FUNDAÇÃO
ESCOLA DE GOVERNO
DE MATO GROSSO DO SUL
ESCOLAGOV - MS

DIREITO PÚBLICO

SAD
Secretaria de Estado
de Administração e Desburocratização

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO DE MATO GROSSO DO SUL
ESCOLAGOV

DIREITO PÚBLICO

CAMPO GRANDE -
MS 2019

SECRETARIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO E DESBUROCRATIZAÇÃO

FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO DE MATO GROSSO DO SUL

Av. Mato Grosso, 5778, Bloco 2, Parque dos Poderes. CEP: 79.031-001 •
Campo Grande - MS
Fone/fax: (67) 3321- 6104

REINALDO AZAMBUJA SILVA
Governador do Estado de Mato Grosso do Sul

ROBERTO HASHIOKA SOLER
Secretário de Estado de Administração e Desburocratização

WILTON PAULINO JÚNIOR
Diretor-Presidente
Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul

SILVANA MARIA MARCHINI COELHO
Diretoria de Educação Continuada
Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul

Permitida a reprodução total ou parcial desde que não se destine para fins comerciais e que seja citada a fonte

Prezado(a) aluno(a):

É com satisfação que a Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul conta com a sua participação nas ações de qualificação e capacitação profissional.

A busca por novos conhecimentos é condição essencial para o crescimento sustentável das pessoas e das organizações, fazendo com que o desenvolvimento dependa cada vez mais do investimento no ser humano, visando o aprimoramento de suas competências.

É com esse foco que a administração estadual implementa o modelo de gestão de pessoas com foco na gestão por competências, que pressupõe o alinhamento das competências individuais aos objetivos organizacionais.

Assim nossos cursos têm por finalidade aprimorar conhecimentos, aperfeiçoar habilidades gerando novas atitudes, melhorando a eficiência e a qualidade do serviço público prestado ao cidadão.

Esta apostila é mais uma ferramenta para auxiliá-lo durante o curso, que será uma importante etapa para seu desenvolvimento profissional.

Cientes de que este trabalho depende do seu envolvimento, desde já agradecemos seu esforço e confiança.

Sucesso!

WILTON PAULINO JUNIOR
Diretor-Presidente
Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul

FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO DE MATO GROSSO DO SUL
ESCOLAGOV - MS

ORIENTAÇÕES AOS PARTICIPANTES

Prezado(a) participante,

É com satisfação que oferecemos a você mais um curso da ***Fundação Escola de Governo de Mato Grosso do Sul*** **(ESCOLAGOV-MS).**

A seguir apresentaremos algumas informações básicas a respeito de como proceder em determinadas situações do seu dia-a-dia.

Nossa equipe está à disposição para qualquer outro esclarecimento quanto às ações disponíveis na instituição.

Sucesso a todos!

1.1. Quem pode fazer os cursos da Escola de Governo?

Os cursos do catálogo da Escolagov-MS são destinados prioritariamente aos servidores e agentes públicos estaduais, podendo, no entanto, caso a atividade esteja prevista em algum programa de parceria, ter suas vagas destinadas também aos servidores municipais e aos federais ou a indicações da sociedade civil.

1.2. Qual é o custo dos cursos do Catálogo da ESCOLAGOV-MS para os servidores?

Os cursos geralmente são gratuitos, tanto para servidores efetivos ou comissionados, podendo, no entanto, ocorrer algum tipo de cobrança caso se verifique a necessidade de complementação de seus custos devido à insuficiência orçamentária.

1.3. Qual é a carga horária dos cursos?

A carga horária dos cursos será de acordo com a área (turmas abertas) e a demanda das instituições (turmas fechadas). Os instrutores convocados serão comunicados com antecedência para adequar a carga horária de acordo com a demanda.

1.4. Onde encontrar informações sobre a programação de cursos e inscrições?

No site da Escola de Governo www.escolagov.ms.gov.br clique no banner ***Novo Portal do Aluno da Escolagov***, ao abrir a nova janela aparecerá o portal do aluno e você poderá fazer o seu login, que é sempre o seu CPF e senha escolhida, quando do ato do seu cadastro, dentro do seu perfil de aluno, encontrará uma lista com os cursos e respectivas turmas disponíveis. Caso não tenha cadastro, preencha o nosso formulário, recebe sua senha temporária no e-mail que você cadastrou, retorne ao site do aluno, entre com seu CPF e senha temporária, altere para a sua senha de preferência e então faça a inscrição no curso pretendido com a devida justificativa.

1.5. Quais são as regras para a participação nos cursos?

Para a participação nos cursos, devem ser observadas as seguintes regras:

- A frequência mínima exigida para certificação é de 75% da carga horária total dos cursos.
- Somente as faltas nas disciplinas transversais podem ser justificadas e o (a) servidor(a) será orientado(a) para fazer a disciplina em outro curso. O cumprimento da carga horária destinada aos temas transversais é obrigatório para a certificação.
- Caso o(a) servidor(a) já tenha participado da disciplina transversal no ano corrente, deverá informar a coordenação do curso, por escrito, quando e em qual curso cumpriu a carga horária.
- Em caso de desistência do curso, o(a) servidor(a) deverá imprimir o **Formulário de Justificativa da Desistência**, encontrado no site www.escolagov.ms.gov.br, preenchê-lo, solicitar a assinatura da chefia imediata e entregar na Fundação Escola de Governo. Sem esse procedimento o(a) servidor(a) só será selecionado quando houver vagas não preenchidas.
- Em caso de desistência em até 03 (três dias) antes do início do curso, o(a) servidor(a) **não** precisa apresentar uma justificativa formal, **mas** deverá entrar em contato com a coordenação do curso para informar a desistência. Caso não faça a comunicação, incidirá as penalidades de desistente sem justificativa.
- O certificado será expedido em até 30 dias após a conclusão do curso e o(a) servidor(a) poderá retirá-lo na sede da ESCOLAGOV-MS.
- A avaliação da aprendizagem será processual e definida pelo(a) instrutor(a) no plano de curso. Em alguns cursos o aproveitamento dos(as) participantes será avaliado mediante uma média final.
- Os dirigentes dos órgãos públicos serão informados a respeito do aproveitamento que seus respectivos servidores obtiverem nos cursos.

1.6. Como obter o material didático (apostilas, livros, textos) utilizados nos cursos?

As apostilas e textos ficam disponibilizados no site www.escolagov.ms.gov.br e, para obtê-los, basta acessar seu cadastro , clique no banner **Cursos Escolagov**, digite o *login* com o seu CPF e senha, na guia "Cursos", acesse o *link* "Visualizar Matrícula", onde encontrará o link para baixar o material do curso.

Em alguns casos, o instrutor poderá indicar o material didático que deverá ser adquirido pelo aluno.

FUNDAÇÃO
ESCOLA DE GOVERNO
DE MATO GROSSO DO SUL
ESCOLAGOV - MS

Curso de Direito Público

20 Horas

Apostila

Elaborada por: Tiago Andreotti e Silva

Fundação Escola de Governo do Estado de Mato Grosso do Sul

Sumário

Introdução – Direito Público 11
Parte I – A Estrutura do Estado Brasileiro 12
Capítulo 1 –O Estado e o Sistema Jurídico Brasileiro 12
1. Teoria da Constituição e o Estado Democrático de Direito 12
A. O exercício do Poder na Europa e a criação de limites 12
B. O Judicial Review nos EUA 14
C. O Estado Democrático de Direito 15
D. O Conceito de Constituição 16
E. Atividade: Estado e Constituição – como funciona o Brasil? 17
2. Os Direitos Fundamentais e a Administração Pública – Limites Constitucionais ao Exercício do Poder Estatal 17
A. A alteração da Constituição e os seus limites – processo legislativo e 17
cláusulas pétreas 17
B. Direitos fundamentais – limitações ao poder público 20
C. Atividade – Discussão 27
Capítulo 2 – Organização do Estado e Princípios da Administração Pública 28
1. Organização do Estado 28
A. A Função Estatal e os Três Poderes 29
B. O Poder Executivo e a Administração Pública 29
2. Os Estados Membros no Ordenamento Jurídico Brasileiro 35
A. As Competências dos Estados Membros 36
B. Atividade: A Estrutura Administrativa do Estado de Mato Grosso do Sul 37
3. O Interesse Público 38
4. Regime Jurídico-Administrativo e Princípios da Administração Pública 39
A. Legalidade 42

B. Finalidade 43
C. Razoabilidade e Proporcionalidade 43
D. Motivação 44
E. Impessoalidade 45
F. Moralidade 45
G. Publicidade 46
H. Eficiência 47
I. Atividade - Discussão 47
Capítulo 3 – Processo Administrativo 47
1. Processo Administrativo – Considerações Gerais 48
A. O Ato Administrativo – Introdução 48
B. Noções do Processo Administrativo 50
C. Espécies de Processo Administrativo 51
D. O Devido Processo Legal 52
E. Atividade - Discussão 56
2. Processos Administrativos: Questões Práticas 56
A. Defesa Técnica 56
B. Provas no Processo Administrativo 57
C. Motivação da Administração 60
D. Recursos Administrativos 61
E. Processo Administrativo Disciplinar – MS 63
F. Atividade - Discussão 64
Parte 2 – Financiamento, Planejamento, Despesas e Contratações Estatais 64
Capítulo 4 – Arrecadação e Despesas Estatais 64
1. Noções de Direito Tributário 64
A. O Conceito de Tributo 64
B. Espécies de Tributo 65
C. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar 71
D. Atividade – Discussão 75
2. Noções de Direito Financeiro 75
A. Receitas Públicas 75

B. Despesas Públicas 76
C. Orçamento 79
D. Crédito Público 81
E. Atividade – Discussão 83
Capítulo 5 – Licitações e Contratos Administrativos 83
1. A Licitação: Objetivo e Princípios Norteadores 84
A. Competitividade 85
B. Legalidade 86
C. Isonomia, Impessoalidade e Igualdade 87
D. Moralidade 89
E. Vinculação ao Instrumento Convocatório 89
F. Julgamento Objetivo 89
2. Fases da Licitação 90
3. Modalidades Licitatórias 91
A. Concorrência 91
B. Tomada de Preços 91
C. Convite 92
D. Concurso 92
E. Leilão 92
F. Pregão 93
G. Consulta 93
4. Contratação Direta 93
A. Licitação Dispensada 94
B. Licitação Dispensável 94
C. Licitação Inexigível 95
5. O Contrato Administrativo – Noções Gerais 96
A. Cláusulas Exorbitantes 97
B. Equilíbrio Econômico-Financeiro 98
6. Atividade – Discussão 99
Bibliografia 99

Introdução – Direito Público

Direito Público é o ramo do direito que

> [...] se ocupa de interesses da Sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela ideia de função, de dever de atendimento do interesse público.[1]

Os interesses públicos, por definição, são encarnados pelo Estado, que é controlado e limitado por normas de vários ramos do Direito, como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Tributário e o Direito Financeiro.

Tendo em vista que o curso é de Direito Público, é necessário que, ao final, os alunos tenham uma visão geral do funcionamento estatal, o que será feito ao longo dos capítulos da presente apostila, e durante as aulas expositivas do curso. Em linhas gerais, cada capítulo corresponderá a uma aula.

Para se ter essa visão geral da atividade estatal, é necessário começar entendendo a estrutura do Estado e os limites constitucionais à atividade estatal, incluindo uma breve evolução histórica da formação do constitucionalismo e o papel do direito na fixação de tais limites. Isso será realizado neste capítulo.

Após fixadas as balizas constitucionais e explicado o funcionamento de um Estado de Direito, faz-se necessário adentrar na organização do Estado brasileiro, com o estudo dos princípios do direito administrativo, dos principais aspectos da estrutura administrativa do estado brasileiro, e finalmente deve ser dada uma atenção à competência dos Estados Federados brasileiros, em especial o Estado de Mato Grosso do Sul, o que será feito no capítulo 2.

O capítulo 3, por sua vez, analisa o processo administrativo, instrumento fundamental para o Direito Público. Esses três capítulos servem como base para se ter uma visão geral da estrutura do Estado, finalizando a primeira parte do curso.

A segunda parte do curso, que compreende os capítulos 4 e 5, tratam de noções gerais sobre as regras que delimitam a função arrecadatória do Estado e os limites para a realização de gastos.

O capítulo 4 é dividido em duas partes, fornecendo noções gerais de Direito Tributário (arrecadação) e Direito Financeiro (planejamento e realização de despesas).

Finalmente, o capítulo 5 trata de licitações e contratos administrativos, que são as regras específicas que devem ser observadas para que o Estado possa contratar e atender os interesses públicos que deve resguardar.

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 27.

Parte I – A Estrutura do Estado Brasileiro

Capítulo 1 –O Estado e o Sistema Jurídico Brasileiro

O primeiro capítulo visa fornecer ao aluno noções gerais da ideia de Estado e dos limites do exercício do Poder Estatal por meio do uso da Constituição. A primeira parte do capítulo explica a evolução da ideia de Estado e do surgimento do Constitucionalismo, enquanto a segunda parte trata de alguns limites ao exercício do Poder Estatal dentro do sistema jurídico brasileiro.

1. Teoria da Constituição e o Estado Democrático de Direito

Atualmente, na maioria dos sistemas jurídicos ocidentais, a Constituição é considerada como o ápice do sistema jurídico, devendo todas as outras normas legais a ela se subordinarem. No entanto, nem sempre foi assim, e uma breve revisão histórica do desenvolvimento da teoria da constituição e de sua utilização na Europa e nos Estados Unidos nos ajuda a compreender a sua função dentro de um Estado de Direito, como é o Brasil.

A. O exercício do Poder na Europa e a criação de limites

Jean Bodin, em 1576, em seu livro Seis Livros da República, teorizava sobre o poder absoluto do Rei. Para tal autor o poder do Rei era absoluto pois cabia a ele, Rei, realizar todos os atos como legislar, declarar guerra, decidir controvérsias entre súditos, tributar e nomear magistrados.[2] Nessa teoria, o poder absoluto não era ilimitado, pois o Rei não podia mudar as regras de sucessão ao poder, e tampouco alienar os bens da coroa.[3] Em que pese a decisão final de tais assuntos ser do Rei, este era auxiliado por outros órgãos, como assembleias e magistrados.

Gilmar Mendes explica que

> O núcleo duro da soberania já não está disponível para os súditos, acha-se subtraído das forças políticas ordinárias. E aqui já se encontra "a primeira grande ideia que está na origem da constituição dos modernos.[4]

Apesar da concepção teórica do poder absoluto do Rei existente a época, as disputas políticas sempre existiram, e as concepções teóricas, de certa forma, as acompanhavam, seja para justificar mudanças, seja para explicá-las. Em 1649 o Rei Carlos I da Inglaterra, em decorrência de disputas pelo poder, foi morto, e logo em seguida, em 1651, Hobbes escreveu sua obra O Leviatã, cuja doutrina

> se afasta do pensamento de Bodin neste passo e assume feitio contratualista. Os indivíduos, para salvar as suas vidas e preservar os seus bens, teriam instituído um poder soberano comum, que lhes deveria proteger a existência e o desfrute da propriedade e a quem entregariam os seus amplos direitos, de que dispunham no estado de natureza.[5]

[2] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 40.

[3] Ibid.

[4] Ibid.

[5] Ibid., p. 41.

Estado da Natureza

O estado da natureza é "onde não há governo exercendo qualquer poder sobre as pessoas como ocorre nas sociedades políticas, pois ainda que naturalmente o homem não devesse prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses (II, § 6), não há uma lei conhecida por todos ou imposta pelos homens para que sirva de parâmetro. Cada um está livre para decidir suas ações e colocar a disposição tudo que possui da forma que achar correto ou conveniente (II, § 4), sem estar vinculado a nenhuma outra vontade ou permissão para agir de tal forma." (NETTO, Adyr Garcia Ferreira. Do estado de natureza ao governo civil em John Locke. Revista de Direito Público, Londrina, v.2, n.2, p. 75-90, mai./ago. 2007. p. 77).

Observa-se que a doutrina Hobbesiana é de caráter contratual, ou seja, a sociedade, visando afastar-se do estado da natureza, decidem renunciar aos seus direitos naturais e se submeter a um soberano que promoverá a paz, assegurando que todos respeitem o contrato social.[6]

Em 1689 o poder do Rei é limitado pela Bill of Rights, que o proibiu de legislar autonomamente, impor tributos, bem como convocar e manter o exército sem autorização parlamentar.[7] Aqui pode-se vislumbrar o início de uma separação de poderes, pois o Executivo, que detinha todo o poder, passa a ser controlado pelo parlamento.

Nesse período, John Locke publicou o Segundo Tratado do Governo Civil (1690). Para ele,

> no estado de natureza, os indivíduos já eram capazes de instituir a propriedade, segundo os ditames da lei natura, mas, para preservá-la, não poderiam prescindir de estabelecer uma sociedade política. Esta tem em mira "o desfrute da propriedade em paz e segurança. O poder, então, haveria de ser exercido para o bem geral da comunidade, buscando garantir condições propícias à paz e ao gozo da propriedade.[8]

Para ele, portanto, o objetivo do estado era a proteção da propriedade. Para tanto, Locke defende a moderação do exercício dos poderes, evitando-se a assimilação dos poderes do parlamento pelo executivo, e dos poderes executivos pelo parlamento.[9] Em Locke se inicia, portanto, o embrião da ideia de separação dos poderes.

Tal ideia se desenvolve e no século seguinte (XVIII), Montesquieu publica, em 1748, sua obra O Espírito das Leis, onde defende a ideia de uma Constituição que limite o abuso de poder e a separação do exercício do poder entre o Executivo, Legislativo e Judiciário.[10] Separando-se os poderes em pessoas distintas, impede-se a concentração do poder e o seu abuso, tendo em vista o controle realizado pelos outros poderes.

Até esse momento a separação de poderes e o seu exercício era voltado tanto contra o soberano quanto contra o povo. Tal concepção vem a mudar somente com as ideias de Rousseau,

[6] YAMAUTI, Nilson Nobuaki. A teoria política hobbesiana. Revista Urutágua, Maringá, n. 1, mai. 2001.
[7] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.
[8] Ibid., p. 41.
[9] Ibid., p. 42.
[10] Ibid., p. 43.

elencadas em sua obra Contrato Social, publicada em 1762, onde sustenta que o poder pertence diretamente ao povo.[11]

Rousseau sustenta que

> Pelo pacto social, os indivíduos se transformam em corpo político, renunciando à liberdade natural, mas forjando a liberdade civil, que consistira "na garantia de estarem [os indivíduos] governados por uma lei genérica, fruto da totalidade do corpo soberano."[12]

Sendo a soberania do povo, poderia o povo, quando necessário, retomar o poder, não sendo, portanto, a Constituição um limite ao seu exercício, mas servindo tão somente para delimitar os poderes instituídos.[13] Nessa perspectiva, o Poder Legislativo, como representante do povo, passa a ser ilimitado.

Como todo poder ilimitado é passível de abuso, conforme as ideias de Montesquieu, no final do Século XIX passou-se a explorar outras formas de controle do poder, principalmente diante de abusos contra direitos humanos.[14] Assim, a ideia de uma Constituição como norma suprema, onde os riscos para democracia eram pequenos e onde se protegia os direitos humanos passou a tomar forma.[15]

Essa evolução de ideias sobre o exercício do poder político traduz a evolução do próprio Estado, e da criação de sistemas legais. Em linhas gerais, ao longo desse período o poder político se enfraqueceu nas mãos dos reis, criando-se sistemas de controle primeiramente para a proteção da vida e da propriedade, para então passá-lo para as mãos do povo. Assim, o constitucionalismo é criado para controlar os próprios representantes do povo.

B. O Judicial Review nos EUA

Diferentemente do que ocorreu na Europa, nos EUA não havia uma desconfiança do Executivo, uma vez que o presidente era eleito. No entanto, havia uma preocupação com a abrangência do Poder Legislativo, de forma que, desde o início, o caminho escolhido pelos americanos foi o equilíbrio dos três Poderes, com mecanismos para se evitar o abuso do poder frente a minorias.[16]

A ideia da supremacia da Constituição, portanto, sempre existiu nos EUA. O que não existia era o mecanismo para o exercício de tal ideia. Sua materialização ocorreu com o desenvolvimento da doutrina do judicial review, que era basicamente o uso da Constituição para a solução de pendências pelo Judiciário, que passou a utilizá-la para evitar a aplicação de normas

[11] Ibid., 44.
[12] Ibid.
[13] Ibid.
[14] Ibid., p. 47.
[15] Ibid., p. 47-48.
[16] Ibid., p. 48.

que não estivessem de acordo com ela.[16] O judicial review foi um mecanismo criado pelo próprio Judiciário, pois não há previsão de seu uso na Constituição Americana.

A Suprema Corte, em 1803, no caso Marbury v. Madison, afirmou o seu poder em declarar as inconstitucionalidades de leis criadas pelo Congresso Nacional, colocando-se superior na interpretação da Constituição, e, de certa forma, acima do próprio Poder Legislativo.[17]

Portanto, a doutrina do judicial review se assenta nas seguintes premissas:

a) A Constituição é concebida para ser a lei principal do país;
b) cabe ao Judiciário a função de interpretar e aplicar a Constituição nos casos trazidos à sua apreciação, podendo recusar valia ao ato que infringe a Constituição;
c) a interpretação judicial é final e prepondera sobre a avaliação dos demais poderes.[18]

Em linhas gerais, essas são as bases históricas de pensamento que levaram à estrutura do Estado moderno.

