

NATAN BATISTA



DIREITO

ADMINISTRATIVO



Sumário:

Capítulo 1 – Introdução Página 1

- 1. Noções Históricas.....** Página 1
 - 1.1. Introdução Página 1
 - 1.2. Monarquia Absolutista Página 1
 - 1.3. Estado Liberal Página 5
 - 1.4. Estado Social (Intervencionista)..... Página 7
 - 1.5. Estado Neoliberal (Regulador) e a Administração Página 11
Gerencial
 - 1.6. Comparativo Página 12
- 2. Estado x Governo x Administração.....** Página 12
- 3. Codificação.....** Página 12
- 4. Sistemas Administrativos.....** Página 13
 - 4.1. Sistema de Jurisdição Uma Página 13
 - 4.2. Sistema de Jurisdição Administrativa (Contencioso Página 13
Administrativo)
 - 4.3. Atual Disposição Página 14

Capítulo 2 – Da Administração Pública Página 16

- 1. O que é a Administração Pública?.....** Página 16
 - 1.1. Critério Objetivo Página 16
 - 1.1.1. Serviços Públicos Página 16
 - 1.1.2. Polícia Administrativa (Poder de Polícia) Página 16
 - 1.1.3. Fomento..... Página 17
 - 1.1.3.1. Subsídio Página 17
 - 1.1.3.2. Favor/Incentivo Fiscal..... Página 17
 - 1.1.3.3. Financiamento Página 17
 - 1.1.4. Intervenção Página 17
 - 1.2. Critério Subjetivo Página 18
 - 1.2.1. Das Organizações Página 18
 - 1.2.2. Regimes de Administração Página 23
- 2. Dos Entes da Administração Pública Indireta Página 26**
 - 2.1. Autarquias..... Página 26
 - 2.1.1. Conceito Página 26
 - 2.1.2. Características..... Página 27
 - 2.1.3. Das Prerrogativas Página 30
 - 2.1.4. Da Criação das Autarquias Página 33
 - 2.1.5. Da Extinção das Autarquias Página 33
 - 2.1.6. Capacidade de Autoadministração..... Página 33
 - 2.1.7. Autarquias Profissionais e OAB Página 34
 - 2.1.8. Autarquias especiais..... Página 38

2.1.9.	Agências Reguladoras	Página 40
2.1.9.1.	Conceito e criação	Página 40
2.1.9.2.	Competência e Poder Normativo Técnico	Página 41
2.1.9.3.	TAC – Termo de Ajustamento de Conduta.....	Página 43
2.1.9.4.	Atos Normativos Conjuntos.....	Página 43
2.1.9.5.	Fiscalização Legislativa.....	Página 43
2.1.9.6.	Risco de Captura.....	Página 44
2.2.	Empresas Estatais – Empresas Públicas e Sociedades	Página 45
	de Economia Mista	
2.2.1.	Conceito	Página 45
2.2.2.	Comparação	Página 46
2.2.3.	Finalidade	Página 48
2.2.4.	Da nomeação de dirigentes	Página 51
2.2.5.	Mandado de segurança e empresas estatais.....	Página 53
2.3.	Fundações	Página 53
2.3.1.	Introdução	Página 53
2.3.2.	Características.....	Página 54
2.3.3.	Regimes de administração.....	Página 55
2.3.4.	Controle pelo Ministério Público	Página 57
2.4.	Agências executivas	Página 57
2.4.1.	Requisitos.....	Página 57
2.4.2.	Críticas.....	Página 58
2.5.	Consórcio público	Página 58
2.5.1.	Conceito	Página 58
2.5.2.	Natureza jurídica.....	Página 59
2.5.3.	Formação de cooperação	Página 60
2.5.4.	Constituição do consórcio	Página 60
3.	Entidades Paraestatais e Terceiro Setor	Página 63
3.1.	Introdução	Página 63
3.2.	Terceiro setor.....	Página 64
3.3.	Das entidades paraestatais	Página 64
3.3.1.	Conceito e características comuns	Página 64
3.3.2.	Espécies.....	Página 65
3.3.2.1.	Organizações sociais – OS.....	Página 65
3.3.2.2.	Organizações da sociedade civil de	Página 69
	interesse público - OSCIP	
3.3.2.3.	Organização da sociedade civil – OSC.....	Página 75
3.3.2.3.1.	Introdução e conceito	Página 75
3.3.2.3.2.	Requisitos e parcerias	Página 76
3.3.2.3.3.	Vedações	Página 78
3.3.2.3.4.	Chamamento público	Página 79
3.3.2.3.5.	Das exigências e da fiscalização	Página 81
4.	Agentes Públicos	Página 82
4.1.	Introdução	Página 82

