro privado estão enumeradas no art. 8º da Lei 11.079/2004 (recomendo que vocês, na medida do possível, decorem esse artigo). É a seguinte a sua redação:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

Essa questão não deixa margem a dúvida. É absolutamente vedada como garantia a contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras que **sejam controladas** pelo Poder Público.

O gabarito da questão é letra “d”.

Com isso, terminamos o importante estudo dos serviços públicos.

## **LISTA DAS QUESTÕES APRESENTADAS**

1 - (ESAF/Analista Compras Recife/2003) Quanto à concessão, permissão e autorização, a celebração de contrato é incompatível em caso de:

- a) permissão de uso ou de serviço.
- b) concessão e permissão.
- c) concessão e autorização.
- d) concessão de serviços públicos.
- e) autorização.

2 - (ESAF/PFN/2003) A permissão de serviço público, nos termos da legislação federal, deverá ser formalizada mediante:

- a) termo de permissão
- b) contrato administrativo
- c) contrato de permissão
- d) contrato de adesão
- e) termo de compromisso

3 - (ESAF/CGU/2004) O que, conceitualmente, é comum entre a concessão, a permissão e a autorização, sob o aspecto jurídico-administrativo, é o fato de terem

- a) a forma de contrato administrativo bilateral e oneroso.
- b) o prazo fixo e peremptório.

- c) por objeto um serviço público.
- d) predominante dose de precariedade.
- e) pressuposto de interesse público.

4 - (CESPE/Papiloscopista PF-Nacional/2004) Incumbe ao poder público, diretamente, a prestação de serviços públicos. A Constituição da República admite que tal prestação também se dê sob regime de concessão ou permissão, mas, nesses casos, sempre mediante licitação.

5 - (CESPE/Agente PF/2002) A Constituição da República exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações, bem como para concessão e permissão de serviços públicos. Na hipótese de licitação para concessão de serviços públicos, se, no certame, aparecerem interessados, mas nenhum for selecionado em decorrência da inabilitação ou da desclassificação, admite-se a dispensa da licitação.

6 - (CESPE/Delegado PF-Regional/2004) A permissão de serviço público, formalizada mediante celebração de contrato de adesão entre o poder concedente e a pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco, tem como características a precariedade e a possibilidade de revogação unilateral do contrato pelo poder concedente.

7 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2000) Na ordem constitucional brasileira, os seguintes serviços públicos podem ser concedidos para a execução por particulares, exceto:

- a) serviços de energia elétrica
- b) navegação aérea
- c) serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens
- d) serviço postal
- e) serviços de transporte rodoviário interestadual

8 - (CESPE/Analista Judiciário TST/2003) Entre os serviços de competência da União que se sujeitam ao regime de concessão ou, quando couber, de permissão, nos termos da lei pertinente, incluem-se os serviços postais.

9 - (ESAF/Especialista em Pol. Públ. e Gest. Gov/MPOG/2002) No âmbito do serviço público, a noção de serviço adequado abrange as seguintes condições, exceto:

- a) cortesia na sua prestação
- b) atualidade
- c) modicidade nas tarifas
- d) continuidade
- e) gerenciamento participativo

10 - (CESPE/Auditor INSS/2003) Toda concessão ou permissão de serviço público pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido em lei específica, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

11 - (CESPE/ACE-TCU/2004) Os requisitos do serviço público identificam-se com o conteúdo dos princípios da permanência ou continuidade, da generalidade, da eficiência, da modicidade e da cortesia.

12 - (ESAF/Analista Comércio Exterior/2002) No âmbito do conceito de serviço público adequado, o requisito referente à modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço, denomina-se:

- a) atualidade
- b) eficiência
- c) desempenho
- d) efetividade
- e) tecnologia

13 - (CESPE/Analista Judiciário TST/Área Administrativa/2003) Serviços públicos adequados, de acordo com a legislação vigente, são os que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, enquanto a generalidade está ligada à melhoria e à expansão do serviço.

14 - (CESPE/ Escrivão PF/2002) Considere a seguinte situação hipotética.

Certa empresa era concessionária de serviço público de telefonia. Por motivos técnicos, divulgou, pela imprensa oficial e em veículos de imprensa de grande alcance, que determinadas centrais telefônicas ficariam inoperantes durante

algumas horas em dia próximo, a fim de que, nelas, se fizessem serviços de manutenção preventiva.