C. O Estado Democrático de Direito

O Estado moderno possui as seguintes características:

> O Estado possui uma ordem administrativa e legal que pode ser alterada por legislação, pela qual as atividades do pessoal administrativo, que também são controlados por regulações, são orientadas. Esse sistema de ordem sua autoridade não só sobre os membros do estado, [...] mas também sobre todas as ações na área de sua jurisdição. [...] Além disso, hoje, o uso da força é considerado legítimo somente quando é permitido pelo estado ou realizado por ele.[19]

Max Weber define o Estado como

> Uma organização política compulsória com operação contínua (politischer Anstaltsbetrieb) será chamada de "estado" na medida em que seus servidores consigam, com sucesso, sustentar o monopólio do uso legítimo de força física na aplicação de sua ordem.[20]

O conceito de Estado de Direito, por sua vez, corresponde à desvinculação da autoridade do Estado da autoridade do governante, bem como da autoridade da própria população sobre a qual o poder do Estado é exercido.[21]

Como o Estado passa a ter a sua própria autoridade, a fonte de sua legitimidade passa, nos termos de Max Weber, a ser baseada na racionalidade, impondo a necessidade de regras e

[16] Ibid., p. 49.
[17] Ibid., p. 51-52.
[18] Ibid., p. 52.
[19] WEBER, Max. Economy and Society. University of California Press, 1978. p. 56 (tradução livre pelo Autor).
[20] Ibid.
[21] ANDREOTTI, Tiago. Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions. Hart, 2017. p. 14.

processos que governarão a sociedade por meio de determinações objetivas.[22] A vontade subjetiva e arbitrária de determinados homens é excluída, e aqueles que exercem o poder podem até ser punidos se agirem de maneira arbitrária, em desconformidade com as regras que devem ser seguidas para se governar o Estado.[24]

O exercício do poder estatal, mesmo que baseado na racionalidade, para que seja legítimo, precisa ser justificado e aceito pela população que será por ele controlada. Um dos meios de se justificar o exercício do poder estatal é por meio da democracia, ou seja, da eleição dos que exercem o poder.

Portanto, uma organização política que mantenha o monopólio legítimo do uso da força, por meio de regras e processos objetivos, onde quem estabelece e executa tais regras são eleitos pelo povo, é um Estado Democrático de Direito.

Constituições são criadas em determinadas épocas, por meio de pactos políticos, e servem como o ápice do sistema de regras e procedimentos que guiam o exercício do Poder Estatal, podendo servir como mecanismo de controle para a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Considerando que em tais formas de organização social o exercício do poder deve ser racional, o descumprimento da Constituição, sem um rompimento da ordem estabelecida (revolução), não é legalmente permitido.

D. O Conceito de Constituição

O que é uma Constituição?

Segundo a doutrina nacional, a Constituição pode ser vista tanto por seu sentido substancial (ou material), como por seu sentido formal.

Em seu aspecto material,

> [A] Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. [...]
> É a Constituição que – além de instituir órgãos supremos e regular-lhes as competências, a par de traçar "o procedimento com que se hão de superar os conflitos que surjam dentro da comunidade" – deverá estabelecer "os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, e não só da vida estatal em sentido estrito. Positiva princípios e critérios para estabelecer e aplicar as normas do ordenamento. Ordena todas as esferas de vida essenciais à convivência."[23]

No sentido formal,

> A Constituição [...] é o documento escrito e solene que positiva as normas jurídicas superiores da comunidade do Estado, elaboradas por um processo constituinte

[22] Ibid.

[24] Ibid.

[23] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56-57.

específico. São constitucionais, assim, as normas que aparecem no Texto Magno, que resultam das fontes do direito constitucional, independentemente do seu conteúdo.[24]

Para fins de discussão no presente curso, devemos considerar a Constituição em seu sentido formal, tendo em vista que as limitações constitucionais ao exercício do poder estatal vão além da mera organização dos órgãos supremos estatais, passando por vários assuntos que, em que pese estarem fora do núcleo duro do que é considerado materialmente constitucional, no exercício do poder constituinte que ensejou a Constituição de 1988, foram alçados a um status constitucional.

E. Atividade: Estado e Constituição – como funciona o Brasil?

Na primeira parte do capítulo 1 discutimos a evolução do pensamento sobre o Estado e a evolução de sua estruturação, chegando ao Estado moderno, e analisamos a função de controle da Constituição.

Com base na sua experiência na administração pública, os alunos, em grupos, deverão discutir o papel da Constituição Brasileira de 1988 na limitação do exercício do poder pelos governantes e apresentar isso em sala.

2. Os Direitos Fundamentais e a Administração Pública – Limites Constitucionais ao Exercício do Poder Estatal

O objetivo da segunda parte do capítulo 1 é a análise, no contexto brasileiro, da estrutura dos limites constitucionais ao exercício do poder estatal. Tais limites possuem duas vertentes, a processual, e a material.

A processual corresponde ao processo de alteração da Constituição, enquanto a material consiste nos direitos e liberdades por ela garantidos que impedem o Estado de exercer o poder abusivamente. Passamos a análise de cada uma delas.

A. A alteração da Constituição e os seus limites – processo legislativo e cláusulas pétreas

Constituições podem ser alteradas sem que haja o rompimento com a ordem jurídica vigente, desde que haja previsão constitucional para a sua alteração. Isso permite uma evolução contínua das regras que governam a sociedade, por meios legais legítimos, garantindo-se segurança nas relações entre o Estado e o seu povo.

Cada Constituição tem as suas regras de reforma, que podem ser flexíveis, quando o processo de alteração da Constituição é o mesmo da criação de leis, ou rígida, quando o procedimento é mais complexo que o de criação de leis comuns.[25]

[24] Ibid., p. 57.

[25] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118-119.

Mesmo havendo a possibilidade de reforma, dependendo das regras de determinada Constituição, é possível que um núcleo de direitos e garantias não possa ser alterado. Essa ideia de imutabilidade de certos direitos vai ao encontro do que foi discutido na seção anterior, sobre o papel da Constituição em proteger a população e as minorias contra o abuso de poder por parte do Estado. A esses direitos damos o nome de cláusulas pétreas.

i. O Processo Legislativo

A Constituição Federal dispõe sobre os requisitos processuais para sua alteração:

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
> II- do Presidente da República;
> III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.
> § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.
> § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. [...]
> § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Percebe-se que a iniciativa para a alteração da Constituição é bastante limitada. Na esfera federal, somente o Executivo e o Legislativo podem propor emendas à Constituição Federal. O Executivo, por meio de proposta do Presidente da República, e o Legislativo, por meio de proposta de, no mínimo, 1/3 dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.

Os Estados, como entes federados, também podem propor mudanças à Constituição Federal, mas o procedimento é um pouco mais complexo. Considerando que o Brasil possui 26 Estados, é necessário que para a proposta de Emenda Constitucional de iniciativa das Assembleias Estaduais seja proposta por ao menos 14 Assembleias, manifestando-se cada uma delas por maioria relativa dos seus membros, ou seja, na sessão de apreciação da medida, a maioria dos deputados estaduais presentes deve votar em favor da proposta.

Admitida a tramitação da proposta, para que seja aprovada ela deverá ser discutida em ambas as casas do Congresso Nacional, em dois turnos, devendo ser aprovada por 3/5 dos membros de cada Casa.

Além disso, as propostas apresentadas e rejeitadas em uma sessão legislativa não poderão ser reapreciadas na mesma sessão. A sessão legislativa "é o período de atividade normal do Congresso a cada ano, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro."[26]

[26] BRASIL. Sessão Legislativa. Disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/glossariolegislativo/sessao-legislativa>. Acesso em 17 ago. 2017.

A Constituição Brasileira é, portanto, rígida, uma vez que possui um procedimento de alteração com maior complexidade do que o permitido para a criação de uma lei. Além disso, existe um núcleo de regras que não podem ser alteradas, as cláusulas pétreas, as quais passamos a tratar.

ii. As Cláusulas Pétreas – Noções Gerais

As cláusulas pétreas, dentro do sistema jurídico brasileiro, têm como objetivo impedir a alteração de certos valores, bem como garantir a manutenção do projeto constituinte originário, fazendo parte da essência inalterável do mesmo, evitando assim a erosão da Constituição.[27]

O §4º do art. 60 elenca o que é imutável na Constituição Federal:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> I - a forma federativa de Estado;
> II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
> III- a separação dos Poderes;
> IV - os direitos e garantias individuais.

Isso não significa que determinada redação de cláusula constitucional protegida não poderá ser alterada, pois o que não pode ser alterado é a sua essência. Dar nova disciplina a determinado direito não é proibido, o que proíbe-se é sua diminuição, supressão, ou alteração de seu conteúdo essencial.[28]

Para se proteger as cláusulas pétreas, é possível até mesmo o ataque a proposta de emenda constitucional, pois já é possível vislumbrar que, caso seja aprovada, haverá desrespeito à Constituição Federal, de forma que o seu próprio processamento já desrespeitaria a Carta Magna (MS 20.257). Somente o parlamentar federal é legitimado para impetrar mandado de segurança contra o processamento de proposta de emenda constitucional que viole cláusula pétrea.[29] Ressalta-se que, no MS 32.033, o STF afirmou tal controle não pode ser realizado para projetos de lei que, em tese, violassem cláusula pétrea, devendo o controle ser realizado pelos outros meios previstos legalmente.

iii. Cláusulas Pétreas em Espécie

São quatro as cláusulas pétreas em espécie: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais. Passamos a análise de cada uma delas.

A forma federativa de Estado

No próximo capítulo será analisada a estrutura do Estado brasileiro, onde um de seus aspectos principais é a forma federativa. Não é possível emenda constitucional que altere a forma federativa de Estado.

[27] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 123.
[28] Ibid., p. 124.
[29] Ibid., p. 126.

Porém, para se saber o que é uma emenda que altere a forma federativa de Estado, é necessário se realizar uma análise casuística. O STF já decidiu que a modificação das competências estabelecidas originariamente na Constituição Federal não é uma violação da forma federativa de Estado, desde que resguardada a autonomia dos entes federados, bem como que é possível modificação constitucional que obrigue, para a criação, incorporação, desmembramento ou fusão de municípios seja observado o calendário estabelecido por lei complementar federal.[30] Por sua vez, o exemplo de alteração constitucional que fere a cláusula da formam federativa de Estado é a alteração do princípio da imunidade tributária recíproca.[31]

O voto direto, secreto, universal e periódico

A segunda cláusula pétrea é o voto direto, secreto, universal e periódico. A Constituição Federal atual garante que o exercício do poder é realizado pelo povo, que tem o direito de escolher que serão os seus governantes.

Assim, não é possível emenda constitucional que altere o direito ao voto da população, de acordo com as regras inicialmente estabelecidas, de forma que não é possível a exclusão de analfabetos ou do menor entre 16 e 18 anos.[32]

Finalmente, considerando que a Constituição também estrutura a organização política do país, não é possível que haja alteração que transforme cargos eletivos em cargos hereditários ou vitalícios.[33]

A separação dos Poderes

A separação dos poderes como realizada pela Constituição Federal não pode ser alterada, sob pena de violação de cláusula pétrea. Assim, não pode haver alteração das relações entre os poderes por meio de emenda constitucional. Gilmar Mendes explica que tal cláusula pode se revelar problemática se houver uma tentativa de emenda para instaurar o parlamentarismo no país, tendo em vista que o Brasil é presidencialista, e no plebiscito que foi realizado por força do disposto no art. 2º da ADCT decidiu-se que o sistema presidencialista deveria permanecer.[34]

Os direitos e garantias individuais

Em linhas gerais, os direitos e garantias individuais são as regras constitucionais que protegem o indivíduo das arbitrariedades do Estado e garantem a sua liberdade. Por exemplo, o art. 5º possui um rol de direitos e garantias individuais, em que pese existirem outros ao longo do texto constitucional.

B. Direitos fundamentais – limitações ao poder público

Os direitos fundamentais, para se chegar ao rol existente hoje, passaram por um processo de evolução, sendo categorizados pela doutrina por meio de gerações. Diz-se que a primeira

[30] Ibid., p. 127.
[31] Ibid.
[32] Ibid., p. 128.
[33] Ibid.
[34] Ibid., p. 127-128.

geração de direitos fundamentais visa a limitação da expansão do poder estatal; na segunda, encontram-se os direitos sociais, como saúde, educação e assistência social, e finalmente, na terceira geração, são aqueles direitos difusos e coletivos, como o direito à qualidade do meio ambiente.

Para fins da presente aula, o foco será principalmente nos direitos fundamentais de primeira geração, que limitam a expansão do uso do poder pelo Estado.

i. Liberdade de expressão

A Constituição Federal dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Tais dispositivos, entre outros, são a base do direito de liberdade de expressão garantido pela Constituição Federal.

O objetivo primordial do direito à liberdade de expressão é não permitir que o governo exerça censura, garantindo que os indivíduos possam expor seus pensamentos e se manifestar livremente, desde que não seja por meio de violência.[35]

Isso não significa que o indivíduo poderá se expressar sem que haja consequências, pois a liberdade de expressão, como direito, encontra limites nos direitos de outras pessoas, de forma que, se exercida com abuso, poderá ocorrer a responsabilização, até mesmo penal, pela opinião exarada.

O direito à liberdade de expressão, porém, não é absoluto. A própria Constituição estabelece limites para o seu exercício. A vedação ao anonimato, por exemplo. Assim, não é protegida a opinião exarada sem identificação de quem a está comunicando.

Além disso, determinados discursos não são tolerados. O STF já discutiu a possibilidade da proteção constitucional ao discurso de ódio, o que não foi acolhido. O STF, no HC 82.424/RS, decidiu no seguinte sentido:

> 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. [...]

[35] Ibid., p. 264.

> 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal.
> 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, §2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.
> 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático deve ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável.
> 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admitem.

Outro ponto interessante é o de que a liberdade de expressão das entidades que visam informar possui um dever com a verdade, não sendo protegida a informação falsa, podendo até mesmo gerar direito de indenização.[36] Excepcionalmente, a liberdade de expressão referente à informação falsa pode ser protegida caso se demonstre que a intenção era de falar a verdade.[37]

Finalmente, a liberdade de expressão encontra óbice no direito da inviolabilidade da vida privada e da honra dos indivíduos. Existe uma corrente doutrinária que defende que se o direito de determinado indivíduo estiver para ser violado em decorrência da manifestação de outrem, poderá haver intervenção do judiciário para que ela não ocorra.[38] Exemplo disso é a publicação de matéria lesiva aos direitos de personalidade.

Em que pese tal posicionamento doutrinário, o STF, na ADI 4815, declarou "inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas)."

ii. Direito à intimidade e vida privada

Com relação à intimidade e vida privada, a Constituição Federal possui várias disposições que os protegem. Entre alguns deles, podemos citar os seguintes:

> Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

[36] Ibid., p. 275.
[37] Ibid.
[38] Ibid.

> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Gilmar Mendes explica que

> A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanente de terceiros, e ao ridículo público mesmo inibiria toda tentativa de autossuperação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se autoavaliar, medir perspectivas e traçar metas.
> A privacidade é componente ainda de maior relevo de certas relações humanas, como o casamento, por exemplo. A divulgação de dificuldades de relacionamento de um casal pode contribuir para a destruição da parceria amorosa. [...][39]

O direito à intimidade e à vida privada visa, portanto, proteger a esfera individual da pessoa, sem que o Estado, ou terceiro, possa se imiscuir no que é feito na vida particular das pessoas. A privacidade, portanto, é direito essencial protegido pela Constituição Brasileira, de forma que sua violação pode levar à necessidade de indenizações por parte de quem a violou.

Algumas questões interessantes sobre a proteção dada referem-se à exposição de pessoas em locais públicos, bem como o grau de proteção dado a pessoas públicas.

Com relação ao primeiro aspecto, a pessoa que se encontra em local público não poderia, caso venha a aparecer em uma reportagem que a filmou ou fotografou, se opor à sua divulgação, pois haveria um consentimento tácito em ser retratada. Mas e se a pessoa estiver como parte da paisagem, poderia haver oposição? As opiniões são divergentes e o assunto ainda é polêmico, havendo opiniões divergentes na jurisprudência brasileira.[42]

A segunda questão, referente à pessoas públicas, e a proteção de suas informações pessoais, depende da existência do interesse público.

> O conceito de notícias de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações que de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, prima facie, peso apto para superar a garantia da privacidade.[40]

Assim, quanto maior o interesse público relevante com relação a determinada informação, menor a proteção constitucional à intimidade da pessoa a que ela se refere.

[39] Ibid., p. 280-281.
[42] Ibid., p. 284.
[40] Ibid., 285.

Outras duas proteções constitucionais importantes à intimidade e à vida privada são a inviolabilidade do domicílio e o direito ao sigilo de correspondência e de comunicações.

A garantia do art. 5º, XI, resguarda a casa do indivíduo, impedindo que nela se entre, exceto durante o dia com autorização judicial, ou em caso de flagrante delito, desastre, ou para prestar socorro. Fora dessas situações, a entrada em domicílio alheio é proibida, a não ser que haja o consentimento do morador. O conceito de casa, para fins de proteção constitucional, é bastante amplo:

> [...] a casa (domicílio) que constitui o objeto de proteção da garantia da inviolabilidade consagrada pelo art. 5º, XI, da CF é todo aquele espaço (local) delimitado e separado que alguém ocupa com exclusividade, seja para fins de residência, seja para fins profissionais, de modo que mesmo um quarto de hotel, o escritório, qualquer dependência de casa mais ampla, desde que utilizada para fins pessoais (aposento de habitação coletiva), são considerados abrangidos pela proteção constitucional. O caráter temporário e mesmo provisório da ocupação, desde que preservada a exclusividade no sentido de sua privacidade, não afasta a proteção constitucional, pois esta, como já frisado, busca em primeira linha assegurar o direito à vida privada.[41] (cit. om.)

Da mesma forma, a violação do sigilo de comunicações (correspondência, comunicações telegráficas e telefônicas) só pode ser realizado por ordem judicial, conforme estabelecido em lei para sua realização, em casos de investigação criminal ou instrução processual penal.

iii. Liberdade reunião e de associação

Outra liberdade garantida pela Constituição Federal é o direito de reunião e de associação, o que está ligado ao regime democrático, tendo em vista a necessidade de liberdade do exercício de opinião pública e de organização política para que a democracia possa funcionar.[42]

A Constituição Federal dispõe que:

> Art. 5º [...] XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;
> XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
> XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
> XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
> XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
> XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

[41] SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A Inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n.14, p. 544-562, jul./dez. 2013. p. 548.

[42] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 295.

A reunião é uma agrupamento de pessoas em decorrência de uma coordenação prévia, visando um fim específico, e em local aberto ao público; não há reunião espontânea, de forma que a aglomeração não planejada não está protegida constitucionalmente.[43]

Para que se possa exercer o direito à reunião, alguns requisitos necessitam ser cumpridos, como avisar a autoridade competente, não frustrar outra reunião e exercer o direito de forma pacífica e sem armas.

A associação, por sua vez, ocorre "quando pessoas coligam-se, em caráter estável, sob uma direção comum, para fins lícitos".[44] Qualquer fim, desde que não seja proibido por lei, pode ser perseguido por pessoas que se associam. Também é vedada a associação com caráter paramilitar, o que compreende fins bélicos e organização nos moldes de entidades militares.

O direito de associação abrange sua criação, a possibilidade de associar-se e sair dela, e do exercício de suas atividades. Diferentemente de uma reunião, a associação possui um caráter estável, sendo irrelevante o espaço em que ela se desenvolverá.[45]

iv. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade pode ser encontrado nas seguintes disposições da Constituição Federal:

> Art. 5º [...]
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]
> XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

Tal princípio, em seu sentido mais genérico, é o que limita o exercício do poder à racionalidade do direito. A liberdade do indivíduo é a regra, e somente por meio de normas legais ela poderá ser limitada. Do ponto de vista da Constituição Federal, tal proteção ainda é mais abrangente, pois as obrigações e proibições somente poderão ser impostas por meio de lei em sentido formal, ou seja, lei ordinária ou lei complementar, devidamente aprovada pelos órgãos legislativos competentes.

Com relação ao art. 5º, II, da Constituição Federal, Gilmar Mendes explica que

> A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (Rechtsgesetze), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão "em virtude de lei" na Constituição de 1988. A lei é a regra de direito (Rechtssatz) ou norma jurídica (Rechtsnorm) que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações. A lei deve ser igualmente geral e abstrata, uma disposição normativa válida em face de

[43] Ibid., p. 296.
[44] Ibid., p. 301.
[45] Ibid., p. 305.

> todos os indivíduos (de forma impessoal) e que regule todos os casos que nela se subsumam no presente e no futuro.[46]

Assim, tal princípio permite o controle do exercício do poder estatal pelo próprio povo, que em uma democracia detém tal poder, pois a lei só é criada após sua aprovação, por meio de processo legislativo onde o Poder Legislativo, onde se encontram representantes eleitos pelo povo, deliberam sobre ela.

O referido princípio será discutido com maiores detalhes no próximo capítulo, tendo em vista as peculiaridades de sua aplicação em relação ao Poder Público.

v. Direito de petição

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, que

> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
> b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

O direito de petição, portanto, possui duas vertentes. A primeira refere-se à possibilidade do indivíduo se dirigir ao Poder Público para proteger seu direito ou sanar alguma ilegalidade cometida, enquanto o segundo refere-se à possibilidade de obtenção de certidões para a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

O seu exercício é regulado em várias leis infraconstitucionais. Por exemplo, para o direito de petição referente à proteção de direitos, temos a Lei Federal n. 9.784//1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e para o direito de obtenção de certidões e informações, temos a Lei n. 12.527/2011, que regulamenta o acesso a informações.

No âmbito do Poder Judiciário, o Constituição prevê expressamente que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5, XXXV). Assim, o direito de petição pode ser exercido perante todos os Poderes, que deverão levar em consideração o que está sendo pedido pelo indivíduo, e tomar uma decisão a respeito.

vi. Direito ao devido processo legal

A garantia ao devido processo legal está prevista no art. 5º, incisos LIII a LVI da Constituição Federal:

> LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;
> LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; 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;
> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

O devido processo legal é uma garantia ampla, abrangendo, ao menos,

[46] Ibid., p 851.

> (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, [...] (2) direito ao juiz natural, [...] (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, [...] (4) direito a não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.[47]

Além das garantias acima expostas, outra que merece destaque dentro do conceito do devido processo legal, e que vem ganhando força no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com o novo código de processo civil, é a da motivação das decisões.

A garantia do devido processo legal alcança não só as partes em determinado processo, mas toda a estrutura decisória do poder público. Gilmar Mendes explica que

> [o] princípio do devido processo legal possui um âmbito de proteção alargado, que exige o fair trial não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparto jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas, constitucionalmente, como essenciais à justiça.[51]

O direito ao devido processo legal é também de suma importância para o controle do exercício da atividade estatal, e iremos tratar de seus desdobramentos em maior detalhe no capítulo destinado ao Processo Administrativo.

C. Atividade – Discussão

Uma pessoa faz topless em uma praia e tem sua imagem divulgada. Existe proteção ao seu direito de intimidade e vida privada?

Um casal é filmado realizando atos libidinosos em praia, de livre acesso a todos. O vídeo é divulgado por meio da rede mundial de computadores. Qual a função/papel/conduta do Estado em tal situação? Existe direito à proteção da intimidade?