4.2.	Agentes políticos	Página 83
4.3.	Particulares em colaboração com o Poder Público	Página 84
4.4.	Militares.....	Página 85
4.5.	Servidores públicos/estatais	Página 85
4.5.1.	Conceito e espécies	Página 85
4.5.1.1.	Empregados ou servidores público	Página 86
4.5.1.1.1.	Titular de cargo	Página 86
4.5.1.1.2.	Titular de emprego	Página 87
4.5.1.1.3.	Escolha quanto aos regimes	Página 87
4.5.1.2.	Servidores das pessoas governamentais de ..	Página 88
	direito privado	
4.5.1.3.	Servidores temporários ou emergenciais	Página 90
4.5.2.	Cargo, Emprego e Função Pública	Página 90
4.5.3.	Estabilidade do servidor público	Página 94
4.5.4.	Concurso Público	Página 96
4.5.4.1.	Conceito e princípios	Página 96
4.5.4.2.	Vedação ao desvio de função	Página 96
4.5.4.3.	Quem poderá ser investido em cargo ou	Página 96
	emprego público?	
4.5.4.4.	Não exigem concurso público	Página 97
4.5.4.5.	Espécies de concurso público	Página 97
4.5.4.6.	Prazo de validade dos concursos públicos	Página 98
4.5.4.7.	Do edital	Página 98
4.5.4.7.1.	Conceito	Página 98
4.5.4.7.2.	Do controle de legalidade por parte	Página 98
	do Poder Judiciário	
4.5.4.7.3.	Proibição de discriminação	Página 100
4.5.4.7.4.	Exame psicotécnico.....	Página 101
4.5.4.7.5.	Prova de aptidão física e candidatas	Página 102
	grávidas	
4.5.4.7.6.	Investigação social e investigação.....	Página 102
	criminal	
4.5.4.7.7.	Concurso público e as tatuagens.....	Página 103
4.5.4.7.8.	Políticas de ação positiva	Página 107
4.5.4.7.8.1.	Cotas para deficientes.....	Página 107
4.5.4.7.8.2.	Cotas para negros.....	Página 110
4.5.4.8.	Diploma ou habilitação legal.....	Página 111
4.5.4.9.	Direitos do aprovado.....	Página 112
4.5.5.	Proibição de acumulação remunerada.....	Página 114
4.5.6.	Vedação ao acúmulo de aposentadorias	Página 116
4.5.7.	Acúmulo de cargo público e mandato eletivo	Página 116
4.5.8.	Greve dos servidores públicos	Página 117
4.5.9.	Remuneração dos agentes públicos	Página 119
4.5.9.1.	Espécies de contraprestação	Página 119

4.5.9.2.	Irredutibilidade salarial.....	Página 120
----------	--------------------------------	------------



Capítulo 1 – Introdução

1. Noções Históricas

Por trás de toda ciência do Direito, bem como qualquer elemento de construção humana, existe a história por meio da qual teorias e sistemas foram desenvolvidos, culminando na organização e disposição como hoje conhecemos.

Tal raciocínio é plenamente aplicável ao Direito Administrativo, haja vista que, como ciência do Direito, sofreu inúmeras alterações ao longo de sua estruturação.

Diante deste raciocínio, imprescindível que antes de adentrarmos no estudo do Direito Administrativo nos moldes da Constituição e atuais disposições legislativas analisemos os períodos responsáveis por sua formação.