Nessa situação, a despeito das cautelas adotadas pela empresa, é juridicamente correto afirmar que houve ofensa ao princípio da continuidade dos serviços públicos, o que por sua vez, poderia justificar a aplicação de penalidade à empresa por parte do poder concedente.

15 - (CESPE/Min. Público do TCU/2004) Denomina-se encampação a retomada do serviço concedido pelo poder concedente, durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público.

16 - (ESAF/Contador Recife/2003) A extinção do contrato de concessão de serviço público por motivo de inexecução contratual denomina-se:

- a) encampação
- b) rescisão
- c) caducidade
- d) anulação
- e) reversão

17 - (ESAF/PFN/2004) Em face da inexecução parcial de um determinado contrato de concessão de serviço público, a Administração concedente, observadas as formalidades legais, declarou extinta a concessão, mediante decreto. É correto dizer que a extinção da concessão, em tal caso, se deu por declaração de

- a) encampação, com direito a indenização prévia ao concessionário.
- b) encampação, com direito a indenização posterior ao concessionário.
- c) caducidade, com direito a indenização prévia ao concessionário.
- d) caducidade, com direito a indenização posterior ao concessionário.
- e) rescisão, sem que o concessionário tenha direito a qualquer indenização.

18 - (ESAF/AFRF/2002-2) Não se considera hipótese de caducidade de concessão de serviço público quando

- a) o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada, conforme os critérios definidores da qualidade do serviço.
- b) a concessionária perder as condições econômicas para manter a adequada prestação do serviço concedido.
- c) a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos.

d) a concessionária descumprir cláusulas regulamentares concernentes à concessão.

e) a concessionária for condenada, em processo administrativo, por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais.

19 - (ESAF/Fiscal Trabalho/2003) Tratando-se de concessão de serviços públicos, assinale a afirmativa verdadeira quanto à caducidade da concessão.

a) A caducidade pode ser declarada pelo poder concedente ou por ato judicial.

b) Declarada a caducidade, o poder concedente responde por obrigações com os empregados da concessionária.

c) A declaração de caducidade depende de prévia indenização, apurada em processo administrativo.

d) A caducidade pode ser declarada caso a concessionária seja condenada por sonegação de tributos, em sentença transitada em julgado.

e) Constatada a inexecução parcial do contrato impõe-se, como ato vinculado, a declaração de caducidade.

20 – (CESPE/Delegado PF-Nacional/2004) O contrato de concessão de serviço público extingue-se pela rescisão quando a iniciativa de extinção do contrato é do poder concedente, em decorrência de descumprimento das normas contratuais pelo concessionário.

21 – (ESAF/AFC/STN/2005) A inovação na prestação de serviços públicos no Brasil é a recente legislação sobre PPP – parceria público-privada. Por essa norma, entende-se por concessão patrocinada:

a) a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

b) o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento ou instalação de bens.

c) a concessão comum, abrangida pela Lei nº 8.987/95, que não envolve a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

d) a concessão de serviços ou de obras públicas, regidas pela Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente

ao recebimento da tarifa cobrada pelo usuário, o pagamento de contraprestação do parceiro privado ao parceiro público.

e) o contrato de prestação de serviços ou de obras públicas, nos quais o parceiro privado é patrocinado por um terceiro, entidade financeira, nacional ou internacional, com responsabilidade de pagamento pelo parceiro público.

22 – (ESAF/APO/MPOG/2005) No âmbito do contrato de parceria público-privada, está prevista a criação de uma sociedade de propósito específico. Sobre ela, assinale a afirmativa incorreta.

- a) A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociados no mercado.
- b) A Administração Pública poderá ser titular da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico.
- c) A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa.
- d) A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração.
- e) A sociedade de propósito específico deverá ser constituída antes da celebração do contrato de parceria público-privada.

23 – (ESAF/EPPGG/MPOG/2005) Não se inclui no rol de garantias a serem prestadas pelo Poder Público, previstas em lei para os contratos de parceria público-privada, a seguinte:

- a) instituição de fundos especiais previstos em lei.
- b) vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal.
- c) garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.
- d) contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras, controladas ou não pelo Poder Público.
- e) garantia prestada por organismos internacionais.