[47] Ibid., p. 546.
[51] Ibid., p. 547.

Capítulo 2 – Organização do Estado e Princípios da Administração Pública

No capítulo anterior discutiu-se a evolução do pensamento sobre o controle do poder estatal e dos instrumentos de controle utilizados para tanto, explicando a importância da noção de Constituição e de Estado de Direito. Além disso, analisou-se algumas garantias impostas pela Constituição Brasileira, demonstrando como, na prática, funcionam algumas delas. Sendo o Estado Brasileiro um Estado Democrático de Direito, o seu funcionamento deverá ser sempre em prol do interesse público.

O presente capítulo constrói sobre o que foi tratado anteriormente, e tem como objetivo explicar, em linhas gerais, como é composto o Estado Brasileiro, com uma maior atenção ao funcionamento do Poder Executivo, que exerce a função administrativa estatal. Dentro dos ramos do direito público, "o direito administrativo [...] disciplina a função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a exercem",[48] e por isso o foco na análise de seus princípios no presente capítulo.

Ao final do capítulo o aluno deverá entender a diferença entre os três poderes, as formas de organização do Poder Executivo, e as competências e funções do Estado Membro brasileiro, bem como o funcionamento do regime jurídico administrativo, por meio de seus princípios.

As duas primeiras seções do primeiro capítulo tratam dos três poderes e da organização do Estado, que devem se balizar pelo interesse público. As duas últimas seções tratam da definição do interesse público e do regime jurídico administrativo.

1. Organização do Estado

A Constituição Brasileira trata da organização do Estado com bastante detalhe. A organização e repartição do exercício do poder no Estado brasileiro se dá por meio da repartição dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), e por meio da forma federativa de Estado, que cria diferentes entes estatais (pessoas políticas) aos quais são atribuídas diversas competências (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Visando evitar os perigos alertados por Montesquieu, de que "todo aquele que detém Poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites",[49] distribui-se o poder entre vários órgãos distintos, controlados por pessoas distintas, ampliando-se os mecanismos de freios e contrapesos para a limitação do poder, diminuindo, portanto, a possibilidade de seu abuso.

Assim, passamos a análise da divisão dos Poderes e da delimitação de suas funções e da estrutura do Poder Executivo, para então analisar a distribuição de competências no federalismo brasileiro, com foco nas competências do Estado Membro.

[48] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 37.

[49] .Ibid., p. 49.

A. A Função Estatal e os Três Poderes

Dentro de um Estado Democrático de Direito, a função pública "é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente conferidos pela ordem jurídica."[50]

Na evolução e desenvolvimento dos entes estatais no ocidente, a função pública passou a ser comumente dividida em três, em paralelo aos diferentes poderes: a legislativa, a judiciária e a administrativa.

Celso de Mello define as funções estatais da seguinte forma:

> [...] função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.
> Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de "coisa julgada", atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.
> Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais, ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.[51]

Em resumo, a função legislativa é criar as normas que devem ser seguidas, a administrativa é aplicá-las, e a judiciária é a de resolver controvérsias sobre sua aplicação. A atividade preponderante do Poder Legislativo é exercer a função legislativa, a do Poder Judiciário, a função judiciária, e a do Poder Executivo, a função administrativa.

Em que pese a preponderância da atividade de cada Poder corresponder a função por ele exercida, todos os Poderes, em maior ou menor grau, exercem também as outras atividades. Por exemplo, para funcionar, o Poder Judiciário precisa exercer a função administrativa, qual seja, aplicar as leis, normas e regulamentos na sua atividade diária para que se permita o exercício de sua função principal.

No presente curso a função administrativa merece atenção especial, pois é por meio dela que o interesse público é primordialmente perseguido, com ações realizadas pelo Poder Executivo. A próxima seção analisa os meios de sua organização.

B. O Poder Executivo e a Administração Pública

Dentro da organização do Estado brasileiro, e mais especificamente na esfera federal, o Poder Executivo

[50] Ibid., p. 29.
[51] Ibid., 35-36.

contempla atividades diversas e variadas, que envolvem atos típicos de Chefia do Estado (relações com Estados estrangeiros, celebração de tratados), e atos concernentes à Chefia do governo e da administração em geral, como a fixação das diretrizes políticas da administração e a disciplina das atividades administrativas (direção superior da Administração Federal), a iniciativa de projetos de lei e edição de medidas provisórias, a expedição de regulamentos para execução das leis, etc. (CF, art. 84), a iniciativa quanto ao planejamento e controle orçamentários, bem como sobre o controle de despesas (CF, arts. 163-169) e a direção das Forças Armadas.[52]

Dependendo do ente federado, o chefe do Poder Executivo pode ser o Presidente da República, o Governador de Estado ou o Prefeito Municipal. Cada um é o chefe da Administração Pública do Poder Executivo do respectivo ente político federado.[53]

A função administrativa, sob o ponto de vista material,

> volta-se [...] para a gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isto, se acomodam confortavelmente dentro de um quadro legal preexistente.[54]

O Poder Executivo é, portanto, responsável por tomar medidas de interesse público e organizar a prestação de serviços públicos, como a educação, saúde, saneamento e infraestrutura. Para tanto, é necessário que a estrutura da Administração pública seja organizada. Sua organização visa, entre outros, os seguintes objetivos:

> (a) criação e composição de estruturas subjetivas e objetivas adequadas para o alcance de finalidades; (b) determinação e distribuição das tarefas entre estruturas e agentes mediante critérios estabelecidos e voltados para o alcance dos objetivos; (c) provisão de pessoal para o exercício das tarefas; (d) relações de coordenação, subordinação e controle entre as diversas estruturas organizativas; (e) estruturação específica da prestação de cada uma das diversas atividades realizadas pela Administração de forma a atingir, de forma satisfatória, as finalidades públicas específicas buscadas; e (f) controle de todos os processos planejados e executados.[55]

Além da função administrativa, o Poder Executivo também possui a função política ou de governo, que consistem em "atos superiores da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas", podendo-se citar como exemplos a iniciativa de leis e a declaração de guerra.[56] Em

[52] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 935.

[53] Fabrício Motta explica que "[e]m razão da adoção do princípio federalista e da divisão das funções estatais em poderes, a serem desempenhadas com graus diversos de predominância por uma pluralidade de organizações, pode-se concluir que não há propriamente uma Administração Pública, mas, ao contrário, que existem 'Administrações Públicas", sujeitas a um bloco de normas comuns e também a normas específicas." DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 2 – Administração Pública e Servidores Públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 40.

[54] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 36-37.

[55] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 2 – Administração Pública e Servidores Públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 35.

[56] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 36-37.

que pese a importância dessa função, o foco do presente capítulo são as estruturas e regras para o exercício da função administrativa do Estado.

As próximas subseções explicam as formas legalmente permitidas no Brasil para que o Poder Executivo se organize visando a execução de atos no interesse público. A Administração Pública pode se estruturar diretamente, por órgãos públicos, ou indiretamente, por meio de autarquias, fundações e empresas públicas lato sensu. A sua análise é importante pois, dependendo do tipo de estrutura escolhida para o exercício de determinada função, o regime jurídico a ela aplicável será distinto.

i. Órgãos Públicos

As pessoas políticas no Brasil são a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Cada uma delas possui sua própria personalidade jurídica de direito público. É por meio da personalidade que um sujeito se torna passível de exercer direitos e assumir obrigações. Maria Helena Diniz explica que

> [l]iga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.
> A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.[57]

Para exercer a função administrativa, porém, não basta ao ente estatal a personalidade jurídica, pois essa somente serve como base para o exercício de direitos e assunção de obrigações. O Estado, para efetivar o interesse público, precisa organizar a sua estrutura e seus agentes, atribuindo funções e competências, para que suas atividades possam ser devidamente exercidas. A esse conjunto de competências dentro da pessoa jurídica de direito público dá-se o nome de "órgão público".

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

> Órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuição do Estado. Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres de razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais.[58]

[57] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro v. 1 – Teoria Geral do Direito Civil. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 130.

[58] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 144.

Esclarecendo a relação entre a personalidade estatal e o exercício das atribuições do Estado no mundo real, o autor se manifesta da seguinte forma:

> Então, para que tais atribuições se concretizem e ingressem no mundo natural é necessário o concurso de seres físicos, prepostos à condição de agentes. O querer e o agir desses sujeitos é que são, pelo Direito, diretamente imputados ao Estado (manifestando-se por seus órgãos), de tal sorte que, enquanto atuam nesta qualidade de agentes, seu querer e seu agir são recebidos como o querer e o agir dos órgãos componentes do Estado; logo, do próprio Estado. Em suma, a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus órgãos, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgãos que o compõe se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado.[59]

É importante lembrar que o exercício de tais competências pelos órgãos administrativos, por meio de seus agentes, deve sempre ser em prol do interesse público, ou seja, uma prestação voltada ao interesse de terceiros que não os titulares da competência a ser exercida.

Conceitualmente, competência é

> o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos.[60]

Saindo do âmbito teórico, podemos citar o exemplo da Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, que a ela compete, entre outas coisas:

> I - por meio das unidades administrativas da sua estrutura:
> a) a promoção das medidas necessárias à preservação da ordem e da segurança públicas, à defesa dos direitos humanos, e à incolumidade da pessoa e do patrimônio, por meio de suas unidades e órgãos subordinados;
> b) o estabelecimento do Plano Geral de Policiamento do Estado, visando à execução articulada e coordenada das ações da Polícia Civil e da Polícia Militar;
> c) a coordenação e a supervisão da aplicação das leis de trânsito, observadas as competências do Estado, exercendo o seu controle nos centros urbanos e a fiscalização nas rodovias estaduais e, por delegação dos Municípios, nas áreas urbanas; [...] (art. 20, Lei Estadual 4.640/2014)

Percebe-se que a Administração pode possuir vários órgãos distintos para a execução de suas atividades. Assim, em algumas situações será necessária a atuação conjunta de diversos órgãos para que atinjam objetivo comum à competência de ambos. Essas relações interorgânicas podem ser realizadas por meio de diversos vínculos, como o hierárquico, a relação de direção e a relação de coordenação. No primeiro, ordena-se, no segundo, instrui-se e controla, e no último, organizam-se as diversas entidades para atuarem de forma conjunta.[61]

[59] Ibid.
[60] Ibid., p. 148.
[61] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 2 – Administração Pública e Servidores Públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 95-97.

A essa repartição de competências dentro do Estado, seja ela em razão da matéria, do grau hierárquico ou do território, dá-se o nome de desconcentração.[62] As competências permanecem dentro da mesma pessoa jurídica, dentro da administração direta. Agora, se as competências são atribuídas a pessoa jurídica diversa, seja de direito público ou de direito privado, estaremos diante do fenômeno da descentralização, com o rompimento do vínculo hierárquico.[63] As próximas subseções tratam das pessoas estatais descentralizadas, que podem ter natureza jurídica de direito público (autarquias e fundações) ou de direito privado (fundações, empresas estatais e sociedades de economia mista).

ii. Autarquias

Autarquias são pessoas jurídicas de direito público, com personalidade diversa da pessoa política que a criou. Uma das implicações decorrentes da personalidade jurídica distinta da do Estado é que este não responde diretamente pelas obrigações de suas autarquias, mas somente de maneira subsidiária.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

> Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são subordinadas a órgão algum do Estado, mas apenas controladas, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios, de tal sorte que desfrutam de "autonomia" financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.[64]

As autarquias só podem ser criadas por lei, e são controladas pela Administração Central, por meio da "supervisão ministerial", mas sem subordinação hierárquica.[65]

Diante de sua personalidade jurídica, tanto seus contratos como seus bens são considerados como sendo públicos, de forma que a eles são aplicáveis as mesmas garantias e restrições aplicáveis à Administração Direta.[66]

iii. Empresas públicas e sociedades de economia mista

Ao contrário das autarquias, as empresas públicas e sociedades de economia mista (empresas estatais) são entes da administração pública indireta, com personalidade jurídica de

[62] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 154.
[63] Ibid., p. 155.
[64] Ibid., p. 165.
[65] Ibid., p. 166-167.
[66] Ibid., 169-171.

direito privado. A sua constituição depende de autorização legal, mas elas são constituídas da mesma forma que outras pessoas jurídicas de direito privado.

A empresa pública possui capital integral de ente dotado de personalidade jurídica de direito público, ao passo que a sociedade de economia mista possui capital majoritário de ente dotado de personalidade jurídica de direito público, ou por ele controlado, com participação de capital privado.

Além dessa diferença entre elas, outras duas são relevantes. A sociedade de economia mista só pode adotar a forma societária de sociedade anônima, enquanto a empresa estatal pode adotar qualquer forma em direito admitida, e a empresa pública federal é submetida à jurisdição da Justiça Federal, ao contrário das sociedades de economia mista com controle da União, que são submetidas à Justiça Estadual.[67]

Com relação à essa forma de organização da Administração Pública, a Constituição Federal dispõe que:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Diante do comando constitucional, vislumbra-se que o regime jurídico das empresas estatais é majoritariamente privado. Em que pese a disposição legal, o regime privado não é puro, pois tais empresas devem licitar para suas contratações, são controladas pelos Tribunais de Contas, e o próprio regime jurídico de emprego é mitigado em relação à sua versão pura no âmbito privado.

[67] Ibid, p. 197-198.

Finalmente, dependendo do tipo de atividade desenvolvida, se exploradora de atividade econômica ou prestadora de serviços públicos, a empresa, no segundo caso poderá ser submetida ao regime de precatórios para o pagamento de suas dívidas.

É importante mencionar que recentemente foi aprovada a Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, trazendo várias novas regras de governança e de licitações que devem ser observadas pelas empresas estatais.

2. Os Estados Membros no Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Brasil é um Estado Federal, formado por Estados Membros que possuem autonomia, podendo elaborar e executar leis, bem como criar sua própria Constituição, desde que dentro dos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal.[68] Além disso, cada Estado Membro possui os três poderes estatais. Gilmar Mendes explica que

> o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional, e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecuratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.[69]

A Constituição Federal atribui competências e prevê um mecanismo de repartição de rendas entre os entes federados, tanto por meio de sistemas de arrecadação próprios como em decorrência de repartição de tributos federais e estaduais, diretamente e por meio de fundos.[70] Os arts. 25 a 27 da Constituição Federal tratam dos Estados Federados. O art. 25 dispõe que:

> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.
> § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

Assim, a autonomia dos Estados Membros é garantida por meio da possibilidade de criação de Constituições Estaduais e do processo legislativo estadual. Os Estados possuem competência residual, podendo tratar de todos os assuntos que a Constituição Federal não vede.

As Constituições Estaduais, como instrumentos de organização de Estados Membros dentro de um sistema de Estado Federado, estão limitadas pela Constituição Federal, devendo ser criadas observando as regras por esta estabelecidas. Por exemplo, existe um limite para a quantidade de deputados em uma Assembleia Legislativa, conforme determinação do art. 27 da Constituição Federal:

---

[68] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 814.
[69] Ibid., p. 818.
[70] Ibid., p. 815.

> Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

Além disso, em regra, a organização dos Estados deve ser simétrica à da União, quando não houver disposição diversa na Constituição Federal. Por exemplo, já se julgou a inconstitucionalidade de norma de Constituição Estadual que obrigava o prefeito a comparecer perante a Câmara de Vereadores (ADI 687).[71]

A. As Competências dos Estados Membros

Além da competência residual, ao tratar das competências dos entes federados, a Constituição Federal menciona as competências comuns de todos os entes federados, e as competências concorrentes entre a União, os Estados e o Distrito Federal. O art. 23 dispõe o seguinte:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
> III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
> IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
> V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
> VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
> VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
>
> IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
> X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
> XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
> XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.
> Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A competência comum dos entes federados significa que todos os entes estão aptos a proteger os interesses elencados pela Constituição. Caso necessário, pode a União, por meio de Lei Complementar, fixar "normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito

[71] Ibid., p. 830.

nacional", [72] evitando assim possível desperdício de recursos devido a ações similares realizadas de forma paralela e sem coordenação por vários entes federados.

O art. 24, por sua vez, dispõe o seguinte:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
> II - orçamento;
> III- juntas comerciais;
> IV - custas dos serviços forenses;
> V - produção e consumo;
> VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
> VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
> VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
> IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
> X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
> XI - procedimentos em matéria processual;
> XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
> XIII - assistência jurídica e Defensoria pública;
> XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
> XV - proteção à infância e à juventude;
> XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.
> § 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.
> § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.
> § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Aqui trata-se de competência concorrente, onde cabe à União estabelecer normas gerais, e aos Estados suplementá-las. Caso não haja Lei federal, o Estado poderá exercer plenamente sua competência legislativa, suspendendo a eficácia da lei estadual caso lei federal posterior tratando do assunto a contrarie.

Finalmente, a Constituição Federal especifica, em seu art. 25, §§2º e 3º, que cabe aos Estados explorar os serviços locais de gás canalizado e instituir regiões metropolitanas.

B. Atividade: A Estrutura Administrativa do Estado de Mato Grosso do Sul

Em grupo, os alunos devem discutir como está organizada a Estrutura Administrativa do Estado de Mato Grosso do Sul, e identificar quais entidades podem ser classificadas como administração direta, e quais podem ser classificadas como administração indireta.

[72] CF, art. 25, parágrafo único.

3. O Interesse Público

Conforme estabelecido no capítulo anterior, em um Estado Democrático de Direito, o Estado deve perseguir o interesse público. Mas no que consiste tal interesse?

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar da conceituação de interesse público,

> Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual.[73]

O autor explica que não há um antagonismo entre o interesse público e o particular, e tampouco o interesse público possui status autônomo, desvinculado do interesse de cada uma das partes.[74] Para ele,

> O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse do todo, é "função" qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação.[79]

Assim, é possível que o interesse público seja contrário ao interesse individual de uma ou mais pessoas. O referido autor cita o caso do instituto da desapropriação. Uma pessoa pode ter interesse em não ter o seu bem desapropriado, mas ainda assim possuir interesse em que o instituto exista, pois poderá beneficiá-la em outro momento, por exemplo, com a desapropriação de casas que permitam a construção de uma rodovia permitindo que ele chegue mais rápido em casa.

Finalizando sua lição, o autor conceitua interesse público como

> o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.[75]

Tal interesse, porém, deve ser analisado sob a ótica do sistema normativo posto. O que pode ser interesse público em determinado sistema legal, pode não o ser em outro, de forma que "a concreta individualização dos diversos interesses qualificáveis como públicos só pode ser encontrada no próprio Direito Positivo."[76] As escolhas políticas estruturantes do Estado definem o que deve ser considerado interesse público, tendo em vista as preferências ideológicas de determinada sociedade. Para ilustrar, transcrevemos dois exemplos dados pelo Professor:

---

[73] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 59.

[74] Ibid., 60.

[79] Ibid.

[75] Ibid., p. 62.

[76] Ibid., p. 68.

[82] Ibid., p. 69.

> Algumas ou múltiplas pessoas, talvez mesmo a maioria esmagadora, considerarão de interesse público que haja, em dado tempo e lugar, monopólio estatal do petróleo, que se outorgue tratamento privilegiado a empresas brasileiras de capital nacional ou que se reserve a exploração mineral exclusivamente a brasileiros. Outras pessoas, sobretudo se estrangeiras ou mais obsequiosas a interesses alienígenas do que aos nacionais, pensarão exatamente o contrário. Encarada a questão de um ângulo político, sociológico, social ou patriótico, poderá assistir razão aos primeiros e sem-razão completa aos segundos; mas, do ponto de vista jurídico, será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior.
>
> De outro lado, é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado; ou seja: sua defesa não é apenas do interesse do particular que possa vir a ser afetado, mas é de interesse de toda a coletividade que seja defendido.[82]

Com base nessa explicação, é possível se aferir a existência de interesse público se a medida a ser tomada trará um benefício, juridicamente qualificado, à coletividade.

4. Regime Jurídico-Administrativo e Princípios da Administração Pública

Direito administrativo é

> o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade não contenciosa que exerce, os bens e meios de ação que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.[77]

Seu objeto é a regulação da Administração Pública, tanto do ponto de vista subjetivo, qual seja, os seus agentes, órgãos e pessoas que atuam em seu nome, bem como do ponto de vista objetivo, qual seja, o exercício da função administrativa.[78]

Função Administrativa segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro

A função administrativa, como uma das funções do Estado, caracteriza-se por prover de maneira imediata e concreta às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 1 – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.

O direito administrativo pode ser visto como o conjunto de regras gerais a serem aplicadas à Administração Pública, o seu regime jurídico. Algumas áreas do direito público diretamente relacionadas ao direito administrativo possuem nomenclatura própria diante de suas

[77] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 1 – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 78.

[78] Ibid., p. 81.

especificidades, como o direito tributário, o direito financeiro e o previdenciário, devendo, porém, se submeter aos ditames do direito administrativo.[79]

A ideia de direito administrativo como o conhecemos nasceu na França, por meio da atuação de um órgão chamado Conselho de Estado:

> Mais que por leis que regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão – Conselho de Estado – encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre estas duas partes. Tal órgão, diga-se de passagem, é alheio ao Poder Judiciário. Estava e está integrado no próprio Poder Executivo, a despeito de ter natureza jurisdicional, isto é, de decidir com força de coisa julgada. [...]
> A evolução histórica responsável por este encaminhamento que afastou o Poder Judiciário do exame dos atos administrativos e que culminou com a instituição de uma "Jurisdição Administrativa", criadora do Direito Administrativo, advém de que, após a Revolução Francesa, desenvolveu-se naquele país uma singular concepção da tripartição do exercício do Poder, segundo a qual haveria uma violação dela se o Judiciário controlasse atos provenientes do Executivo.[80]

Diferentemente do sistema francês, o controle do direito administrativo brasileiro é submetido ao Judiciário, diante de previsão expressa do art. 5º, inciso XXXV, que é clara no sentido de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Aliás, considerando que o direito administrativo regula o exercício da função administrativa, ou seja, de uma parte do poder estatal, e que estamos tratando de um Estado de Direito Constitucional, têm-se que as normas de direito administrativo, como quaisquer outras, devem obedecer aos ditames constitucionais.