1.1. Introdução

Introduz Maria Zanella di Pietro:

O Direito Administrativo, como ramo **autônomo**, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito.

Além disso, o que havia eram normas esparsas relativas principalmente ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas modalidades de bens públicos, à servidão pública. Não se tinha desse ramo do direito uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia.

1.2. Monarquia Absolutista

A *monarquia absolutista* compreende forma de governo na qual o Estado é estruturado sob a figura de um indivíduo (o monarca) e sobre o qual inexistente qualquer outro elemento. Tal figura, portanto, representa a máxima autoridade, elemento no qual se concentram todos os poderes.

Importante ressaltar que tal autoridade não somente era estabelecida por meros enunciados legislativos ou coisa parecida, mas sim confirmada pela via *divina*.

Intrínseco à figura do rei estava o clero, por meio do qual a posição de destaque do monarca adquiria relevância sobrenatural. O rei, sustentava a Igreja, encontrava-se em tal função por desígnios deíficos e não por estabelecimento humano. Tendo em vista o domínio da Igreja sobre os indivíduos, a julgar pela implementação do *sistema inquisitivo* católico, o povo estava fadado a aceitar tal situação, sob pena de sofrer com os *castigos divinos*.

Portanto, o rei era a figura na qual o poder de fato se concentrava; poder este confirmado e sustentado por argumentos etéreos, fazendo com que toda e qualquer ideia contrária às ações do monarca se tornassem inefetivas e literalmente mortais.

Com a vigência deste modelo, era inevitável a confusão entre os interesses do rei e do Estado, pois o mesmo caracterizava a própria figura do Estado. Ou seja, não se tinha, *a priori*, uma diferenciação entre a *res publica* e a *res principis*. Daí surge uma das características do monarquismo, o *patrimonialismo*: aquilo que compreendia o Estado era, de modo incontornável, propriedade da realeza.

Diante desse contexto vigorava a máxima romana *quod principi placuit legis habet vigorem*, isto é, *aquilo que o príncipe pretende tem força de lei para vigorar*. Em outros termos, as exigências do rei possuíam força de lei, não podendo qualquer indivíduo contestá-las ou recusar-se a atendê-las.

No mesmo sentido foi a incorporação da frase “*L’État c’est moi*” (O Estado sou eu) pelo rei Luís XIV da França, intitulado Rei Sol.

O raciocínio aqui é simples. Para tanto, façamos breve elucidação da estrutura social que vigorou durante o regime monarquista:

Basicamente eram três os estamentos que compunham a pirâmide social, conforme esquematizado.

O primeiro estamento era compreendido pelos nobres – figuras cuja autoridade e poder estavam diretamente ligados à figura do rei e do qual o próprio monarca fazia parte.

O segundo estamento abrangia os indivíduos que compunham o clero, ou seja, era formado pelos indivíduos ligados à Igreja, responsável pela apresentação da sustentação justificante das funções e poderes do monarca.

Por fim, a pirâmide estamental do período monarquista era formada pelo terceiro estado, caracterizado por 95% da população e compreendido pelos indivíduos cuja linhagem ou interesses em nada se relacionavam aos demais estamentos ou à figura do monarca.

O resultado é lógico. O rei, máxima autoridade, figura responsável pela criação e aplicação das leis, indivíduo divinamente selecionado para ditar o rumo e o ritmo do funcionamento da máquina estatal, não possuía obrigações estamentais para com o povo. Seus esforços, por óbvio, somente se voltavam aos indivíduos que lhe convinham, isto é, ao primeiro e segundo estados.



De rigor, assim, o reconhecimento do favorecimento aos indivíduos que os compunham. Ao rei cabia a preocupação de se manter no poder. Para tanto, era necessário manter sob suas rédeas os demais estamentos.