Corroborando tal ideia, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

> O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos -, vigoravam ideias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todos conhecidas, quais as de que quod principi placuit leges habet vigorem: "o que agrada ao príncipe tem vigor de lei." Ou ainda: "o próprio da soberania é imporse a todos sem compensação; ou, mesmo: "o rei não pode errar."[81]

Com base no exposto até o momento, pode-se dizer que a função do direito administrativo é uma extensão da função do direito constitucional aplicável ao exercício da função administrativa pelo Estado, qual seja, a de limitar e regular o exercício do poder. O conjunto de tais regras é o que se pode chamar de regime jurídico-administrativo, que é, conforme lição doutrinária, guiado

[79] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 37-38.
[80] Ibid., p. 38-40.
[81] Ibid., p. 47.
[88] Ibid., p. 70.

por dois vetores: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado traz algumas consequências para a Administração:

> a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
> b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações;
> c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública.[88]

Essas consequências se traduzem no dia-a-dia da Administração, trazendo benefícios e limitações para sua atuação em relação aos particulares. Por exemplo, a Administração possui vários direitos na contratação com particulares que não são a eles estendidos, como a possibilidade de alteração unilateral do contrato. A esses direitos, nos contratos administrativos, se dá o nome de cláusulas exorbitantes.[82] Por outro lado, a Administração não pode contratar sem licitação, e também se encontra obrigada a responder às petições dos administrados.[83]

A indisponibilidade do interesse público, por outro lado, significa que

> sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a intentio legis.[84]

Tais vetores podem ser desdobrados em princípios. Alguns estão explícitos na Constituição Federal, e outros podem ser encontrados em legislação infraconstitucional. A base estruturante do regime jurídico-administrativo encontra-se no caput do art. 37 da Constituição Federal, que dispõe:

> 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 [...]

A Lei 9.784/99, em seu artigo 2º, acrescenta alguns outros:

> 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.

Além desses, existem outros princípios que podem ser extraídos tanto da Constituição quando de leis esparsas. Em conjunto com os vetores da supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, os princípios da administração pública

[82] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 254.

[83] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 75.

[84] Ibid., p. 76.

norteiam toda a função administrativa exercida pelo Estado brasileiro, devendo ser fielmente observados pelos agentes públicos imbuídos dessa tarefa. Assim, passamos a análise de alguns princípios essenciais para o funcionamento do Estado brasileiro.

A. Legalidade

O princípio da legalidade é corolário lógico do Estado de Direito. O Estado de Direito, como vimos no capítulo 1, significa a desvinculação da autoridade do Estado da autoridade do governante, passando o Estado a ter sua própria autoridade. A legitimidade do Estado passa a ser baseada na racionalidade, por meio de regras e processos que governarão a sociedade por meio de determinações objetivas, limitando o poder dos governantes. Na Constituição Federal, o princípio está previsto no art. 5º, II:

> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

No âmbito das relações privadas, isso significa que as pessoas são livres para fazer o que bem entenderem, a não ser que haja lei obrigando-as a realizar alguma coisa ou proibindo-as de fazê-lo.

Para a Administração, a previsão constitucional é a seguinte:

> 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 [...] Art.
> 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Assim, no âmbito da Administração Pública, o princípio da legalidade significa que o agente estatal poderá atuar somente de acordo com o que a lei permite.

Tratando do referido princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que:

> Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.
> O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso). [...]
> Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade

> de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo [...].[85]

Portanto, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade significa que somente a lei poderá impor deveres e obrigações, e, no âmbito da Administração Pública, autorizar o âmbito de atuação dos agentes públicos.

B. Finalidade

O princípio da finalidade está ligado ao da legalidade, preceituando que a Administração deve realizar os atos de acordo com sua finalidade normativa, o fim específico da lei. Sua importância está em se evitar interpretações "superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência, e não por descuido do intérprete".[93]

C. Razoabilidade e Proporcionalidade

Dentro de um Estado de Direito, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade decorrem são continuidade lógica dos princípios da legalidade e da finalidade. Dentro da autorização legal para a sua atuação, os agentes públicos possuem certa liberdade para a execução dos seus atos. Com base no princípio da razoabilidade,

> a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.[86]

Os absurdos, o que foge à lógica da prudência e os atos que são realizados com base em sentimentos estritamente pessoais dos agentes públicos na execução de atos que permitem certa discricionariedade não se enquadram dentro do sistema legal brasileiro.

Ao tratar do referido princípio, o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello é esclarecedor:

> se com a outorga de discrição administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda -, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.
> É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.[87]

---

[85] Ibid., p. 103-104.
[93] Ibid., p. 111.
[86] Ibid., p. 111.
[87] Ibid., p. 111-112.
[96] Ibid. p. 113.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, pode ser entendido como sendo a sintonia fina do princípio da razoabilidade. Alguns autores até sustentam que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são fungíveis, mas, admitindo sua separação, o segundo refere-se a "extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas."[96]

Assim, os atos dos agentes públicos devem se limitar a atingir o seu fim, não sendo permitido excessos desnecessários. Por exemplo, se a Administração Pública precisa desapropriar parte de terreno para passar infraestrutura de saneamento, não seria permitido a desapropriação do terreno inteiro. Portanto, a desapropriação é uma medida razoável, mas a desapropriação do terreno inteiro, sendo que a necessidade é somente de parte dele, não é proporcional.

Ao tratar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e fazendo um paralelo ao princípio do devido processo legal, Wallace Paiva Martins Junior discorre que

> em face de atos normativos o princípio da razoabilidade logrou sucesso exigindo isonomia, coerência lógica, racionalidade, bom senso, significando a proibição de normas discriminatórias desarrazoadas (substantive due process of law), enquanto o princípio da proporcionalidade consiste na interdição da execução da norma com tratamento discriminatório desarrazoado (adjective due process of law), traduzindo o impedimento a restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais.[88]

Portanto, ambos os princípios servem para balizar e limitar o exercício da discricionariedade administrativa, impondo o dever de que os atos administrativos sejam realizados de forma racional e limitados ao fim legal pretendido.

D. Motivação

Para se saber se determinado ato atinge a sua finalidade legal, é necessário que os motivos que levaram o agente público a tomá-lo sejam articulados. Em que pese ser um princípio decorrente da própria legalidade, pois para controlá-la é necessário que se saiba o que motivou a realização de determinado ato, o princípio da motivação está expressamente escrito no art. 2º Lei 9.874/1999.

A necessidade de motivação do ato é, portanto, necessária para que a Administração possa ser controlada, o que é um pressuposto básico do Estado de Direito e, até mesmo, do Constitucionalismo, como foi discutido no capítulo 1.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

> De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas

[88] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 1 – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 520.

> conhecidos e explicados os motivos que permitiram reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios.[89]

Assim, o princípio da motivação serve como regra que permite a realização do controle dos demais princípios do Estado de Direito, de forma que sua não observância acarreta a possibilidade de invalidação do ato.

E. Impessoalidade

A Constituição Federal, em seu art. 5º, afirma que "[t]odos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".

O princípio da impessoalidade traduz essa disposição constitucional, proibindo que a Administração realize "atos discriminatórios que importam favorecimento ou desapreço a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada".[90] É a vedação ao compadrio, à utilização da máquina pública para benefícios pessoais.

F. Moralidade

O princípio da moralidade traduz a necessidade de atuação honesta por partes dos agentes da Administração Pública. Wallace Paiva Martins Junior explica que a moralidade administrativa

> é fator de orientação do comportamento do agente público que deve primar pela honestidade para alcance do bem comum, revelando sua plena habilitação para o desempenho das funções para a qual foi investido. [...] Serve, assim, à garantia do direito subjetivo público a uma administração honesta, cumprindo-se a partir de regras internas de conduta dirigida aos fins institucionais específicos e da incorporação dos valores éticos fundamentais de uma sociedade. (...) O agente público deve conduzir os negócios administrativos e exercer a função pública investida orientado por padrões comportamentais em que reinem valores como a lealdade, a imparcialidade, a honestidade, e a probidade, enfim, direcionando a conduta para a boa administração sem desprezar o elemento ético, abstendo-se de utilizar a administração pública para angariar vantagens indevidas, corroer os recursos do erário, cometer abuso de poder, facilitar interesses familiares, pessoais ou de estranhos, perseguir desafetos, atingir fins não queridos pela lei.[91]

O princípio da moralidade impõe ao agente público um comportamento honesto, pautado pela ética da instituição à qual pertence e de acordo com os valores morais da sociedade da qual faz parte. Dentre os assuntos que estão dentro do âmbito de discussão do princípio da moralidade encontram-se a improbidade administrativa e o nepotismo, que não serão tratados com maior detalhe no presente curso.

---

[89] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 116.

[90] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 1 – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 331.

[91] Ibid., p. 352-353, citando MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2009. p. 34, 41, 44.

G. Publicidade

O princípio da publicidade garante o acesso à informação aos cidadãos. Além do art. 37, caput, Podemos citar as seguintes disposições constitucionais que tratam do assunto:

> art. 5.º [...]
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;
> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...]
> b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...] LXXII
> - conceder-se-á habeas data:
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

Tal princípio é regulado pela Lei 12.527/11, que dispõe que "[é] dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão" (art. 5º).

Nos termos do art. 7º da referida Lei, o direito ao acesso à informação compreende, no mínimo:

> I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;
> II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
> III- informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
> IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;
> V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
> VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e VII - informação relativa:
> a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;
> b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

A regra, portanto, é o direito de acesso às informações referentes às atividades estatais. Sua limitação deve ser devidamente justificada, e pode se dar quando sejam imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Nos termos do art. 23 da Lei 12.527/11, algumas informações que são passíveis de restrição são as que possam:

> I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
> II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
> III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
> IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
> V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Além disso, para que haja a restrição, as informações necessitam ser classificadas como sigilosas, conforme o procedimento previsto legalmente.

H. Eficiência

O dicionário Michaelis define eficiência da seguinte forma:

1 Capacidade de produzir um efeito; efetividade, força.
2 Capacidade de realizar bem um trabalho ou desempenhar adequadamente uma função; aptidão, capacidade, competência.
3 Qualidade do que é passível de aplicação vantajosa; proveito, serventia, utilidade: Não concordo com a eficiência de leis tão antigas.
4 Atributo ou condição do que é produtivo; desempenho, produtividade, rendimento: Nada se compara à eficiência dessas máquinas importadas.[92]

O princípio da eficiência administrativa foi incluído na Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98, visando estabelecer bases legais para a modernização da Administração Pública brasileira, com inspiração na "concepção de administração gerencial baseada no new public management."[93]

A ideia central do princípio é a da produtividade da Administração Pública. Deve se evitar o desperdício de recursos estatais, entregando os maiores resultados possíveis para a população com os recursos existentes. Basicamente, o princípio é um comando que visa a profissionalização da Administração Pública.

I. Atividade - Discussão

Determinado prefeito realizou várias obras públicas de alto valor para a população e deseja informá-la sobre os benefícios trazidos, fazendo menção a seu nome e ao nome do partido ao qual pertence. O prefeito pode fazer isso? Por qual razão? Quais os limites para a mensagem publicitária?

Capítulo 3 – Processo Administrativo

No capítulo 1 estabelecemos a relação entre o Estado, o Direito e a Constituição, demonstrando que uma das principais funções de uma Constituição é a limitação ao exercício do poder estatal. No capítulo 2 discutimos a organização do Estado Brasileiro, com um foco mais detalhado no Poder Executivo, e estudamos alguns princípios específicos do direito

[92] Dicionário Michaelis Online, disponível em <http://michaelis.uol.com.br/modernoportugues/busca/portugues-brasileiro/efici%C3%AAncia/>.
[93] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 1 – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 489.

administrativo, que estabelece regras e procedimentos para que o poder estatal seja legitimamente exercido.

Com base no que já foi apresentado, e relembrando o princípio da legalidade de nosso ordenamento jurídico, passamos ao estudo do processo (ou procedimento) administrativo, que é o mecanismo pelo qual "a possibilidade ou a exigência supostas na lei em abstrato passam para o plano da concreção."[94]

A primeira parte do capítulo visa estabelecer conceitos básicos sobre o processo administrativo, explicar o princípio do devido processo legal e analisar os limites para a obtenção e o uso de prova. A segunda parte analisa algumas questões práticas relacionadas ao processo administrativo.

1. Processo Administrativo – Considerações Gerais

O processo (ou procedimento) administrativo é o meio pelo qual o ato administrativo é concretizado. Celso Antônio Bandeira de Mello é enfático ao dizer que

> [...] não é difícil perceber que um procedimento sempre haverá, pois o ato, como dito, não surge do nada. Tal procedimento – isto, sim – terá sido mais ou menos amplo, mais ou menos formalizado, mais ou menos acessível aos administrados, mais ou menos respeitador de exigências inadversáveis do Estado de Direito ou de regras explícitas do ordenamento positivo. Sua ocorrência é induvidosa, exista ou não uma lei geral de processo ou procedimentos administrativos.[95]

Assim, o exercício da função administrativa estatal depende da existência do processo em si, pois este é pressuposto para a emissão de atos administrativos. A importância do estudo do processo administrativo decorre do fato de que, sendo o processo o caminho procedimental para a concretização do ato administrativo, é por meio dele que os direitos do cidadão serão (ou não) garantidos.

Antes de adentrarmos na discussão sobre o processo administrativo em si, é importante conceituarmos o ato administrativo, que será o resultado do processo.

A. O Ato Administrativo – Introdução

Existem diversos conceitos distintos sobre o ato administrativo na doutrina. Em que pese as divergências, é importante se ter uma ideia de suas características principais, tendo em vista a necessidade de compreensão do conceito para a discussão sobre o processo administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

> O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcadas por características que o individualizam no conjunto de atos jurídicos. [...]
> Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são "falas" prescritivas. [...] Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja ela oral, escrita,

[94] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 504.

[95] Ibid., p. 504.

expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico.[96] e o conceitua como

> declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário do 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.[97]

Ricardo Marcondes Martins, por sua vez, conceitua ato administrativo como

> declaração, própria do exercício da função administrativa, por meio da qual um agente administrativo ou quem lhe faça as vezes profere uma decisão e, por meio dela, enuncia um veículo introdutor de norma administrativa. Em síntese: ato administrativo é o nome dado a todo veículo introdutor de norma administrativa; veículo introdutor é, por sua vez, uma norma jurídica, concreta e geral, extraída da enunciação-enunciada das normas administrativas, que preceitua o dever de reconhecimento da norma introduzida no mundo jurídico. Por metonímia, a expressão "ato administrativo" refere-se tanto ao veículo introdutor como a norma introduzida.[98]

De ambas as conceituações podemos extrair algumas características do ato administrativo: é uma declaração; é realizado no exercício de prerrogativas públicas; está sujeito a controle jurisdicional; e introduz norma jurídica no sistema.

Fala-se em perfeição, validade e eficácia do ato administrativo.[99] O ato é perfeito quando completa o ciclo necessário à sua produção; é válido quando feito de acordo com as normas legais; e é eficaz quando está apto para produzir seus efeitos.

O estudo do processo administrativo é relevante, em especial, para a perfeição e validade dos atos administrativos.

Os elementos do ato administrativo são seu conteúdo, ou seja, o que ele dispõe, e sua forma, que é o meio de sua exteriorização.[100]

Finalmente, para se evitar confusões com o processo administrativo, é importante diferenciá-lo dos conceitos de atos colegiais e atos complexos. Atos colegiais são atos simples, realizados por órgãos administrativos colegiados, enquanto o ato complexo é o ato que necessita da manifestação de dois ou mais órgãos, como, por exemplo, a nomeação efetuada por um órgão a partir de lista tríplice formulada por outro órgão.[101]

---

[96] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 383, 386.

[97] Ibid., p. 397.

[98] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 72.

[99] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 398-402.

[100] Ibid., p. 405-406.

[101] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 112.

Com base no entendimento do ato administrativo e de sua função, passamos a análise dos requisitos processuais para a sua produção, o caminho que deve ser percorrido para que ele seja introduzido no ordenamento jurídico de maneira perfeita e válida.

B. Noções do Processo Administrativo

Existe uma discussão doutrinária sobre a nomenclatura a ser dada ao caminho percorrido para se efetivar um ato administrativo, se processo ou procedimento.

Buscando lições do processo civil, Egon Bockmann Moreira explica que

> O processo pode ser examinado sob dois ângulos: por um lado, é relação jurídica entre as partes que nele interagem (aspecto interno); por outro, consubstancia rito ou sequência predefinida (aspecto superficial).
> Na medida em que se trata de relação jurídica específica, o processo configura vínculo entre pessoas derivado de previsões normativas próprias, cujo objeto é precisamente o motivo (fático ou jurídico) em razão do qual a relação processual se constitui e se desenvolve. [...]
> Tal relação jurídica processual desenvolve-se justamente através do rito denominado procedimento. Trata-se da forma de se concretizar o processo – tramitação ou sequência de atos na qual se desenvolve a relação processual. É o procedimento realidade essencial e inerente ao conceito de processo.[102]

Sob essa perspectiva, temos que procedimento nada mais é do que a sequência de atos, enquanto o processo implica uma relação jurídica. Quando se fala em processo, temos dentro dele um procedimento para a sua concretização, mas pode-se ter procedimento sem processo.

O que faz com que o processo seja processo é a existência de uma relação jurídica entre pessoas distintas. Nesse sentido, quando se fala em processo administrativo, significa que se está diante de uma relação onde, de um lado temos o Poder Público exercendo sua função administrativa, e de outro temos uma segunda pessoa.

O referido autor conclui que

> o conceito de relação jurídica é o de vínculo entre pessoas regulado pelo Direito. A relação pode ser estática (relação jurídica material) ou dinâmica (relação jurídica processual). Assim, caso essa ligação se desdobre no tempo, através da prática de série lógica e autônoma de atos – requisito preliminar ao ato final visado pelos sujeitos da relação -, trata-se de relação processual. Tal relação continuada é de direito público, pois não tem como objeto imediato o direito material, mas as normas que regulam a sequência de atos cuja prática é direito e/ou dever das pessoas participantes do processo.[103]

Dentro da lógica do Estado Democrático de Direito, das garantias constitucionais e das regras de direito administrativo, pode-se entender o processo administrativo como o conjunto de regras que possibilita o exercício dos direitos e garantias do particular.[113] Sobre o assunto, Romeu Felipe Baccelar Filho é da opinião de que

[102] MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 48.
[103] Ibid., p. 67.
[113] Ibid., p. 73.

> Sob este ângulo, o fenômeno mundial da legislação sobre o procedimento administrativo representa um indício de avanço democrático: chegar a um consenso sobre como os conflitos entre a administração e os cidadãos devam ser resolvidos indica, acima de tudo, a implementação de um sistema que não permita a existência de um poder personalizado e arbitrário. O procedimento administrativo atua como sistema de frenagem do poder antifuncional (que se arroga a prerrogativa de fazer e desfazer as regras do jogo). O Estado Democrático de Direito exige, antes de tudo, um método democrático.[104]

Portanto, o processo administrativo deve ser visto como regras que regulam uma relação entre o Poder Público, no exercício de suas prerrogativas públicas, e outra pessoa, garantido a racionalidade no exercício do Poder Estatal.

C. Espécies de Processo Administrativo

Egon Bockmann Moreira identifica três espécies de processo administrativo. No primeiro, o particular defende os seus direitos perante a Administração Pública:

> A primeira espécie envolve aqueles processos nos quais o particular defende os seus direitos. É o tipo tradicional, em que a Administração instala a pedido da parte interessada ou ex officio (e notifica a pessoa que será afetada, para que apresente defesa ou arque com as consequências do ato) [...] O processo visa a evitar um dano subjetivo, suprimindo agressão a direito fundamental de primeira dimensão (propriedade e liberdades).[105]

Tal espécie de processo administrativo é a clássica, onde o particular visa evitar uma agressão aos seus direitos. Neste caso a garantia do devido processo legal é muito relevante, tendo em vista a necessidade de, dentro de um Estado Democrático de Direito, se ter mecanismos que evitem arbitrariedades estatais e tornem o processo justo para a parte que poderá ter sua esfera de direitos atingida.

Na segunda espécie, a parte deseja ter um direito reconhecido pela Administração Pública:

> O particular pleiteia a instalação do processo e pede que a Administração profira decisão que o beneficie individualmente (ou a toda a coletividade).
> Não há litígio nem acusação, nem tampouco preexistem investidas públicas contra a liberdade e/ou propriedade. O processo visa a criar vantagem pública ou privada, de modo que não se cogita de conflitos propriamente ditos.[106]

Nessa situação, caso a Administração não reconheça o direito do indivíduo, o conflito poderá surgir em um segundo momento, perante o Poder Judiciário.

Finalmente, a última espécie de processo administrativo é aquela em que a Administração permite aos indivíduos a participação no processo de elaboração de normas.
Nesse caso,

> A Administração é responsável pela instalação do processo – sponte propria ou a pedido dos interessados. Mas quando o faz pede a colaboração de pessoas privadas (muitas vezes deve instalar essa colaboração).

[104] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 440.
[105] MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 77-78.
[106] Ibid., p. 78.

> Os indivíduos interagem não só na busca de benefícios privados, mas também com vistas a vantagens coletivas e/ou difusas (como se administradores públicos fossem). Por meio do processo administrativo o particular busca o cumprimento de direito fundamental de quarta dimensão (informação, democracia e pluralismo democrático na formação das decisões públicas).[107]

Um exemplo da terceira espécie de processo administrativo é a realização de audiências públicas por parte de agências reguladoras para a elaboração de normas de seu setor, envolvendo os que sofrerão o impacto das medidas a serem tomadas.

Em que pese o referido autor, na passagem citada, ter dado maior foco na necessidade do devido processo legal somente na primeira espécie de processo administrativo, o referido princípio é importante em todas elas. Por exemplo, no processo administrativo de elaboração normativa, o devido processo legal cria as condições para a concretização do princípio democrático, permitindo que a população participe e seja ouvida na elaboração de normas que irão afetá-la, possibilitando, assim, uma melhor qualidade das normas produziadas.

No âmbito federal, a lei que regula o processo administrativo é a 9.784/99, que também é utilizada subsidiariamente no âmbito estadual, quando não houver lei específica (TJMS MS 1408240-95.2014.8.12.0000, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 28/01/2015). O novo Código de Processo Civil também é aplicável aos processos administrativos, conforme disposto por seu art. 15,[108] de forma supletiva e subsidiária.[119]

D. O Devido Processo Legal

A concepção do devido processo legal tem como berço os sistemas jurídicos inglês e americano.[109] A Quinta Emenda da Constituição Americana dispõe que "ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal".