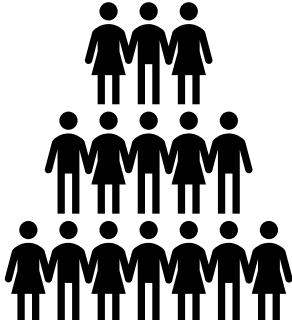
Em relação aos dois primeiros era simples a tarefa. Aos nobres bastava que os presenteasse com regalias e nomeações aos cargos importantes do Governo (surgimento do nepotismo e corrupção); ao clero era suficiente a proteção real, sob a promessa da continuidade da dominação moral e ética que exerciam ante o povo; por fim, ao restante da população bastava que lhes fosse apresentada situação na qual transparecesse sua participação efetiva nos assuntos do Estado.

Incumbia-lhe, logo, controlar o povo, de modo que sua posição intocável assim continuasse. Para tanto, todos os estamentos eram convidados a participar das deliberações do Estado. Contudo, o ideal de justiça distributiva não era considerado.

Em que pese o terceiro estado compreender 95% da população, como dito anteriormente, o poder de fala, a efetiva participação deste estamento possuía o mesmo valor dos demais.

Diante de discussões, ainda que configurasse indubitavelmente a maioria da população, apresentava poder de voz semelhante aos demais estamentos.

Desta forma, cada um dos estamentos possuía o mesmo poder de decisão.

PESO DO VOTO	NÚMERO DE PESSOAS
1	1º Estamento – Nobres 
1	2º Estamento – Clero 
1	3º Estamento – Povo 

Não obstante, lembremos, o primeiro e segundo estados, próximos ao rei, compartilhavam dos mesmos interesses e, por isso, eram protegidos pela figura do monarca.

Logo, bastava o simples conluio de opiniões entre os dois primeiros estados para que a manifestação do terceiro se tornasse ineficaz. E assim o era.

Configurado estava o sistema no qual o monarca, desprendido de qualquer compromisso legal ou moral para com o povo e acobertado pela dogmática coativa da Igreja Católica Medieval, gozava e esbanjava do bens de propriedade do Estado, e, logo, de propriedade do próprio rei, abandonando a ermo a parcela da população que não era alcançada pela sombra de suas asas.

O terceiro estado, sem representação alguma, sem poder de influência algum, era submetido aos abusos e vis desejos do monarca. O fato é que a população que compreendia tal estamento não possuía poder ante os demais estados e, por isso, em nada se mobilizava. E, na realidade, nem podia.

Você pode se perguntar: *a população não podia recorrer a algum tipo de Tribunal que avaliasse a legalidade das ações do monarca?* Explica Maria Zanella di Pietro que “o rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico.”

Contudo, tal situação mudou com o surgimento do movimento filosófico e sociológico denominado *iluminismo*.

Para entendê-lo, transcrevamos um trecho da discursão feita por Immanuel Kant na obra denominada *Resposta à Pergunta: O que é o Iluminismo?*:

Iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado. A menoridade é a incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem. Tal menoridade é por culpa própria, se a sua causa não residir na carência de entendimento, mas na falta de decisão e de coragem em se servir de si mesmo, sem a guia de outrem. Sapere aude! Tem a coragem de te servires do teu próprio entendimento! Eis a palavra de ordem do Iluminismo.

[...]

Por meio de uma revolução talvez se possa levar a cabo a queda do despotismo pessoal e da opressão gananciosa ou dominadora, mas nunca uma verdadeira reforma do modo de pensar. Novos preconceitos, justamente como os antigos, servirão de rédeas à grande massa destituída de pensamento.

Mas, para esta ilustração, nada mais se exige do que a *liberdade*; e, claro está, a mais inofensiva entre tudo o que se pode chamar liberdade, a saber, a de fazer um *uso público* da sua razão em todos os elementos. Agora, porém, de todos os lados ouço gritar: *não raciocines!* Diz o oficial: não raciocines, mas faz exercício! Diz o funcionário de Finanças: não raciocines, paga! E o clérigo: não raciocines, acredita!

[...]

O cidadão não pode recusar-se a pagar os impostos que lhe são exigidos; e uma censura impertinente de tais obrigações, se por ele devem ser cumpridas, pode mesmo punir-se com um escândalo (que poderia causar uma insubordinação geral). Mas, apesar disso, não age contra o dever de um cidadão se, como erudito, ele expuser as suas ideias contra a inconveniência ou também a injustiça de tais prescrições.