Com redação parecida, sua base legal no sistema jurídico brasileiro encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal:

> art. 5º [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

A doutrina brasileira não é uníssona sobre o conteúdo do princípio, que vem sendo discutido mesmo antes da promulgação da Constituição de 1988. Egon Bockmann Moreira, em seu estudo sobre o processo administrativo, e com base na Constituição Federal, sustenta que "[n]ão poderá haver aviltamento, ataque ou supressão [da liberdade ou bens de particulares] sem processo, que deverá ser adequadamente desenvolvido, tal como predefinido em lei."[110]

---

[107] Ibid., p. 78-79.

[108] "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente." [119] Ibid., p. 95.

[109] Para uma discussão sobre a evolução histórica do princípio nos sistemas jurídicos inglês e americano, ver
ibid., p. 269-288.

[110] Ibid., p 331.

O autor explica que nem sempre haverá o processo em si, qual seja, a instauração da relação jurídico-processual entre Estado e particular, para a emissão de ato administrativo que influencie a esfera de direitos subjetivos deste, mas sempre existirá "processo em potência".[111] Por exemplo, no caso de infração de trânsito, o ato de aplicação de multa é instantâneo, e aplicado antes mesmo de qualquer exercício de defesa de quem foi multado, mas poderá haver impugnação administrativa, instaurando-se a relação jurídica onde se discute o direito de quem recebeu a multa, que deverá seguir os trâmites previstos em lei.

Além disso, a Administração Pública não pode se eximir de apreciar o pedido do indivíduo, nos termos do art. 5º, XXXIV, a) da Constituição Federal:

> XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:
> a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

Dessa forma, instaurada a relação jurídico-processual, deve a Administração seguir o trâmite previsto e proferir decisão, para que possa invadir a esfera de direitos do particular. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira afirma que "[n]ão há legítima submissão da liberdade ou bens sem possibilidade de processo prévio, revestidos das garantias que a Constituição outorga".[123]

O processo instaurado, por sua vez, deverá ser pautado pelas regras constitucionais e legais (processo "devido" e processo "legal"), ficando maculado, e passível de ser anulado, caso não as atenda. No desenvolvimento do processo devem ser observados os princípios administrativos discutidos no capítulo anterior, como os da moralidade e da publicidade. São inerentes ao processo que é "devido".

O devido processo legal é inerente ao Estado de Direito. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> O próprio do Estado de Direito é subordinar o exercício do poder público à obediência de normas adrede concebidas para conformar-lhe a atuação, prevenindo, destarte, seu uso desatado ou descomedido. Deveras, o propósito nele consubstanciado é o de oferecer a todos os integrantes da Sociedade a segurança que não serão amesquinhados pelos detentores do Poder nem surpreendidos com medidas e providências interferentes com a liberdade e a propriedade sem cautelas preestabelecidas para defendê-las eficazmente.[112]

Portanto, o princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro visa garantir que o Poder Público somente possa atingir a liberdade e a propriedade dos indivíduos por meio de regras procedimentais que permitam o exercício de seus direitos.

---

[111] Ibid., p. 333.
[123] Ibid., p. 337.
[112] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 122.

Dois princípios próximos ao devido processo legal, e essenciais para que este seja atingido, são os princípios do contraditório e da ampla defesa, que passamos a tratar.

i. Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

A Constituição Federal prevê que "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" (art. 5, LV).

Romeu Felipe Bacellar Filho explica que

> Sob o ponto de vista prático, o contraditório fundamenta-se na facilitação, por meio da atividade contraposta das partes, com mediação do juiz, da investigação do material fático e jurídico da causa ou da busca da verdade no processo a partir da procura dos fatos e atuação da lei.
> O contraditório tem como método o diálogo, em compensação, amplia o quadro de análise, concita à comparação, minimiza o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.[113]

No novo Código de Processo Civil, o princípio está regulado em seus artigos 9º e 10:

> Art. 9o Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
> I - à tutela provisória de urgência;
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
> III - à decisão prevista no art. 701.
>
> Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Tendo em vista a aplicabilidade do Código de Processo Civil aos processos administrativos, tais artigos também devem neles ser observados. Antes de se ter uma decisão que prejudique uma parte, ela deverá ser ouvida, e quem decide não poderá fazê-lo com base em fundamento pelo qual a parte não tenha tido a oportunidade de se manifestar.

Sobre o princípio, é interessante a lição de Egon Bockmann Moreira:

> O contraditório configura a garantia de ser cientificado com clareza não só da existência do processo, mas de tudo o que nele ocorra, podendo o particular manifestar-se a respeito de todos os atos e fatos processuais, gerando, em consequência, o dever do órgão julgador de apreciar tais intervenções e tomá-las em conta ao proferir sua decisão. [...]
> Frise-se que o contraditório não alberga mero dever processual de intimação das partes envolvidas, mas também os desdobramentos substanciais desse dever. [...] Assim, somente serão válidas as decisões que motivadamente apreciarem cada uma das manifestações dos administrados [...][114]

[113] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 564.

[114] MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 353.

Portanto, o contraditório garante à parte não só o direito de ser ouvido, mas também o direito de ter os seus argumentos considerados. Por sua vez, o princípio da ampla defesa significa

> a garantia de poder defender-se e articular suas razões, garantia de que essas razões serão apreciadas e levadas em conta, garantia de um processo legítimo e garantia do respeito a um Estado Democrático de Direito. O princípio representa o todo dessa escala ascendente de direitos do particular em face da Administração Pública. Não apenas a prerrogativa de manifestação em processos que incidam sobre sua liberdade e/ou bens, mas garantia de participar ativamente na tomada de decisões estatais.[115]

No exercício da ampla defesa, é possível que o indivíduo se utilize tanto de defesas de mérito, ou seja, referentes ao seu direito em si, quanto de defesas referentes à condução do processo, ou seja, da relação processual.[116]

Assim, com base nesse princípio, e nos demais princípios do Direito Administrativo, para que haja interferência do Estado na propriedade ou na liberdade do indivíduo, não só o Estado deve possuir um direito de realizar tal interferência, mas a sua execução deve obedecer os procedimentos legais para tanto. Caso não o faça, o particular pode pleitear que a própria questão de fundo não seja julgada, por inobservância das regras procedimentais.[129]

O princípio da ampla defesa está, portanto, ligado aos demais princípios constitucionais e do Direito Administrativo. É por meio de tal princípio que os outros princípios são efetivados.

[115] Ibid., p. 383.
[116] Ibid., p. 384.
[129] Ibid., p. 387.

Por exemplo, se alguma previsão legal durante o processo não é obedecida, é por meio do direito à ampla defesa que a Administração ficará obrigada a analisar a situação, e constatando a ilegalidade, deverá ou corrigir a situação, ou invalidar o processo em si.

A segunda parte do capítulo toma como base os princípios analisados e desenvolve alguns aspectos práticos do processo administrativo.

E. Atividade - Discussão

O princípio do devido processo legal preceitua que a interferência do Poder Público na esfera de liberdade ou propriedade de indivíduos deve ser realizada após um processo, com contraditório e ampla defesa. A regra do devido processo legal é absoluta? Em caso negativo, quais as hipóteses na qual poderia o Estado interferir na esfera de direitos do indivíduo sem o devido processo legal?

2. Processos Administrativos: Questões Práticas

Na primeira parte deste capítulo foi possível identificar que o processo administrativo comporta várias espécies distintas, desde a defesa de indivíduos contra atos da Administração, passando relação onde o particular visa a obtenção de algum direito, e finalmente possibilitando a participação na elaboração de leis.

Esta segunda parte do capítulo 3 tem como objetivo analisar algumas questões práticas referentes ao processo administrativo, com um foco em suas duas primeiras espécies. Entre os temas tratados encontram-se a defesa técnica, os meios de prova, a necessidade de motivação da administração e os recursos administrativos.

As bases para a análise de tais questões são a Lei 9.784/99 e o Novo Código de Processo Civil.

A. Defesa Técnica

Defesa técnica significa a realização de defesa por pessoa habilitada para tanto, ou seja, defesa por advogado e assistência de peritos.[117]

O art. 3º da Lei 9.784/99 dispõe que:

> Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:
> IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

O disposto no artigo é claro no sentido de que a defesa técnica é facultativa, de forma que sua ausência não macula o processo administrativo. A ampla defesa em sede processual não exige, portanto, que ela seja realizada por advogado.

[117] Ibid., p. 429.

Em que pese a inexistência de obrigatoriedade de realização de defesa por advogado, em casos mais complexos é importante que a Administração Pública, ao iniciar o processo administrativo, dê ciência à parte sobre a possibilidade de contratação de advogado, especialmente quando a sua instauração se dá pela iniciativa da própria Administração.[118]

A aplicabilidade do princípio da ampla defesa e a desnecessidade de defesa técnica no processo administrativo foram assuntos amplamente discutidos, chegando ao Supremo Tribunal Federal, onde após vários julgamentos foi editada a Súmula Vinculante n. 5, que dispõe:

> A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

O Precedente Representativo da Súmula é no seguinte sentido:

> Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. (...) Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas. (RE 434059, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 7.5.2008, DJe de 12.9.2008)

Portanto, o cuidado que a Administração Pública deve ter quanto à defesa técnica é, primeiramente, permitir que ela seja realizada, e em segundo lugar, informar à parte interessada que, caso deseje, poderá utilizá-la.

B. Provas no Processo Administrativo

A atividade probatória cabe tanto à Administração, quanto ao interessado que deseja provar determinado fato. A Lei 9.784/99 dispõe:

> Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.
> Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.
> Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.
> Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

[118] Ibid., p. 430.

Com base no princípio do contraditório, a prova produzida por uma das partes deve ser submetida a apreciação da outra, para que possa ser analisada e contestada. O que importa não é o efetivo exercício do direito ao contraditório pela parte, mas a possibilidade de ser realizado. Egon Bockmann Moreira explica que

> Se o interessado se abstém de propor e participar das provas, não poderá alegar vícios formais na sua produção e cerceamento de sua defesa. O STJ já decidiu que a ampla defesa "significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas servíveis ao indiciado/réu ou qualquer pessoa que responda a processo administrativo ou judicial. Não serve, contudo, para postergar o rito ao alvitre da parte interessada."[119]

Nem todas as provas podem ser admitidas ao processo administrativo. A Constituição Federa é clara no sentido de que:

> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

A discussão sobre o que é prova ilícita e sobre a extensão da previsão constitucional é ampla e relevante para o direito processual, em todas as suas vertentes. A regra geral é a de que prova obtida com violação a direito é ilícita. Para se saber, porém, quais são os casos de provas permitidas e provas proibidas, é importante analisar a jurisprudência do STF.

A título de exemplo, são permitidas i) a prova obtida por meio da rede de computadores, mesmo em contexto internacional, quando disponível ao público em geral (redes sociais) (MS 33.751), ii) a gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 583.937 QO-RG) e a iii) gravação telefônica realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro (RE 453.562 AgR).

Por sua vez, são proibidas i) a interceptação telefônica sem autorização judicial (HC 106.244), ii) a juntada de documentos confidenciais de empresa, sem a sua autorização (HC 82.862) e iii) informações obtidas de computador apreendido com violação de domicílio (AP 307).

Essas situações são meramente exemplificativas, havendo várias outras que podem ser consideradas lícitas ou ilícitas.

Sendo uma prova ilícita, ela não poderá ser utilizada no processo, e poderá contaminar todas as outras provas, mesmo que licitamente produzidas, que dela tenham decorrido, o que é conhecido como a doutrina da fruit of the poisonous tree (a maçã da árvore envenenada), a qual admite algumas exceções. As duas de maior relevância são a fonte autônoma de prova e a descoberta inevitável.

[119] Ibid., p. 417.

Na fonte autônoma de prova,

> os fatos demonstrados por uma prova ilícita podem ser aceitos caso haja outra prova que não padeça de ilicitude ou é possível aceitar a prova derivada da ilícita se a informação também tenha outra fonte lícita.[120]

No descobrimento inevitável,

> admite-se uma prova repudiada ilícita ou derivada de prova ilícita caso se demonstre que seria obtida por outra forma por procedimentos de praxe utilizados, através de um juízo hipotético do que normalmente ocorreria.[121]

Nessa segunda exceção, o exemplo dado pelo autor é o da obtenção de um documento através de invasão de domicílio, mas logo depois a autoridade policial realiza busca e apreensão no local, com mandado devidamente expedido.[135]

Não havendo a incidência de exceção, a regra é a de que tanto a prova ilícita como as que dela decorrem não poderão ser utilizadas no processo.

Em que pese posicionamento contrário dos Tribunais brasileiros, Egon Bockmann Moreira defende uma moderação na impossibilidade de utilização de prova ilícita em determinados casos, quando a prova não decorra de ilícito gravíssimo:

> Caso não o seja, e com base nos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e finalidade, deverá o julgador decidir se a prova obtida por meio ilícito trará ao processo o excelente atendimento ao interesse público e aos direitos fundamentais postos em jogo (isso especialmente quando tais provas versarem sobre comportamentos administrativos, regidos pelos princípios da moralidade e da publicidade). O exemplo mais claro é o de gravações desautorizadas, telefônicas ou não, de autoridades públicas no exercício de função administrativa. Imagine-se que tais documentos cheguem, informal e anonimamente, às mãos de servidor prestes a receber sanção administrativa gravíssima e que resultem em sua absolvição. Pense-se em cópias não autorizadas de documentos públicos os quais revelem a desrazão da Administração Pública. Em casos como esses, e em tese, a prova obtida ilicitamente pode ser aproveitada.[122]

Com relação à matéria probatória, a última questão a ser discutida é a possibilidade de utilização de prova emprestada de outros processos. O novo CPC tratou do assunto em seu artigo 372:

> O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindolhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

De acordo com o CPC, aplicável subsidiariamente aos processos administrativos, para a utilização de prova emprestada basta que o contraditório tenha sido observado no processo

[120] NUNES DE CARVALHO, Caio Augusto. Provas ilícitas no direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. G.); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Direito Probatório – Coleção Grandes Temas do Novo CPC v. 5. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016. p. 188.

[121] p. 189.

[135] p. 190.

[122] MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 426-427.

anterior. A doutrina, ao analisar a questão, elenca alguns requisitos para a utilização da prova emprestada:

> a) em primeiro lugar, deve observar o contraditório no processo de origem. [...]
> b) o adversário daquele que pretende utilizar a prova emprestada deve ter sido parte no processo em que a prova foi produzida. No nosso sentir, aquele que pretende trazer a prova emprestada não precisa ter participado do processo de origem, já que será beneficiário dela. [...]
> c) Pode ser oriunda de outras esferas com a penal, tributária, trabalhistas e inclusive arbitral [...];
> d) Entendemos que não há como se admitir a prova trasladada de inquérito policial ou procedimento administrativo pela falta de preservação do contraditório, que se exige para a admissão da prova emprestada. Isto porque constituem peças meramente informativas, de procedimento inquisitorial, sem garantia do contraditório.
> e) O traslado da prova deve ser idôneo, não se admitindo provas ilícitas.[123]

Caso os requisitos para utilização dos documentos como "prova emprestada" não sejam cumpridos, ainda assim eles poderão ser utilizados, mas já não como prova constituída, mas sim como meros documentos que deverão ser submetidos às garantias do contraditório e ampla defesa no processo na qual foram juntados.[124]

A matéria "provas" no processo administrativo é bastante ampla, sendo impossível esgotá-la no presente curso. O que se buscou foi trazer alguns conceitos básicos e algumas discussões que vem sendo realizadas sobre o assunto.

C. Motivação da Administração

Diante do Estado Democrático de Direito e das garantias constitucionais e do direito administrativo que o particular possui perante o Estado, as decisões administrativas devem ser motivadas, para que se possa entender as razões pelas quais ela foi tomada, e até mesmo para se possibilitar o controle do ato em si.

O art. 50 da Lei 9.784/99 apresenta um rol exemplificativo de atos administrativos que precisam ser motivados:

> 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;

[123] AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. G.); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Direito Probatório – Coleção Grandes Temas do Novo CPC v. 5. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016. p. 487-488.

[124] MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 420.

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

A Lei também impõe que "[a] motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato" (art. 50, §1º).

Para tanto, a motivação deve indicar os "pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão" (art. 2º, VII), bem como considerar os elementos probatórios trazidos aos processo (art. 38, §1º).

Tais requisitos, na realidade, impõe o dever de que a motivação do ato seja fundamentada. Sendo um requisito de fundamentação, é interessante buscar, por analogia, o que seria uma decisão não fundamentada no Código de Processo Civil:

> Art. 489 [...] § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A mesma lógica também é aplicável para as decisões em processos administrativos, que caso não a sigam serão passíveis de anulação, por ilegalidade decorrente de falta de fundamentação idônea.

D. Recursos Administrativos

O direito à recurso é garantia constitucional, conforme o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal:

> 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;

A Lei 9.784/99 dispõe sobre recursos administrativos em seu art. 56 e seguintes:

> 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. [...]

> Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa. [...]

> Art. 60. O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes.
> Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.
> Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.
> Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.
> Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.
> Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada. Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

Pode-se extrair dos artigos transcritos algumas orientações gerais sobre o processo administrativo. Para que seja admitido, o recurso deve passar por um juízo de admissibilidade. Egon Bockmann Moreira explica que:

> Não podem nem sequer ser conhecidos: os recursos intempestivos; formulados perante órgão incompetente; formulados por pessoa ilegítima, ou caso exaurida a esfera administrativa.[125]

Com base na sistemática da Lei 9.784/99, o recurso deve ser dirigido a autoridade que proferiu a decisão, que poderá reexaminar o recurso, e caso não concorde com seus argumentos, deverá encaminhá-lo para a autoridade superior.

Como regra geral, o recurso não possui efeito suspensivo, o que significa que a decisão de órgão inferior deverá ser cumprida enquanto não houver sua reforma pelo julgamento do recurso. É possível a atribuição de efeito suspensivo à decisão, tanto pela autoridade prolatora quanto pela autoridade revisora, em caso de "justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução".

Finalmente, em processo que implique sanção disciplinar, é possível sua revisão em casos de surgimento de fatos novos, mas nesse caso não poderá haver o agravamento da sanção aplicada. Aqui não se trata estritamente de recurso administrativo, pois o processo já havia terminado.

Durante o processo, e no caso de recurso, é possível que a situação do recorrente seja agravada, desde que garantido o contraditório, nos termos do art. 64 da Lei 9.783/99.

É importante ressaltar que a referida sistemática é regra geral, mas os Estados e Municípios poderão ter legislação específica com regras próprias. Por exemplo, no Estado de

[125] Ibid., p. 436.

Mato Grosso do Sul, os processos administrativos tributários estão submetidos à sistemática da Lei Estadual 4.624/2014.

E. Processo Administrativo Disciplinar – MS

No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, o Processo Administrativo Disciplinar é regulado pela Lei Estadual 1.102/90.

O art. 242 dispõe que "[a] autoridade que tiver conhecimento de irregularidades no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, através de sindicância ou de processo disciplinar, assegurado ao acusado ampla defesa."

De acordo com a sistemática do Estado de Mato Grosso do Sul, a sindicância é "meio sumário de verificação", "realizada por funcionário ou comissão constituída por membros de condição hierárquica nunca inferior ao sindicado" (art. 252).

Sua instauração decorre de "determinação de dirigente de órgão ou chefia a que pertencer o funcionário" (art. 252, parágrafo único).

A sindicância pode ser utilizada como preliminar de processo administrativo disciplinar, e desde que não seja necessária a sua instauração desde o início da controvérsia (art. 253).

Após a conclusão da fase probatória, o sindicado deverá ser intimado para oferecer defesa escrita (art. 254), e após a defesa o sindicante ou a comissão deverá apresentar à autoridade competente "relatório de caráter expositivo, contendo, exclusivamente, os elementos fáticos colhidos, abstendo-se de quaisquer observações ou conclusões de cunho jurídico" (art. 255).

Havendo necessidade, a instauração do processo disciplinar e designação da Comissão Processante devem ser realizadas por "Secretários de Estado, dos Procuradores-Gerais, dos dirigentes superiores das autarquias e fundações" (art. 256).

No caso de processo disciplinar, "[a] comissão será composta de três membros, tendo como seu presidente, de preferência, bacharel em direito, cabendo-lhe conduzir o processo disciplinar e designar o respectivo secretário" (art. 256, §1º), podendo haver o afastamento dos membros da comissão em caso de necessidade (art. 256, §3º).

Para se evitar influências indevidas no processo, e atendendo aos princípios da moralidade e da impessoalidade, "[n] ão poderá ser designado para integrar comissão de processo disciplinar, mesmo como secretário desta, parente consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, do denunciante ou denunciado, bem como do subordinado deste" (art. 257).

A citação do acusado deverá ser realizada por escrito (art. 259).

Outro ponto importante é que as testemunhas não poderão eximir-se da obrigação de depor (art. 262), podendo a elas, quando servidoras, ser imposto até mesmo sanção (art. 262, §1º). Se a pessoa não faz parte do serviço público e se recusa a depor, poderá ser requisitada ajuda da autoridade policial para que a testemunha seja ouvida na polícia (art. 262, §3º).

Ao final, "[a] comissão completará o seu trabalho com relatório expositivo e circunstanciado, declinando as irregularidades imputadas a cada acusado, concluindo pela inocência ou responsabilidade, indicando, neste último caso, os dispositivos legais transgredidos e a pena aplicável."

A autoridade julgadora decidirá com base nos fatos encontrados pela comissão, mas não fica vinculada às conclusões do relatório (art. 272, §6º).

F. Atividade - Discussão

Funcionário público está sendo acusado de ter cometido um ato ilícito, passível de demissão. Os fatos afirmados podem ser refutados com base em documentação constante de processo que tramita em órgão público diverso do qual pertence. Com a ajuda de um amigo que trabalha no órgão em questão, ambos os funcionários, na calada da noite, e com uso de chave falsa, adentram no local onde o processo se encontra e extraem cópias do mesmo. A referida prova poderá ser utilizada para instrução probatória no primeiro processo? Fundamente.

Parte 2 – Financiamento, Planejamento, Despesas e Contratações Estatais

Capítulo 4 – Arrecadação e Despesas Estatais

O Estado, para desempenhar suas funções, necessita arrecadar recursos e utilizá-los de maneira que vise atingir o interesse público. Tanto para a arrecadação quanto para a realização de gastos, o Estado precisa agir de acordo com as regras legais postas no ordenamento jurídico. Os dois ramos do direito que tratam da arrecadação e gastos do Estado são o direito tributário e o direito financeiro, que serão objeto de estudo do presente capítulo.