O Iluminismo, portanto, surgiu com o objetivo de incentivar os indivíduos ao exercício da filosofia, da racionalidade, de modo a se conscientizarem de seus direitos perante o Estado, exigindo-lhe a efetiva prestação destes.

É com esse incentivo que surgem as Revoluções que marcam o século XVIII, dentre elas a mais famosa: Revolução Francesa de 1789, conhecida pelo lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, e, conseqüentemente, a queda da monarquia.

Tomando por conclusão e abordando o tema que nos interessa neste resumo, a administração do Estado era incumbência do rei, tendo em vista a concentração dos poderes em suas mãos. Tal situação de maximização hierárquica se revelava na coincidência entre as vontades do rei e as vontades do Estado, não havendo diferenciação entre tais elementos.

Como resultado, é notável o surgimento do nepotismo e corrupção com o objetivo de garantir a manutenção e cumprimento dos desejos do rei e, em conseqüência, a sua permanência sem maiores atritos no poder.

1.3. Estado Liberal

Para contornar um período no qual a atuação do Estado era evidentemente abusiva na vida dos indivíduos, nada mais racional e efetivo que o afastamento imediato de suas atividades da vida privada (Estado ausenteísta). E assim foi feito. A aplicação do denominado *Estado Liberal* foi responsável pela consolidação dos *direitos humanos de primeira dimensão*, marcados pelos direitos à vida, liberdade, igualdade, propriedade, privacidade, nome, nacionalidade, participação política, sufrágio etc.

Uma vez que os abusos do poder do Estado foram superados com a queda da monarquia, buscou-se a criação de um modelo no qual o Estado não mais teria legitimidade para atuar na vida privada dos indivíduos como antes fora.

Em outras palavras, prezou-se pela incorporação da liberdade individual sem maiores intervenções do Estado. É o resultado da utilização da máxima *laissez-faire, laissez-aller, laissez-passer* (deixai fazer, deixar ir, deixar passar).

Essa expressão é a identidade do *liberalismo econômico*, tendo por origem uma fala marcante de Colbert – ministro francês das finanças. Perguntou aos comerciantes: *que faut-il faire pour vous aider?* (o que é preciso para ajudá-los?) Ao passo que responderam: *nous laisser-faire* (nos deixe agir livremente).

Em que pese ter sido tal Estado marcado pelo desenvolvimento das teorias econômicas de Adam Smith (liberalismo econômico), foquemos no ramo que nos interessa: a Administração.

Apesar de o poder que costumava acumular o Estado ter sido derrubado, tendo em vista a enormidade temporal pela qual vigorou, a população continuava receosa quanto às ações do mesmo, tementes em relação à continuidade da corrupção e do nepotismo. Por isso, com o intuito de fiscalizar e impedir que atos excessivos fossem realizados, adotou-se um sistema em que todo ato estatal passaria por rigoroso procedimento legitimador. Para que um ato estatal fosse aprovado, seria necessária sua avaliação em todas as etapas de verificação, de modo que a população tivesse certeza acerca de sua natureza e de sua não abusividade.

Em outras palavras, *instituiu-se a burocracia*.

Com a diminuição da atuação do Estado, suas intervenções passaram a ser extremamente pontuais, vigorando a *livre iniciativa* e a *predominância das vontades individuais*, como dito.

Segundo Adam Smith:

O estudo da vantagem pessoal leva cada indivíduo a preferir a ocupação mais vantajosa também para a coletividade. Sua intenção não é a de contribuir para o interesse geral; ele só está olhando para sua vantagem. Mas, nesse caso, como em muitos outros, ele é conduzido por “mão invisível” para a realização de um objetivo estranho às suas intenções.

Contudo, não foi bem esse o resultado. Com o lucro de determinados indivíduos, não houve, como esperava Adam Smith, um acompanhamento econômico dos concorrentes, mas uma supressão dos mais fortes em relação aos mais fracos. A ideia de *mão invisível* do Estado, responsável pelo equilíbrio do comércio, de fato assim se manteve: invisível e inoperante. Ao invés de focarem nos benefícios coletivos, os burgueses preferiram rumar à exclusividade lucrativa.