1. Noções de Direito Tributário

Direito Tributário pode ser conceituado como

> o direito que disciplina o processo de retirada compulsória, pelo Estado, da parcela de riquezas que seus súditos, mediante a observância dos princípios reveladores do Estado de Direito. É a disciplina jurídica que estuda as relações entre fisco e contribuinte.[126]

Vários são os aspectos do Direito Tributário que necessitam ser entendidos para uma mínima compreensão de como se dá a relação entre o Estado e o contribuinte. A primeira parte deste capítulo explica o conceito de tributo, as espécies de tributo e o papel da Constituição na tributação e os limites por ela impostos.

A. O Conceito de Tributo

O Código Tributário Nacional conceitua tributo como:

[126] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O dispositivo elenca algumas características para que determinado fenômeno possa ser considerado tributo.

A primeira é que tributo trata-se de uma prestação pecuniária, ou seja, em dinheiro. Obrigações de fazer não se enquadram no conceito de tributo, de forma que podemos excluir de seu conceito o serviço militar obrigatório.

A segunda é sua compulsoriedade. O pagamento de tributo é obrigatório, não havendo escolha pela parte tributada em querer pagar ou não o tributo. Caso não o faça, estará cometendo um ato ilícito, com diferentes consequências dentro do sistema legal.

Finalmente, sanção por ato ilícito não é considerada como tributo. A obrigação tributária nasce em decorrência de atos que não possuem caráter ilícito.

Com base nessas características, é possível se ter uma noção do que é tributo. É importante ressaltar que o referido conceito deve ser interpretado tendo sempre como parâmetro a Constituição Federal, que é a norma que estrutura todo o ordenamento legal brasileiro, incluindo o direito do Estado em realizar a tributação.

B. Espécies de Tributo

Com base na Constituição Federal, é possível identificar 5 espécies diferentes de tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

i. Impostos

Segundo o art. 16 Código Tributário Nacional,

> Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

É importante complementar a definição do Código Tributário Nacional, para não se confundir impostos com contribuições e empréstimos compulsórios. A diferença é que nestes dois últimos a receita da arrecadação deve ser destinada para fim específico, enquanto os impostos, por previsão constitucional (art. 167, IV), não podem estar afetados a nenhuma finalidade específica.[127]

A Constituição Federal utiliza o critério de bases econômicas para a repartição da competência para a instituição de impostos, que devem ser fielmente observadas. Por exemplo, compete à União instituir impostos sobre a renda e proventos de qualquer natureza (art. 153, III). Nenhum Estado ou Município poderá criar imposto que, de alguma forma, onere a renda ou proventos das pessoas.

ii. Taxas

[127] PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 21.

O art. 145 da Constituição Federal dispõe:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...] II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

Percebe-se que a taxa tem um caráter remuneratório, pois pode ser instituída somente "em razão do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis". São duas hipóteses, portanto, para a instituição de uma taxa: exercício do poder de polícia e utilização de serviços públicos.

A primeira hipótese para a instituição de taxa é o exercício do poder de polícia pelo Estado.

Poder de polícia é, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "[a] atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos".[128] Segundo o autor, a expressão

> [r]efere-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delineia a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Por isso, nos Estados Unidos, a voz police power reporta-se sobretudo às normas legislativas através das quais o Estado regula os direitos privados, constitucionalmente atribuídos aos cidadãos, em proveito dos interesses coletivos, com bem anota Caio Tácito.
> A expressão "poder de polícia" pode ser tomada em sentido mais restrito, relacionando-se unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais. Esta acepção mais limitada responde à noção de polícia administrativa.[129]

Para que se institua a taxa relativa ao poder de polícia,

> não basta a existência de uma norma limitadora de direitos individuais; faz-se necessária uma atividade pública no sentido da garantia da sua observância, a qual implique despesa pública e, por isso, necessidade de custeio.[130]

Um exemplo de taxa de poder de polícia é a criada pela Lei 89/97, referente à fiscalização das embarcações em viagem de curso internacional.

A segunda espécie de taxa é a decorrente de serviços, efetivos ou potenciais, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Segundo Leandro Paulsen, as vezes é difícil diferenciar o tipo de taxa a ser cobrada.[145] Com relação à taxa de serviço, o autor explica que

---

[128] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 851.

[129] Ibid.

[130] PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 25. [145] Ibid. p. 26. [146] Ibid.

> Não é qualquer serviço que admite a instituição de taxa. Se a outorga constitucional de competência para a exigência de taxa dá-se em razão da prestação de serviço, tal serviço deve existir. Sua utilização, sim, pode ser efetiva ou potencial, e, se potencial a utilização, estar à disposição. Não existindo o serviço, não pode ser instituída a taxa. Não colocado à disposição ou efetivamente prestado ao contribuinte, não ocorrerá seu fato gerador.[146]

Dois exemplos interessantes são a taxa de coleta de lixo, e a taxa de prevenção de incêndio. O primeiro é um serviço posto à disposição e prestado, pois mesmo que o contribuinte não produza lixo, um caminhão passará para recolhê-lo. O segundo, por sua vez, é potencial, e será efetivamente utilizado somente caso ocorra um incêndio.

Além disso, o serviço deve ser específico e divisível. Por essa razão, a taxa de iluminação pública foi considerada inconstitucional (Súmula 670 STF).

É importante mencionar que serviços públicos objeto de concessão são remunerados por tarifas, e não por taxas, de forma que o regime jurídico é diverso do tributário. Nesse sentido temos os seguintes julgados do STF:

> O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que a remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter nãotributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas. (STF, RE 518256/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15/12/2011)

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. ENERGIA ELÉTRICA. ENCARGOS CRIADOS PELA LEI 10.438/02. NATUREZA JURÍDICA CORRESPONDENTE A PREÇO PÚBLICO OU TARIFA. INAPLICABILIDADE DO REGIME TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE NA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS. RECEITA ORIGINÁRIA E PRIVADA DESTINADA A REMUNERAR CONCESSIONÁRIAS, PERMISSIONÁRIAS E AUTORIZADAS INTEGRANTES DO SISTEMA INTERLIGADO NACIONAL. RE IMPROVIDO. I - Os encargos de capacidade emergencial e de aquisição de energia elétrica emergencial, instituídos pela Lei 10.438/02, não possuem natureza tributária. II - Encargos destituídos de compulsoriedade, razão pela qual correspondem a tarifas ou preços públicos. III - Verbas que constituem receita originária e privada, destinada a remunerar concessionárias, permissionárias e autorizadas pelos custos do serviço, incluindo sua manutenção, melhora e expansão, e medidas para prevenir momentos de escassez. IV - O art. 175, III, da CF autoriza a subordinação dos referidos encargos à política tarifária governamental. V - Inocorrência de afronta aos princípios da legalidade, da não-afetação, da moralidade, da isonomia, da proporcionalidade e da razoabilidade. VI - Recurso extraordinário conhecido, ao qual se nega provimento. (STF, RE 576189/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 22/04/2009).

iii. Contribuições de melhoria

A Constituição Federal permite a instituição de "contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas" (art. 145, III).

Por sua vez, o Código Tributário Nacional dispõe que:

> Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.
> Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:
> I - publicação prévia dos seguintes elementos: a)
> memorial descritivo do projeto;
> b) orçamento do custo da obra;
> c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
> d) delimitação da zona beneficiada;
> e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas; [...]
>
> § 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

Com base no artigo do Código Tributário Nacional, a contribuição de melhoria possui um limite global e um limite individual. O limite global é o custo da obra a ser realizada, e o limite individual é a valorização de cada imóvel beneficiado. A divisão do valor global a ser pago depende do fator de valorização de cada imóvel.

Referido tributo não é de fácil instituição e arrecadação, pois, como qualquer tributo, depende de lei prévia e específica,[131] e a sua cobrança é complexa. Kiyoshi Harada explica que

> A maior dificuldade na cobrança dessa espécie tributária está na delimitação da zona de influência benéfica da obra pública. Sabemos que existem obras que acarretam valorização longitudinal, ao longo da obra; outras que ocasionam valorização radial, ao redor da obra; outras ainda, como o conhecido "minhocão" (Elevado Costa e Silva) motivam valorização nos pontos extremos. Daí a dificuldade na detectação de imóveis passíveis de valorização em decorrência de obra pública. Isso explica a razão pela qual a maioria das municipalidades vêm cobrando a contribuição de melhoria somente em relação à execução de obras de pavimentação de vias e logradouros públicos, hipótese em que é fácil a delimitação da zona de influência benéfica. Alguns Municípios vêm instituindo taxa de asfaltamento com o fito de facilitar sua cobrança.[132]

iv. Empréstimos compulsórios

São duas as hipóteses para a instituição de empréstimo compulsório, o que só pode ser feito pela União, nos termos do art. 148 da Constituição Federal:

> Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:
> I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;
> II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".

[131] REsp 1326502/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, abr/2013.
[132] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 357.

No caso de empréstimo compulsório para investimento público, o Estado só poderá cobrá-lo no exercício financeiro seguinte ao qual a lei que o instituiu tenha sido publicada.

Na lei de instituição do empréstimo compulsório deverão ser fixados o seu prazo e as condições para resgate, nos termos do art. 15, parágrafo único do CTN.

v. Contribuições especiais

A categoria contribuições especiais é, na verdade, gênero que abarca várias espécies de contribuições diferentes, cada uma com características diversas, que são: sociais, de intervenção do domínio econômico, de interesse de categorias profissionais ou econômicas e de iluminação pública municipal.

Diferentemente dos impostos, as contribuições são criadas com uma finalidade específica que deve ser observada, mas que se apresenta de maneira mais genéricas que as taxas.

i. Contribuições Sociais

As contribuições sociais estão previstas nos arts. 149 e 195 da Constituição Federal, que dispõem:

> Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.
> § 1º 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.
>
> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
> b) a receita ou o faturamento;
> c) o lucro;
> II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
> III- sobre a receita de concursos de prognósticos.
> IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

A regra é a de que somente a União poderá instituir contribuições sociais. O art. 149 §º1 abre uma exceção, que é a possibilidade de instituição de contribuições por Estados, Municípios e pelo Distrito Federal para o custeio de seu regime previdenciário.

Por serem tributos, as contribuições devem seguir as normas gerais em matéria tributária, estando também obrigadas a obedecer ao princípio da legalidade (art. 150, I, CF) e o da

anterioridade, tanto anual quanto nonagesimal (150, III, CF), não se aplicando a anterioridade anual às contribuições sociais do art. 195.

Com relação às contribuições sociais, Leadro Paulsen explica que

> [a] outorga de competência à União para a sua instituição de contribuições sociais como instrumento da sua atuação na respectiva área, ou seja, na área social, deve ser analisada à vista dos objetivos estabelecidos no Título "da Ordem Social", a serem buscados pelo Poder Público, pois estes delimitarão as atividades passíveis de serem custeadas pelas contribuições sociais. Não há, pois uma competência irrestrita, uma carta branca ao legislador para a criação de tributos simplesmente justificados como destinados a uma finalidade social. A validade da contribuição dependerá da finalidade buscada que, necessariamente, terá de encontrar previsão no Título atinente à Ordem Social.[133]

As principais contribuições sociais são as previstas no art. 195 da CF, que tem por finalidade remunerar a seguridade social, que consiste em "um conjunto integrado de ações [...] destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social".

ii. Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico

As contribuições de intervenção no domínio econômico não tem função arrecadatória, mas sim de instrumento de atuação do Estado na área econômica.[134]

Alguns exemplos são o Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante, "destinada à obtenção de recursos financeiros para custear a intervenção da União nas atividades de apoio ao desenvolvimento da marinha mercante",[151] e a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação.

iii. Contribuição de Interesse de Categorias Profissionais ou Econômicas

Alguns exemplos de contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas são as pagas para os conselhos profissionais e as arrecadas para a manutenção do Sistema S (SENAI, SENAC, SESC).

iv. Contribuição de Iluminação Pública

Os municípios tentavam remunerar o serviço de iluminação pública por meio de taxa, o que foi considerado inconstitucional diante da indivisibilidade do serviço (STF RE 233.332), resultando na Súmula Vinculante n. 41, do STF:

> O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Em decorrência da inconstitucionalidade da remuneração de tal serviço mediante taxa, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 39/2002, incluindo o art. 149-A na Constituição Federal, que dispõe:

> Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o

[133] PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 111.
[134] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 363.
[151] Ibid., p. 364.

> disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002) Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica.

Assim, o serviço de iluminação pública passou a ser remunerado mediante contribuição específica para tal fim.

C. Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar

Conforme tratado no capítulo 1, a Constituição Federal visa garantir direitos aos cidadãos contra o exercício arbitrário do Poder Estatal. Um dos aspectos mais importantes de tal garantia encontra-se situado na relação tributária, que trata da apropriação estatal do bem particular.

Gilmar Mendes explica que

> Os direitos e garantias constitucionais relativos à tributação cuidam exatamente de introduzir um núcleo essencial e incoercível de liberdades individuais a preservar em face da organização burocrática. A densidade da disciplina constitucional da matéria é, destarte, índice inequívoco e definitivo de sua relevância para nossa organização social.[135]

As limitações ao poder de tributar encontram-se disciplinadas no art. 150 a 152 da Constituição Federal, abarcando diversos princípios e regras que devem ser seguidos pelo Poder Público. A tributação realizada em desconformidade com a Constituição torna-se ilegal, abrindo para o cidadão a possibilidade de tê-la afastada, seja por meio do direito de petição aos órgãos da Administração Pública, seja por meio do uso do Poder Judiciário.

O rol de limitações ao poder de tributar é bastante extenso, de forma que trataremos somente de alguns princípios essenciais para se ter uma noção dos limites do exercício do poder estatal.

i. Princípio da Legalidade Tributária

O art. 150, I da Constituição Federal dispõe que:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

O entendimento doutrinário é no sentido de que o princípio da legalidade tributária é mais restritivo do que o da legalidade genérica, obrigando a edição de lei em sentido estrito para a imposição tributária. Leandro Paulsen explica que

> O conteúdo normativo da legalidade tributária extrapola o da legalidade geral. A legalidade tributária implica reserva absoluta da lei, impondo que os tributos sejam instituídos não apenas com base em lei ou por autorização legal, mas pela própria lei, dela devendo ser possível verificar os aspectos da norma tributária impositiva de modo a permitir ao contribuinte o conhecimento dos efeitos tributários dos atos que praticar ou posições jurídicas que assumir. Não há a possibilidade de delegação de competência legislativa ao Executivo para que institua tributo, qualquer que seja,

[135] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1415.

> tampouco para que integre a norma tributária impositiva, ressalvadas apenas as atenuações através das quais a própria Constituição, de modo excepcional, autoriza a graduação de alíquotas pelo Executivo.

> Importa que se tenha a possibilidade de determinar, com suporte direto na lei, quais as situações que implicam o surgimento da obrigação tributária, quando e em que momento tal se dá, quais os sujeitos da relação tributária e como calcular o montante devido, independentemente de complementação de cunho normativo por parte do Executivo, ainda que a título de regulamentos intra legem.[136]

Assim, todos os aspectos da norma tributária impositiva devem ser definidos por meio de lei em sentido estrito, sob pena de ilegalidade do tributo.

A norma tributária impositiva pode ser dividida em seu aspecto antecedente e em seu aspecto consequente. O aspecto antecedente é composto pelo aspecto material (fato gerador), aspecto territorial (onde o fato gerador poderá ocorrer) e aspecto temporal (quando se considera ocorrido o fato gerador).[154] O aspecto consequente, por sua vez, abarca o aspecto pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo da obrigação tributária) e o aspecto quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Portanto, com base no princípio da legalidade tributária, todos esses aspectos devem estar previstos em lei, mesmo que de forma implícita, ou seja, podendo ser deduzidos do texto legal.[137]

ii. Princípios da Irretroatividade da Lei e da Anterioridade Tributária

O princípio da anterioridade está previsto no art. 150, III, a), b) e c) da Constituição Federal:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> III - cobrar tributos:
> a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
> b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
> c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

O princípio da irretroatividade da lei dispõe que a lei não pode incidir sobre fatos geradores que ocorreram antes do início de sua vigência. Além disso, a regra geral é a de que para a cobrança de tributos deve ser observado o prazo de 90 dias da data de publicação da lei que o instituiu ou aumentou, bem como a cobrança só pode ser realizada no exercício financeiro seguinte ao da publicação da lei. Tais princípios são conhecidos como princípio da anterioridade nonagesimal e princípio da anterioridade anual, respectivamente.

A anterioridade anual não se aplica ao imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre operações financeiras, empréstimo compulsório de calamidade ou guerra, imposto

[136] PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 160. [154] Ibid., p. 161.
[137] Ibid., p. 162

extraordinário de guerra, ICMS-combustível monofásico, CIDE-combustível e contribuições para a seguridade social.

Por sua vez, a anterioridade nonagesimal não se aplica ao imposto de importação, imposto de exportação, imposto de renda, imposto sobre operações financeiras, empréstimo compulsório de calamidade ou guerra, imposto extraordinário de guerra e fixação da base de cálculo de imposto sobre veículos automotores e imposto sobre propriedade territorial e urbana.

iii. Princípio da Isonomia Tributária

O princípio da isonomia tributária está previsto no art. 150, II, da Constituição Federal:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...]
> II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O princípio garante que não haja discriminação entre contribuintes, devendo haver critérios objetivos para tratamentos diferenciados. Segundo Kiyoshi Harada,

> É oportuno ressaltar que, quando o tratamento diferenciado, dispensado pelas normas jurídicas, guardar relação de pertinência lógica com a razão diferencial (motivo do tratamento discriminatório), não há que se falar em afronta ao princípio da isonomia. Da mesma forma, não afronta esse princípio quando a lei elege determinada situação objetivamente considerada para prescrever a inclusão ou exclusão de certo benefício, ou a imposição de certo gravame.[138]

Assim, a tributação de duas casas idênticas de maneira diversa não seria uma violação ao referido princípio, mas sim um erro na aplicação da lei.[139] Para Cristiano Carvalho, um exemplo de violação ao princípio seria a atribuição de isenção de imposto de renda a quem ocupa cargo público, o que "tornaria tais indivíduos privilegiados de forma ilegítima em relação a todos os demais contribuintes."[140]

iv. Princípio da Capacidade Contributiva

A Constituição Federal preceitua que

> Art. 145 [...] § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

[138] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p 426.
[139] Ibid.
[140] CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.887.

O princípio da capacidade contributiva tem caráter programático, ou seja, serve principalmente como norteador das atividades legislativas, e "tem por escopo o atingimento da justiça fiscal, repartindo os encargos do Estado na proporção das possibilidades de cada contribuinte."[141]

Em que pese seu caráter programático, tal princípio serve como base para que o Estado não crie tributos que estejam em desacordo com ele, de forma que a lógica da capacidade contributiva deverá, sempre que possível, estar presente. Um exemplo é a progressividade das alíquotas do imposto de renda, que oneram de acordo com a capacidade contributiva do contribuinte.

Por outro lado, impostos indiretos, como o ICMS e o IPI, não possuem a pessoalidade a que se refere a norma legal, e como o que é pago por quem assume o encargo econômico do tributo é o preço da mercadoria, e não o tributo em si, o princípio fica a eles inaplicável.[142]

v. Princípio da Vedação de Efeitos Confiscatórios

A Constituição Federal proíbe "utilizar tributo com efeito de confisco" (art. 150, IV). O princípio da vedação dos efeitos confiscatórios está ligado ao da capacidade contributiva. Segundo Kiyoshi Harada

> O princípio da capacidade contributiva, igualmente, deve ser levado em conta na avaliação do efeito confiscatório de um tributo. Ultrapassado o limite da capacidade econômica do sujeito passivo, estaria caracterizado o confisco.[143]

O professor explica, também, que

> inexistindo [...] um parâmetro legal ou constitucional fixando o limite da tributação de cada contribuinte ou de cada categoria de contribuintes, surge a dificuldade em dimensionar a carga tributária compatível com a capacidade contributiva de cada um, ensejando o desencadeamento de um círculo vicioso: é confiscatório o tributo que desrespeite a capacidade contributiva; ela é superada quando o tributo passa a ter efeito confiscatório.[162]

Assim, diante da falta de critérios objetivos para se definir o que constituiria confisco, a aplicação do princípio varia de caso a caso, ficando a critério da análise subjetiva do instituidor do tributo ou do julgador da causa.

vi. Princípio da Imunidade Recíproca

Finalmente, é importante citarmos o princípio da imunidade recíproca, onde fica proibido "à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios [...] instituir impostos sobre [...] patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros" (art. 150, VI, CF).

---

[141] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p 427.

[142] CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 888.

[143] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p 427.

[162] Ibid.

D. Atividade – Discussão

Identifique os critérios da norma tributária impositiva do IPVA no Estado de Mato Grosso do Sul, com base no texto da Lei 1.810/97:

> Art. 145. O IPVA incide sobre a propriedade, plena ou não, de veículo automotor, aéreo, aquático ou terrestre. [...] Art. 146. Ocorre a incidência do IPVA:
> I - na data da aquisição por consumidor ou usuário final, ou na da incorporação ao ativo permanente por empresa revendedora ou fabricante, quando se tratar de veículo novo;
> II - na primeira tributação de veículo de procedência estrangeira, novo ou usado, na data:
> a) do desembaraço aduaneiro, quando importado diretamente por consumidor ou usuário final;
> b) da aquisição por consumidor ou usuário final, quando importado por empresa revendedora;
> c) da incorporação ao ativo permanente da empresa importadora ou revendedora; III - na data da aquisição, quando não comprovado o pagamento do IPVA em outra unidade da Federação, no caso de veículo usado ainda não matriculado, não inscrito ou não registrado, ou sendo o caso, não averbado, não assentado, não licenciado, não inspecionado ou não vistoriado, no território de Mato Grosso do Sul; IV - na data em que, por qualquer causa:
> a) cesse a imunidade ou a isenção ao proprietário ou ao possuidor do veículo;
> b) ocorra a transmissão da propriedade ou da posse de veículo de pessoa imune ou isenta para pessoa que não goze de imunidade ou de isenção; V - em 1º de janeiro de cada exercício nos demais casos. [...] Art. 148. O IPVA é devido anualmente e vinculado ao veículo.
> § 1º No caso de alienação ou de transferência da propriedade ou da posse do veículo, mesmo que efetuadas em outra unidade da Federação, não deve ser exigido novo pagamento em relação ao exercício cujo IPVA tenha sido regularmente quitado.