Resumindo, os abusos continuaram, porém com novos sujeitos ativos e passivos.

Os burgueses, outrora *servos* e *vassalos* da autoridade máxima monarquista, mudaram de status e passaram à posição de opressores.

A pujança com a qual alguns indivíduos se destacavam em detrimento dos demais fez com que se desenvolvessem os **monopólios**.

Tal período destaca-se pela expansão do maquinário utilizados nas fábricas, principalmente relacionada à invenção da máquina à vapor e o início da fabricação de produtos em série.

Dessa forma, a pífia intervenção do Estado e, em consequência, a expansão dos monopólios visando o lucro a qualquer custo deram abertura para que a expansão comercial se desse às custas dos trabalhadores.

Viu-se a adoção de sistemas trabalhistas desumanos, marcados pelas jornadas de trabalho que atingiam 16h diárias (!), ambientes insalubres, salários ínfimos e tudo isso sem que houvesse qualquer garantia aos trabalhadores. Estes indivíduos eram considerados meros objetos da produção – por exemplo, tendo em vista a condição na qual exerciam suas funções, era comum a ocorrência de acidentes entre os trabalhadores; contudo, não havia qualquer auxílio do empregador a eles. Nessas situações, eram simplesmente demitidos e substituídos por outros pobres indivíduos.

Antes de concluirmos o raciocínio do Estado Liberal, é importante que falemos brevemente acerca dos reflexos desse sistema nos Estados Unidos.

O Contexto é pós-Segunda Guerra Mundial. Os Estados Unidos, cuja participação durante e após a Guerra lhes trouxe enorme movimentação comercial, haja vista a necessidade bélica (durante as Guerras) e básica (principalmente após a Primeira Grande Guerra) dos países europeus dos produtos americanos, viam sua econômica ascender de forma estrondosa.

Por esse motivo, liderados pelo espírito liberal da livre iniciativa, adotou-se uma política de fácil acesso ao crédito, estimulando ainda mais a economia.

Ocorre que com a produção desenfreada de produtos (adoção da produção em massa) e a diminuição da demanda americana e europeia, aliada à manutenção da política de acesso ao crédito e a não atuação do Estado na economia, fez com que o mercado não suportasse, eclodindo no que ficou conhecido como Crise de 29.

Como resultado da Crise, no geral, 9.000 bancos fecharam e 100.000 empresas faliram. O PIB foi reduzido de US\$ 80 bi em 1929 para US\$ 40 bi em 1932. O desemprego aumentou de 3,2% para 25%. A violência cresceu. A popularidade de Hoover (então presidente) despencou, sendo eleito em 1932 o 32º Presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Hoosevelt.

Viu-se, portanto, que a não atuação do Estado em determinados âmbitos da sociedade causaria um desequilíbrio imensurável. Em decorrência disso, novas revoltas eclodiram, pedindo, agora, ironicamente, a normatização da economia e o retorno da atuação do Estado.

Numa visão geral, o Estado Liberal foi marcado pela ausência da atuação do Estado, inexistência de legislações reguladoras e fiscalizadoras, o que levou à formação dos monopólios e exploração humana no trabalho. Novamente, insurgiram revoluções.

1.4. Estado Social (Intervencionista)

A queda do Estado Liberal e ascensão do Estado Social ou Intervencionista foi marcado por alguns eventos relevantes. Como dito, notou-se que a não intervenção do Estado em determinadas áreas da sociedade resultaria em miséria e desequilíbrio econômico. Por isso, estabeleceu-se que estes setores imprescindíveis para a vivência

saudável da sociedade deveriam ter atenção especial do Estado – podemos citar como exemplo a saúde, trabalho, educação etc.

Conforme afirma Vizeu Figueiredo:

Assim, com a derrocada do modelo de Estado liberal, houve a ascensão de uma nova forma de posicionamento do Poder Público em face da ordem econômica e dos mercados, sendo abandonado o liberalismo puro, adotando-se, destarte, diferentes formas e aspectos intervencionistas, cada qual influenciado pelo ideário político da corrente partidária que se encontra no poder [...].