2. Noções de Direito Financeiro

O Direito Financeiro tem o mesmo objeto da Ciência das Finanças, que se desdobra em receita, despesa, orçamento e crédito público, disciplinando a atividade financeira do Estado.[144]

As principais normas gerais em matéria de direito financeiro são a Lei 4.320/64, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos dos entes federados, e a Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, disciplinando a atuação de todos os entes federados.

A. Receitas Públicas

As receitas públicas podem ser definidas da seguinte forma:

a) em sentido lato, como um conjunto de entradas financeiras no Patrimônio, oriundas de fontes diversificadas, conquanto possam existir reivindicações de terceiros sobre alguns desses valores;

b) em sentido estrito, como um conjunto de recursos financeiros obtidos de fontes próprias e permanentes, que integram o Patrimônio da entidade governamental,

[144] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 17.

> na qualidade de elemento novo, que produzem-lhe acréscimos financeiros, sem contudo gerar obrigações, reservas ou reivindicações de terceiros (Passivos). Essas receitas resultam de leis, contratos, convênios, de tributos de lançamento direto e outros.[145]

As receitas podem ser classificadas de várias formas. Quanto a sua periodicidade, podem ser ordinárias ou extraordinárias. São ordinárias quando possuem regularidade, e extraordinárias quando decorrentes de situações excepcionais e temporárias.[146]

Quanto à sua origem, podem ser originárias e derivadas. As receitas originárias decorrem da exploração da atividade econômica pelo Estado, enquanto as derivadas são as decorrentes do poder de império estatal, incluindo "os tributos, as penas pecuniárias, o confisco e as reparações de guerra".[147] Lembramos que a primeira parte deste capítulo trata exclusivamente das regras para a obtenção de receitas tributárias.

Finalmente, a Lei 4.320/64 divide as receitas em correntes e de capital.

Segundo o art. 11, §1º da Lei 4.320/64, Receitas Correntes são

> as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.

Por sua vez, as Receitas de Capital (art. 11, §2 da Lei 4.320/64) são

> as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente.

É por meio dos diversos tipos de receita que o Estado terá recursos para a realização de suas atividades. De acordo com os capítulos 1 e 2, e considerando que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, a obtenção de receitas somente se justifica na medida em que seu uso vise a realização do interesse público.

B. Despesas Públicas

Segundo Aliomar Baleeiro, despesa pública pode significar "o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos" bem como "a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo."[148] Kyioshi Harada esclarece que

> No primeiro sentido, a despesa pública é parte do orçamento, representando, portanto, a distribuição e emprego das receitas para cumprimento das diversas atribuições da Administração. No segundo sentido, é a utilização, pelo agente público competente,

[145] REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., J. Teixeira. A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 33.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.
[146] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 43.
[147] Ibid.
[148] Ibid., p. 22.

> de recursos financeiros previstos na dotação orçamentária, para atendimento de determinada obrigação a cargo da Administração, mediante a observação da técnica da Ciência da Administração, o que envolve o prévio empenho da verba respectiva.[149]

Com relação às despesas públicas, dois tópicos merecem destaque: a classificação das despesas e sua execução.

i. Classificação das Despesas Públicas

De acordo com a classificação da Lei 4.320/64, as despesas podem ser divididas em despesas correntes e despesas de capital. A primeira subdivide-se em despesas de custeio e transferências correntes, enquanto a segunda subdivide-se em investimentos, inversões financeiras e transferências de capital.

As despesas correntes são

> o grupo de despesas, da Administração Pública, para a manutenção e o funcionamento dos serviços públicos em geral, quer através da administração direta, quer através da administração indireta.[150]

Por sua vez, as despesas de capital são

> o grupo de despesas da Administração Pública, direta ou indireta, com intenção de adquirir ou constituir bens de capital que contribuirão para a produção ou geração de novos bens ou serviços e integrarão o patrimônio público, o qual abrange também as ruas, rodovias, praças, parques, jardins, etc., considerados e classificados como bens de uso comum do povo e que não são demonstrados ou evidenciados no balanço patrimonial, mas são contabilizados no momento em que são realizadas as operações que envolvem esses valores.

Com relação às subdivisões, a própria Lei estabelece o conceito de cada uma.

Dentro do grupo Despesas de Correntes, as Despesas de Custeio são as dotações para manutenção de serviços anteriormente criados, inclusive as destinadas a atender a obras de conservação e adaptação de bens imóveis (art. 12, §1º, Lei 4.320/64).

Por sua vez, classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado (art. 12, §2º, Lei 4.320/64).

No grupo Despesas de Capital, Investimentos são "as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro" (art. 12, §4º, Lei 4.320/64).

[149] Ibid.

[150] REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., J. Teixeira. A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 33.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 47.

Inversões Financeiras já são as dotações destinadas à: aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização; aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento de capital; e constituição ou aumento de capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros (art. 12, §5º, Lei 4.320/64).

Finalmente, Transferências de Capital são "as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública" (art. 12, §6º, Lei 4.320/64).

ii. Execução das Despesas Públicas

A realização de despesas públicas possui procedimentos que devem ser seguidos, permitindo o controle dos gastos estatais.

O primeiro passo para a realização de despesa é o empenho, que consistem em "ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição" (art. 58, Lei 4.320/64).

O empenho serve como instrumento de execução orçamentária, visando o planejamento da atividade estatal e auxiliando a Administração a não assumir compromissos que extrapolem o previsto no orçamento público. O empenho retira do orçamento o valor empenhado, reservando-o para determinada atividade, e impedindo que seja utilizado em outra.

Kiyoshi Harada explica que:

> O empenho visa garantir os diferentes credores do Estado, na medida em que representa reserva de recursos na respectiva dotação inicial ou no saldo existente. É importante lembrar que o empenho, por si só, não cria obrigação de pagar, podendo ser cancelado ou anulado unilateralmente. O empenho limita-se a diminuir do determinado item orçamentário a quantia necessária ao pagamento do débito, o que permitirá à unidade orçamentária (agrupamento de serviços com dotações próprias) o acompanhamento constante da execução orçamentária.[151]

Após realizado o empenho, é necessário se extrair um documento chamado "nota de empenho", indicando o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como sua dedução do saldo da dotação própria (art. 61).

Após o empenho, o segundo passo consiste na liquidação da despesa, que é "a verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos do respectivo crédito" (art. 63, Lei 4.320/64).

[151] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 27.

Nos termos da Lei, a liquidação de despesa tem por objetivo apurar a origem e o objeto do que se deve pagar, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar a importância (art. 63, §1º Lei 4.320/64).

Operacionalmente, para que se liquide a despesa é necessário analisar o contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços, a nota de empenho e os comprovantes de entrega do material ou da prestação do serviço.

Finalmente, após a liquidação, a autoridade competente emite ordem de pagamento (art. 64, Lei 4.320/64), que será efetuado "por tesouraria ou pagadoria regularmente instituídos por estabelecimentos bancários credenciados" (art. 65, Lei 4.320/64).

C. Orçamento

O orçamento é, segundo Aliomar Baleeiro,

> o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.[152]

A elaboração orçamentária é extensamente regulada pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais. São três os tipos de leis orçamentárias: as que definem o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais.

O Plano Plurianual (PPA)

> é o instrumento legal no qual devem constar, de forma regionalizada, as diretrizes, os objetivos e as metas da Administração para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada [...].[153][154]

Seu objetivo é o de "programação econômica, direcionado a ação do governo para vários setores da atividade",[155] devendo ser elaborado visando um período de quatro anos, com base no disposto no art. 35 §2º, ADCT,[156] começando no segundo ano do governo eleito e se estendendo até o primeiro ano do governo seguinte.

O PPA é relevante no planejamento das atividades governamentais, pois é proibido pela Constituição a execução de investimento que ultrapasse um exercício financeiro sem sua inclusão no plano plurianual (art. 167, §1º).

A segunda lei orçamentária refere-se às diretrizes orçamentárias. A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), nos termos do art. 165 §2º da Constituição Federal, tem como objetivos definir as metas e prioridades da administração, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispor sobre as alterações

[152] Ibid., p. 74.

[153] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Direito Financeiro Esquematizado. São Paulo: Saraiva 2015. p.

[154] .

[155] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 96.

[156] RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Direito Financeiro Esquematizado. São Paulo: Saraiva 2015. p. 420-421.

na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. Segundo Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho,

> [a] LDO liga os objetivos de médio prazo estabelecidos no PPA com a ação de curto prazo da lei orçamentária anual. Funciona, assim, a LDO como o elo entre o PPA e a LOA, compatibilizando as diretrizes daquele plano à estimativa das disponibilidades financeiras para determinado exercício.[157]

Além disso, de acordo com a LRF, deverão acompanhar a LDO os anexos de Metas Fiscais e de Riscos Fiscais.

O Anexo de Metas Fiscais deverá conter as "metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes" (art. 4, §1º). Além disso o anexo deverá também conter a avaliação do cumprimento das metas relativas ao ano anterior, o demonstrativo das metas anuais, instruído com memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, a evolução do patrimônio líquido últimos três exercícios, a avaliação da situação financeira e atuarial dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador e dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial, e finalmente, o demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado (art. 4, §2º).

O Anexo de Riscos Fiscais, por sua vez, deverá conter a avaliação dos passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, com a informação de que providências devem ser tomadas, caso se concretizem (art. 4, §3º).

Finalmente, a última lei orçamentária é a Lei Orçamentária Anual (LOA), que deverá ser elaborada de forma compatível com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias (art. 5º, LRF). A LOA deve conter a discriminação da receita e da despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo (art. 2º, Lei 4.320/64).

A Constituição Federal dispõe que a LOA compreenderá orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade social (art. 165, §5º), prevendo também que os orçamentos fiscal e de investimento têm entre suas funções a redução das desigualdades interregionais (art. 165, §7º). É importante esclarecer que as "receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União" (art. 195, §1º).

A LOA se torna especialmente importante em decorrência do art. 167 da Constituição Federal, que lhe dá a natureza de ato autorizativo para a realização de gastos, vedando, entre outas ações:

> I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais;
> III - a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta;

[157] Ibid., p. 426.

> IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa [...]
> V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;
> VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;
> VII - a concessão ou utilização de créditos ilimitados;
> VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º;
> IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

Portanto, o que é estabelecido na Lei Orçamentária deve ser fielmente seguido pelo Poder Executivo, sendo que qualquer alteração, principalmente com relação a despesas, deve ser previamente autorizada pelo Poder Legislativo.

No caso de insuficiência de previsão orçamentária para determinada despesa, será necessária a utilização do uso de créditos adicionais, que devem ter sua abertura autorizada por meio de lei, e com a indicação de recursos que serão utilizados para tanto. Os créditos podem ser suplementares, quando reforçam uma dotação orçamentária existente, especiais, quando são destinados a despesas para as quais não haja dotação orçamentária específica, e extraordinários, para despesas urgentes e imprevistas, decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública (art. 41, Lei 4.320/64). Nesse último caso não haverá necessidade de autorização legislativa e indicação de recursos.

Os recursos para a abertura de créditos especiais e suplementares podem ser decorrentes do superávit financeiro do exercício anterior, de excesso de arrecadação, de anulação de dotações ou outros créditos adicionais, ou como produto de operações de crédito (art. 43, Lei 4.320/64).

D. Crédito Público

Crédito Público é

> o procedimento de que o Estado lança mão para captar, por meio de empréstimo, recursos monetários de quem deles dispõe e aplicá-los aos gastos públicos, tanto para custear investimentos como para antecipar receita, assumindo, em contrapartida, a obrigação de restituí-los nos prazos e condições fixados.[158]

A realização de empréstimos cria dívidas para o Estado, que podem ser classificadas de diversas maneiras.

[158] Ibid., p. 505.

Segundo a doutrina, a classificação constitucional as divide em operações de crédito por antecipação de receita e operações de crédito em geral. Kyioshi Harada explica que

> As primeiras constituem uma modalidade de empréstimo que o Estado promove com o objetivo de suprir o déficit de caixa. São empréstimos de curto prazo a serem devolvidos no mesmo exercício financeiro. Para tanto a Constituição até abre exceção ao princípio da vedação da vinculação do produto da arrecadação de impostos a órgãos, fundos ou despesas, permitindo a utilização de receitas futuras como instrumento de garantia [...].
> As operações de créditos em geral são aquelas que, por exclusão, não se acham compreendidas nas operações de crédito por antecipação de receitas, correspondendo a empréstimos de longo prazo que objetivam atender, em geral, despesas de capital [...].[159]

Outra nomenclatura que pode ser utilizada quanto ao prazo é dívida flutuante, para as obrigações de curto prazo, e dívida fundada, para as de longo prazo.

Quanto ao local onde o empréstimo é realizado, o mesmo pode ser interno, quando feito no âmbito territorial do Estado brasileiro, e externo, quando a captação é realizada fora do país.

O crédito público também pode ser classificado em forçado, quando não há anuência da parte que o empresta, e voluntário, quando o empréstimo é realizado de comum acordo. No primeiro caso, as principais técnicas para sua realização são a retenção de depósito e a emissão de papel moeda com efeito inflacionário.[178]

As limitações para as operações de crédito dos Estados e Municípios estão previstas nas Resoluções n. 41/2001 e 43/2001 do Senado Federal, que dispõe:

> Art. 7º As operações de crédito interno e externo dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios observarão, ainda, os seguintes limites:
> I - o montante global das operações realizadas em um exercício financeiro não poderá ser superior a 16% (dezesseis por cento) da receita corrente líquida, definida no art. 4º;
>
> II - o comprometimento anual com amortizações, juros e demais encargos da dívida consolidada, inclusive relativos a valores a desembolsar de operações de crédito já contratadas e a contratar, não poderá exceder a 11,5% (onze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida;
> III - o montante da dívida consolidada não poderá exceder o teto estabelecido pelo Senado Federal, conforme o disposto pela Resolução que fixa o limite global para o montante da dívida consolidada dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nos termos do art. 3º da Resolução 40/2001 do Senado Federal, o teto da dívida consolidada é, no caso dos Estados e do Distrito Federal, de 2 (duas) vezes a receita corrente líquida.

[159] HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017. p. 158.
[178] Ibid., p. 166-169.

Assim, de acordo com as regras estabelecidas, as operações de crédito em cada exercício financeiro não poderão ultrapassar 16% da receita corrente líquida do exercício, o comprometimento com o pagamento de amortizações e juros não poderá passar de 11,5% (onze inteiros e cinco décimos por cento) desta, e, finalmente, o total da dívida não poderá ser maior que o dobro dela.

Caso se extrapole o limite permitido para a dívida consolidada e para as operações de crédito, a LRF prevê medidas que deverão ser tomadas para a recondução da dívida ao seu limite nos três quadrimestres subsequentes, devendo o excedente ser reduzido em pelo menos 25% no primeiro quadrimestre (art. 31, LRF).

Enquanto perdurar o excesso, o ente que o realizou estará proibido de realizar operação de crédito interna ou externa, inclusive por antecipação de receita, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária, bem como deverá obter resultado primário necessário à recondução da dívida ao limite, promovendo, entre outras medidas, limitação de empenho (art. 31, §1º, I e II).

Se após o prazo o ente não reconduzir a dívida, e enquanto durar o excesso, ficará impedido de receber transferências voluntárias da União ou Estado (art. 31, § 2).

Transferências Voluntárias

Transferências voluntárias são "a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde" (art. 25, LRF).

E. Atividade – Discussão

Em tempos de crise, o Estado encontra-se sem receita para a execução de diversas políticas públicas para as quais se comprometeu. Um cidadão, com uma doença grave, tem o seu pedido para o fornecimento de um medicamento experimental negado. O medicamento tem um custo extremamente elevado, e o seu fornecimento diminuirá ainda mais os recursos praticamente inexistentes do Estado. O cidadão entra com uma ação judicial contra o Estado para a obtenção do medicamento. Como o juiz deverá decidir?

Capítulo 5 – Licitações e Contratos Administrativos

No capítulo 4 foram abordados vários aspectos direito tributário e direito financeiro, demonstrando algumas regras que o Estado deve seguir para realizar o seu planejamento orçamentário, sua arrecadação e a realização de suas despesas.

Porém, dentro do processo de realização de despesas, para que o Estado possa contratar com particulares, é necessário que se instaure um processo administrativo, por imposição constitucional, para a escolha da melhor proposta, ao qual se dá o nome de licitação. O objetivo

do presente capítulo é proporcionar um entendimento básico dos princípios e regras aplicáveis às licitações no ordenamento jurídico brasileiro.

1. A Licitação: Objetivo e Princípios Norteadores

A licitação pode ser definida como

> o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona pessoas aptas a bem executar determinados contratos administrativos. É uma relação jurídica processual instalada entre sujeitos de direito (públicos e privados) – o que significa dizer que dá nascimento a conjunto de deveres e direitos públicos subjetivos.[160]

A base legal para a necessidade de realização de procedimento licitatório encontra-se no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que dispõe que:

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

A Constituição impõe a necessidade de procedimento licitatório para a contratação a ser realizada pela Administração, exceto nos casos previstos em lei, bem como impõe a isonomia entre os participantes.

As regras licitatórias a serem seguidas, porém, não podem ser livremente estabelecidas pelos entes federativos. O art. 22 da Constituição Federal atribui competência privativa à União para legislar sobre

> normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III (XXVII)

Tais normas gerais

> (i) são genéricas e unificadoras, pois envolvem matérias cuja relevância permeia todas as esferas federadas, que merecem tratamento harmônico, para reduzir o risco de tensões; (ii) são incompletas, pois exigem, como regra, a suplementação de regulação pelos demais entes federados, que exercerão competência legislativa complementar a partir do tratamento legislativo de questões de interesse regionalizado ou local.[161]

O principal instrumento normativo que regula as licitações a serem realizadas pela Administração Pública é a Lei 8.666/93, que "[r]egulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências." Entre outros instrumentos relevantes temos a Lei 10.520/2002, que criou e

[160] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 34-35.

[161] Ibid., p. 42.

disciplinou a modalidade licitatória pregão, a Lei 12.462/2011, que criou o regime diferenciado de contratações, e a Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias.

Com base no texto constitucional, percebe-se que tanto a Administração Pública Direta, composta por União, Estados, Municípios e Distrito Federal, como a indireta, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, associações públicas e pessoas de direito privado instituídos no âmbito de consórcio público, devem licitar.[162]

Os objetivos da licitação podem ser extraídos do art. 3º da Lei 8.666/93, que dispõe que "[a] licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável". Sobre o tema, Marçal Justen Filho explica que

> As contratações públicas apresentam finalidades microeconômicas e finalidades macroeconômicas.
> Sob o prisma microeconômico, as contratações destinam-se a assegurar a satisfação das necessidades estatais com a maior eficiência possível. Trata-se de buscar a maior vantagem, o que significa obter a prestação mais adequada mediante o menor desembolso possível.
> Sob o enfoque macroeconômico, as contratações públicas são instrumentos para promover o desenvolvimento nacional sustentável. Isso significa que as contratações públicas serão um meio para fomentar e assegurar o emprego da mão de obra brasileira e o progresso da indústria nacional, mas preservando o equilíbrio do meio ambiente.[163]

Os princípios básicos no procedimento licitatório a serem observados são o da competitividade, da legalidade, da isonomia, da impessoalidade, da igualdade, da moralidade, da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, os quais passamos a analisar.

A. Competitividade

O princípio da competitividade pode ser extraído do art. 3º, §1º, I, da Lei 8.666/93, que dispõe:

> § 1o É vedado aos agentes públicos:
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

A competição entre licitantes assegura o menor preço para a Administração Pública,[164] de forma que são proibidos atos que visam comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo

[162] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 56-57.

[163] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 103.

[164] A tendência é a de que quanto maior a competição, menor será o lucro para o fornecedor, de forma que a Administração Pública gastará menos para a obtenção do produto ou serviço. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6. ed., Addison-Wesley, 2011. p. 27-28.

da licitação. A conduta de restringir à competitividade das licitações é tão séria que foi alçada à categoria de crime pelo art. 90 da Lei 8.666/93, impondo pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Conforme entendimento do TCU, um exemplo de previsão editalícia que restringe a competição é a exigência, para participação do certame, de vistoria prévia do local de execução da obra, em data única, a ser realizada, necessariamente, pelo responsável técnico ou engenheiro do quadro permanente das licitantes (Acórdão 3.014/2015).

Segundo o TCU, a exigência de vistoria prévia só pode ser admitida caso atendidos três requisitos: "(i) demonstração da imprescindibilidade da visita, cuja falta de comprovação fere outros valores legais que necessitam ser preservados, como a competitividade, a moralidade e a isonomia; (ii) não imposição de que a visita seja realizada pelo engenheiro responsável pela obra, por ser essa incompatível com a legislação, além de impor ônus desnecessário aos licitantes e restrição injustificada à competitividade do certame" (Acórdão 2.826/2014).

Além disso, o TCU já entendeu que "para atendimento ao [art. 30, III, da Lei 8.666/93], é suficiente a declaração do licitante de que possui pleno conhecimento do objeto", de forma que "a exigência de visita ao local da obra é admitida apenas quando for imprescindível e devidamente justificado pela administração" (Acórdão 1.301/2015).

B. Legalidade

Além da previsão constitucional do princípio da legalidade para a Administração, com relação aos procedimentos licitatórios, o art. 4º da Lei 8.666/93 dispõe que:

> Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

O princípio, na realidade, é extensível não só aos que participam da licitação, mas também aos que queiram participar e a eles sejam negados o acesso ao certame sem base legal.[165]

Com relação à aplicação do princípio da legalidade nos processos licitatórios, é importante que a legislação seja sempre interpretada de forma a atingir as suas finalidades, sempre considerando o caso concreto. Egon Bockmanm explica:

> O princípio da legalidade significa que a Administração está ordenada a cumprir os preceitos normativos positivados em lei (e disciplinados em regulamentos administrativos). [...]
> Não que isso autorize a leitura apressada dos textos normativos (e sua aplicação às cegas). O princípio da legalidade já abandonou tal compreensão fechada e simplista, pois a vida é muito mais rica que as palavras lançadas nos textos legais. Está-se a defender a leitura do Direito que preze as circunstâncias do caso concreto e instale a interpretação efetiva da realidade.[166]

[165] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 550.

[166] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 84.

Alguns exemplos trazidos pelo autor da leitura da aplicação do princípio da legalidade considerando o caso concreto são a impossibilidade de retenção de pagamento por serviços já executados em decorrência de irregularidade fiscal (STJ, AREsp/AgR 275.744, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17/06/2014) e por descumprimento de cláusula contratual (STJ Ag/AgR 1.030.498, Rel. Min. Castro Meira, DJe 10/10/2008).[167]

C. Isonomia, Impessoalidade e Igualdade

Os princípios da isonomia, impessoalidade e igualdade estão intimamente relacionados entre si, e tem uma ligação próxima ao princípio da competitividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello explica que

> O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.
> O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.[168]

A Constituição Federal impõe que o processo licitatório assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI). O art. 3º, §1º, I da Lei 8.666/93, por sua vez, veda preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

O objetivo dos referidos princípios, é, portanto, garantir igualdade para todos que desejem participar das licitações, garantindo assim que todos estejam no mesmo patamar ao participar dos certames.

Algumas distinções são expressamente permitidas pela Lei 8.666/93, e referem-se aos §§5º a 12 do art. 3º da Lei, e ao art. 3º da Lei 8.248/91.

O art. 3º, §5º da Lei 8.666/93 permite margem de preferência para

> I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e
> II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

[167] Ibid., p. 85.

[168] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 550-551.

O limite para essa margem de preferência é de até 25% sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços prestados (art. 3º, §8º, Lei 8.666/93).

O art. 3º da Lei 8.248/91, por sua vez, dispõe que:

> Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; [...]

Tais exceções estão relacionadas ao objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, dando preferência a empresas nacionais, permitindo o desenvolvimento de tecnologia no país e o aproveitamento de mão-de-obra nacional, sem a exteriorização do capital brasileiro.

Outra exceção relevante é o tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte (MEs e EPPs). A Constituição Federal dispõe que

> Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]
> II - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...]
> d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. [...]

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.
> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

A Lei Complementar 123/06 regula vários aspectos que favorecem as MEs e EPPs em procedimentos licitatórios. Entre alguns dos vários benefícios concedidos, temos a possibilidade de saneamento de falhas na regularidade fiscal, e o empate ficto ou presumido.

No primeiro caso, as MEs e EPPs têm o direito de ter sua regularidade fiscal exigida somente para a assinatura do contrato, não sendo possível exigi-la para a participação no certame (art. 42, LC 123/2006). Havendo irregularidades, será concedido às MEs e EPPs o prazo de 5 dias para a regularização dos documentos, contados do momento em que a empresa for declarada vencedora (art. 43, §1º, LC 123/2006).

A segunda situação ocorre quando a proposta da ME ou EPP seja até 10% superior à melhor proposta (5% em caso de pregão).[169] Caso isso ocorra, a ME ou EPP mais bem classificada poderá realizar oferta inferior à oferta vencedora, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I, LC 123/2006).

D. Moralidade

O princípio da moralidade está ligado ao cumprimento dos padrões éticos esperados da Administração e dos licitantes. Ambos devem agir de maneira proba, de acordo com as regras legais e com lealdade e boa-fé.[170]

E. Vinculação ao Instrumento Convocatório

O art. 41 da Lei 8.666/93 retrata o princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

> Art.41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

O princípio é uma reiteração do princípio da legalidade, esclarecendo que os termos previstos no edital são vinculantes para a Administração, não podendo ser descumpridos, sob pena de ilegalidade do procedimento licitatório.

F. Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo

> é o resultado da conjugação entre isonomia, impessoalidade e vinculação ao ato convocatório. Ele celebra o princípio da livre concorrência. Afinal, se os participantes – e respectivas propostas – devem ser equivalentes para a Administração e se o instrumento convocatório define de forma impessoal os diferenciais a serem aceitos para a eleição da melhor proposta, dúvida não há de que o exame dos documentos apresentados precisa ser realizado de modo objetivo – isto [e, sem a redução da escolha ao que é pessoal ao agente público.[171]

O princípio está regulado pelo art. 45 da Lei 8.666/93, que estabelece que "o julgamento da proposta será objetivo", e elenca, em seu §1º, os critérios de julgamento, que podem ser menor preço, melhor técnica, técnica e preço ou maior lance.

A escolha do critério de julgamento dependerá das peculiaridades do objeto a ser contratado. Enquanto o menor preço visa a menor oferta econômica, as modalidades que incluem técnica também dão valor diferenciado à qualidade do serviço a ser prestado.[172]

---

[169] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 143.

[170] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 557.

[171] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 96-97.

[172] Ibid., p. 157; 161.

Assim, estabelecidos os critérios de julgamento no instrumento convocatório, e de maneira objetiva, não poderá a Administração realizar julgamento que fuja dos critérios previamente estabelecidos.

2. Fases da Licitação

A licitação possui as fases interna, onde se realizam os atos preparatórios para a realização do certame, e a fase externa, que é a efetiva execução da licitação, com a divulgação do procedimento a ser realizado e a participação dos licitantes.

A fase interna é composta pela requisição do objeto, estimativa do valor da contratação a ser realizada, autorização de despesa, designação da comissão de licitação, elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato e análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato, podendo haver outras exigências dependendo de algumas especificidades da contratação.[173]

A fase externa inicia-se com a publicação do instrumento convocatório, que pode ser o edital ou o convite. O edital pode ser impugnado por qualquer cidadão até 5 dias antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, e por qualquer licitante até dois dias antes da abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão (art. 41, §§ 1º e 2º, Lei 8.666/93).

A segunda etapa da fase externa é a habilitação, que visa verificar se os licitantes estão de acordo com as normas legais previstas no instrumento convocatório para a participação na licitação, abrangendo a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômicofinanceira e a regularidade fiscal e trabalhista.

A terceira etapa é o julgamento e classificação dos licitantes, por meio dos critérios escolhidos no instrumento convocatório, sendo desclassificados os que apresentarem propostas em desconformidade com os requisitos legais ou com preços excessivos ou manifestamente inexequíveis (art. 48, I e II, Lei 8.666/93).

Finalmente, a autoridade competente homologa o procedimento licitatório e adjudica o objeto ao licitante vencedor. A homologação visa atestar a validade do procedimento, confirmando o interesse da Administração na contratação, e a adjudicação atribui ao vencedor o objeto da licitação.[174] A adjudicação, por si só, não dá direito ao licitante vencedor de ter o contrato assinado, representado mera expectativa de direito (STJ, MS 4.513/DF, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 04.09.2000).

No pregão, as fases são invertidas. Primeiro se realiza o julgamento das propostas, para então se passar à análise da habilitação do licitante vencedor.

[173] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 123-124.

[174] Ibid., p. 134-135.

3. Modalidades Licitatórias

As modalidades licitatórias são as regras e procedimentos estabelecidos pela lei que devem ser seguidos. A escolha da modalidade depende do valor da contratação, do tipo de serviço ou bem a ser fornecido ou de quem está realizando a licitação. A Lei 8.666/93 trata da concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A lei 10.520/02 regula o pregão. Finalmente, a consulta está prevista no art. 37 da Lei 9.986/00.

A. Concorrência

"Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto" (art. 22, §1º, Lei 8.666/93).

Deve ser utilizada para obras e serviços de engenharia acima de R$ 1.5000.000,00, ou outras compras e serviços acima de R$ 650.000,00, bem como para a alienação de bens imóveis, concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais (art. 23, I, c), II c) e §3º, Lei 8.666/93).

No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores acima mencionados quando formado por até 3 entes de Federação, e o triplo quando formado por maior número (art. 23, §8º).

O prazo mínimo da publicação do edital até o recebimento das propostas será de 45 dias quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", ou 30 dias nos demais casos (art. 21, §2º, I, b) e II, a), Lei 8.666/93).

B. Tomada de Preços

"Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação" (art. 22, §2º, Lei 8.666/93).

Pode ser utilizada para obras e serviços de engenharia até R$ 1.500.000,00, ou outras compras e serviços até R$ 650.000,00 (art. 23, I, b), e II b), Lei 8.666/93).

No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores acima mencionados quando formado por até 3 entes de Federação, e o triplo quando formado por maior número (art. 23, §8º).

O prazo mínimo da publicação do edital até o recebimento das propostas será de 30 dias quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço", ou 15 dias nos demais casos (art. 21, §2º, II, b) e III, Lei 8.666/93).

O cadastro para a realização da tomada de preços deve ser atualizado ao menos anualmente, devendo estar permanentemente aberto a todos os interessados, com chamamento

público anual, facultando-se às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, caput, §§ 1º, 2º e 3º, Lei 8.666/93).

C. Convite

"Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas" (art. 22, §3º, Lei 8.666/93).

Pode ser utilizada para obras e serviços de engenharia até R$ 150.000,00, ou outras compras e serviços até R$ 80.000,00 (art. 23, I, a), e II a), Lei 8.666/93).

No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores acima mencionados quando formado por até 3 entes de Federação, e o triplo quando formado por maior número (art. 23, §8º).

O prazo mínimo da afixação do instrumento convocatório até o recebimento das propostas será de 5 dias úteis (art. 21, §2º, IV, Lei 8.666/93).

No caso de convites, é importante mencionar que o entendimento dos tribunais e órgãos de controle é no sentido de que não basta que haja três convites, mas é necessário que haja a efetiva participação de três empresas. Somente em situações excepcionais, caso não haja a participação efetiva de ao menos três empresas, por desinteresse ou inexistência de participantes no mercado fornecedor, poderá a Administração apresentar justificativas e não renovar a licitação.[175]

Finalmente, no caso do convite, os documentos referentes à habilitação podem ser dispensados, nos termos do art. 32, §1º da Lei 8.666/93.

D. Concurso

"Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias" (art. 22, §4º, Lei 8.666/93).

Sua utilização deve ser precedida de regulamento próprio, que deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, e as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos (art. 52, caput e §1º, Lei 8.666/93).

E. Leilão

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados,

[175] Ibid., p. 112-113.

ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, §5º, Lei 8.666/93). No leilão, todo bem deverá ser previamente avaliado para fixação do preço mínimo de arrematação (art. 22, §5º, Lei 8.666/93).

F. Pregão

O pregão é modalidade licitatória "[p]ara aquisição de bens e serviços comuns", que são "aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado" (art. 1º, caput e parágrafo único, Lei 10.520/02).

O procedimento do pregão apresenta várias diferenças em relação às modalidades previstas na Lei 8.666/93. Entre elas pode-se citar a substituição da comissão de licitação pelo pregoeiro e equipe de apoio, a necessidade de entrega de declaração de habilitação pelo licitante para a participação do procedimento, a necessidade de uso do critério "menor preço", a inversão das fases de habilitação e julgamento, a realização de propostas escritas e verbais, a possibilidade de negociação com o licitante classificado em primeiro lugar, a necessidade de apresentação imediata da intenção de recorrer após a declaração do vencedor e a inversão das fases de homologação e adjudicação.[176]

O prazo entre a publicação do aviso de licitação e a apresentação das propostas não pode ser inferior a 8 dias úteis (art. 4, V, Lei 10.520/02).

No curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Caso não haja pelo menos três ofertas até 10% superiores à de valor mais baixo, os autores das melhores propostas, até o máximo de 3, poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos (art. 4º, VIII e IX, Lei 10.520/02).

G. Consulta

A consulta é modalidade licitatória para a contratação de serviços que pode ser utilizada por agências reguladoras, conforme previsão do art. 37 da Lei 9.986/2000.

4. Contratação Direta

A Constituição Federal permite que a lei preveja situações onde não será necessária a realização de licitação. A Lei 8.666/93 estabelece três categorias de situações onde poderá ser realizada a contratação direta, sem a realização de licitação, que são: licitação dispensada, licitação dispensável, e licitação inexigível.

No primeiro caso, a licitação é dispensada por lei; no segundo, a lei permite que a Administração dispense a licitação; finalmente, a licitação é inexigível quando não há possibilidade de competição.

[176] Ibid., p. 117-119.

A. Licitação Dispensada

A licitação dispensada está prevista no art. 17 da Lei 8.666/93, e é possível para a alienação de bens móveis e imóveis em determinadas situações. O art. 17 dispõe:

> Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:
> I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: a) dação em pagamento;
> b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas f, h e i;
> c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei; d) investidura;
> e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
> f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária
> de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
> g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei no 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da
> Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
> h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinqüenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
> i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei n. 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais; e
> II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:
> a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação;
> b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;
> c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;
> d) venda de títulos, na forma da legislação pertinente;
> e) venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;
> f) venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe.

B. Licitação Dispensável

Na licitação dispensável, a Administração tem a opção em não utilizar o procedimento licitatório e realizar a contratação direta. Egon Bockmann Moreira explica que

> A dispensa de licitação ocorre naquelas situações em que há prévia e explícita autorização normativa para que não se realize o certame: o servidor público está

> desobrigado do dever de instalar a licitação em decorrência da permissão que lhe concede a norma legal. "Dispensável" significa "desnecessário", que não é obrigatório; logo, aqui, a lei autoriza o servidor a escusar-se ou abster-se de promover a licitação. Não se trata de escolha inexorável, mas, sim, de uma licença, concedida em abstrato por lei e em concreto pela autoridade competente.[177]

Os casos onde a licitação é dispensável estão previstos no art. 24 da Lei 8.666/93. O rol é extenso, de forma que nos atemos a análise das hipóteses mais relevantes para o presente curso.

O art. 24, incisos I e II, são referentes à dispensa em decorrência do valor da contratação. Para obras e serviços de engenharia, o limite para dispensa é de até R$ 15.000,00, enquanto que demais compras, serviços e alienações, o valor é de R$ 8.000,00. No caso de obras e serviços de engenharia, não pode haver a contratação por meio de dispensa de "parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente." Já no caso de compras e outros serviços, a dispensa não pode ser feita em "parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez". O valor para esse tipo de dispensa é dobrado para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresa pública (enquanto não editado regulamento específico) e por autarquia ou fundação qualificadas como Agências Executivas (art. 24, §1º, Lei 8.666/93).

O art. 24, inciso IV, permite a dispensa "nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos".

Finalmente, o último caso que citamos é o art. 24, inciso V, que permite a dispensa "quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas".

C. Licitação Inexigível

Segundo Egon Bockmann Moreira,

> a inexigibilidade de licitação diz respeito às situações fáticas que não concedem alternativa à autoridade competente, que se vê obrigada a realizar a contratação direta. Como é sabido, a exigibilidade da licitação é a regra, pois sua realização é imposta à Administração Pública por meio da Constituição e da legislação ordinária [...]. Porém, fato é que haverá situações excepcionais as quais irão exigir justamente que não se dê a licitação, mas sim, a contratação direta: aqui surge a inexigibilidade, a qual não atribui escolha discricionária ao administrador, mas impõe que ele realize a contratação de imediato, sob pena de violar o interesse público posto à sua guarda.[178]

[177] MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015. p. 468.

[178] Ibid., p. 468-469.

A situação que enseja a inexigibilidade de licitação é a inviabilidade de competição; os casos de permissão de contratação direta sob a justificativa de inexigibilidade devem ser analisados por esta ótica. Duas situações podem ensejar a inviabilidade de competição: a impossibilidade de competição em decorrência da exclusividade do fornecedor e a impossibilidade decorrente de ausência de critérios objetivos que permitir a definição da melhor proposta.[179]

A inexigibilidade de licitação está prevista no art. 55 da Lei 8.666/93, que dispõe:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.
> § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Assim, a inexigibilidade é aplicável para casos de exclusividade, de contratação de serviços técnicos onde não seja viável a competição, e para a contratação de artistas consagrados.

5. O Contrato Administrativo – Noções Gerais

Após a realização do procedimento licitatório, ou mediante a contratação direta, a Administração Pública irá, na maioria dos casos, firmar um contrato administrativo com o fornecedor ou prestador de serviços.

O contrato administrativo

> é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas, ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.[180]

Em razão do seu caráter diferenciado, submetido ao regime jurídico administrativo, que tem por objetivo o atingimento do interesse público, a Administração, em um contrato administrativo, pode modificar as prestações devidas pelo contratante, fiscalizar a sua execução

[179] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 102-103.

[180] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 642-643 [200] Ibid., p. 644.

e, caso não seja realizada a contento, aplicar sanções ao contratado, podendo até mesmo rescindi-lo.[200]

Por outro lado, o contratante não fica à mercê da Administração, sendo-lhe resguardados os seus interesses econômicos por meio da garantia do equilíbrio econômicofinanceiro do contrato.

Com relação ao contrato administrativo, trataremos brevemente das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A. Cláusulas Exorbitantes

Cláusulas exorbitantes são aquelas que "conferem prerrogativas à Administração e sujeições ao contratado, independentemente de previsão editalícia ou contratual."[181] Encontram-se previstas no art. 58 da Lei 8.666/93:

> Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
> I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
> II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
> III- fiscalizar-lhes a execução;
> IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
> V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

A modificação unilateral é permitida "quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos", ou "quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto", observando-se o limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato para acréscimos e supressões que se fizerem em obras, serviços ou compras, e até 50% no caso de reforma de edifício ou equipamento (art. 65, I, a), b) e §1º.

Com relação à rescisão, o art. 78 prevê várias hipóteses que permitem sua realização pela Administração, mas as principais referem-se ao descumprimento do pactuado contratualmente, como, por exemplo, o não cumprimento ou cumprimento irregular das cláusulas contratuais, o atraso no início das obras e a paralisação de obras sem justa causa
(incisos I, II, IV e V).

A fiscalização é inerente à atividade da Administração, tendo em vista que os contratos consomem recursos públicos e sua execução visa atingir o interesse público. A Administração deve, portanto, garantir que o contrato está sendo fielmente cumprido. O direito de fiscalizar é também um dever para a Administração, tendo em vista que o art. 67 da Lei 8.666/93 dispõe que

[181] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 254.

"A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição."

Como corolário do dever-poder de fiscalização, a Lei 8.666/93 permite à Administração que aplique sanções aos contratados, previstas em seu art. 87:

> Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
> I - advertência;
> II- multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
> III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
> IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

A declaração de inidoneidade é de competência exclusiva de Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal (art. 87, §3º).

Finalmente, no caso de contratos referentes à serviços essenciais, a Administração poderá ocupar temporariamente os bens móveis e imóveis do contratado, bem como utilizar o seu pessoal e serviços, em casos de necessidade de apuração administrativa de faltas e na hipótese de rescisão contratual.[182]

B. Equilíbrio Econômico-Financeiro

O art. 37, XXI da Constituição Federal garante ao licitante vencedor a manutenção das condições efetivas da proposta.

Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira

> A equação econômica é definida no momento da apresentação da proposta (e não da assinatura do contrato) e leva em consideração os encargos do contratado e o valor pago pela Administração, devendo ser preservada durante toda a execução do contrato.[203]

O Autor explica que os principais mecanismos para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato são o reajuste, a revisão, a atualização financeira e a repactuação.

O reajuste refere-se à correção do valor do contrato em razão da inflação; os critérios para sua atualização devem ser estabelecidos no edital (art. 40, XI, Lei 8.666/93) e no contrato (art. 55, III, Lei 8.666/93). A periodicidade de reajuste é anual, a contar da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir (art. 3º, §1º, Lei 8.666/93).

[182] Ibid., p. 260.
[203] Ibid., p. 262.

A revisão, por sua vez, é permitida caso ocorra algum fato superveniente e imprevisível que altere a equação econômica do contrato, nos termos do art. 65, II, d) da Lei 8.666/93:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
> II - por acordo das partes:
> d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Em que pese a lei falar em alteração por acordo das partes, ela é, na realidade, um direito do contratado, tendo em vista a obrigatoriedade constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.[183]

De maneira similar ao reajuste, a atualização financeira garante a manutenção do valor real do contrato, mas, diferentemente daquele, incide "desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento" (art. 40, XIV, c), Lei 8.666/93).[184]

Finalmente, a repactuação possui o mesmo objetivo do reajuste, sendo considerado uma espécie deste, mas ao invés de utilizar um índice de correção monetária para a atualização do valor do contrato, a atualização é implementada mediante a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato.[206]

6. Atividade – Discussão

O art. 65, II, d) da Lei 8.666/93 permite a revisão do contrato para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado. Discuta o que seriam fatos imprevisíveis e previsíveis de consequências incalculáveis, e dê ao menos dois exemplos de cada.

Bibliografia

ANDREOTTI, Tiago. Dispute Resolution in Transnational Securities Transactions. Hart, 2017.

AURELLI, Arlete Inês. Da admissibilidade da prova emprestada no CPC de 2015. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. G.); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Direito Probatório – Coleção Grandes Temas do Novo CPC v. 5. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

[183] Ibid., p. 265-266.
[184] Ibid., p. 266-267.
[206] Ibid., p. 267.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CARVALHO, Cristiano. Sistema, Competência e Princípios. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz (Coord.). Curso de Especialização em Direito Tributário: Estudos Analíticos em Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6. ed., Addison-Wesley, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 1 – Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 2 – Administração Pública e Servidores Públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de Direito Administrativo v. 5 – Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro v. 1 – Teoria Geral do Direito Civil.
33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HARADA, Kiyoshi. Direito Financeiro e Tributário. 26. ed., São Paulo: Atlas, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 17. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Licitação Pública. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

NETTO, Adyr Garcia Ferreira. Do estado de natureza ao governo civil em John Locke. Revista de Direito Público, Londrina, v.2, n.2, p. 75-90, mai./ago. 2007.

NUNES DE CARVALHO, Caio Augusto. Provas ilícitas no direito brasileiro. In: DIDIER JR, Fredie (Coord. G.); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). Direito Probatório – Coleção Grandes Temas do Novo CPC v. 5. 2. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAULSEN, Leandro. Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 17.ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Direito Financeiro Esquematizado. São Paulo: Saraiva 2015.

REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JR., J. Teixeira. A Lei 4.320 Comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal. 33.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. A Inviolabilidade do domicílio e seus limites: o caso do flagrante delito. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n.14, p. 544-562, jul./dez. 2013.

WEBER, Max. Economy and Society. University of California Press, 1978.

YAMAUTI, Nilson Nobuaki. A teoria política hobbesiana. Revista Urutágua, Maringá, n. 1, mai. 2001.