Surge o intervencionismo estatal, caracterizado por forte interferência do Poder Público na sua Ordem Econômica, sob duas vertentes dominantes: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar Social, este último consolidado nas democracias ocidentais após a Segunda Guerra Mundial.

Como digo no *Resumo de Direitos Humanos*: “Acontece que a não intervenção do Estado fez com que a vida na sociedade se tornasse um caos. A não intervenção do Estado fez com que a economia, principalmente, ruísse. Monopólios foram criados através da criação dos denominados acordos de truste, a exploração desenfreada dos trabalhadores ocorria, devido à falta de legislação e fiscalização que evitasse tal situação. Em decorrência, os produtos tornaram-se de menor qualidade e com preços elevados, prejudicando, também, os consumidores.

Além da situação econômica, não era garantido aos cidadãos alguns dos direitos básicos, como a alimentação, a moradia, a saúde, a educação, sendo estas as principais reivindicações da época.”

Tais proteções foram marcadas por alguns eventos pontuais, os quais comentaremos de forma breve.

1) *Sherman Act* (1890) – foi responsável por (i) garantir a concorrência; (ii) concorrer o abuso dos preços; (iii) evitar a exploração de trabalhadores e (iv) preservar o consumidor;

2) Constituição Mexicana de 1917 – primeiro documento legal responsável pela regularização de matérias como a jornada de trabalho e a idade mínima para iniciar as atividades laborais.

Nesse sentido, afirma Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro:

Torna-se claro perceber, portanto, desde logo, que as principais reivindicações revolucionárias consistiam na proibição da reeleição do Presidente da República, no retorno dos “ejidos” e devolução das respectivas terras às comunidades indígenas, na *nacionalização das grandes empresas e bancos*, na *consolidação de direitos trabalhistas à classe média emergente* e na separação radical entre Igreja e Estado.

3) Constituição de Weimar (Alema) de 1919 – pós-Primeira Guerra Mundial, foi a constituição que teve por objetivo reestruturar a Alemanha de forma democrática. Esta constituição sustentava que o Estado deveria ser positivo na implementação de políticas públicas, intervindo na livre iniciativa e na redistribuição de rendas.

Continuando o raciocínio da autora acima citada:

Desse modo, apesar de a Constituição de Weimar possuir, como característica, a organização e sistematização de seus preceitos (ao contrário do que se verifica na Constituição Mexicana), ainda assim as diversas espécies de direitos fundamentais encontram-se dispersas no corpo do texto constitucional, devendo-se portanto, para identificá-las, proceder a um exame de cada um dos 165 artigos da referida Carta Política.

Citando alguns exemplos:

Arts. 119, §2º e 161 – proteção e assistência à maternidade; **Art. 120** – direito à educação da prole; **Art. 122** – proteção moral, espiritual e corporal a juventude; **Art. 129** – direito à pensão para família em caso de falecimento e direito à aposentadoria, em tema de servidor público; **Art. 142** – direito ao ensino de arte ciência; **Art. 145** – ensino obrigatório, público e gratuito; **Art. 155** – função social da propriedade, desapropriação de terras, mediante indenização, para satisfação do bem comum; **Art. 155** – direito a uma habitação sadia; **Arts. 157 e 162** – direito ao trabalho; **Art. 158** – proteção ao direito autoral do inventor e do artista; **Art. 161** – proteção à maternidade, à velhice, às debilidades e aos acasos da vida, mediante sistema de seguros, com a direta colaboração dos segurados (previdência social); **Art. 162** – direito da classe operária a “um mínimo geral de direitos sociais”; **Art. 163** – seguro desemprego; **Art. 165** – direito à participação, mediante Conselhos, no ajuste das condições de trabalho e do salário e no total desenvolvimento econômico das forças produtivas, inclusive mediante apresentação de projeto de lei.

Como citado anteriormente, o Estado Intervencionista foi marcado pela existência de dois modelos de Estado: o Estado Socialista e o Estado do Bem-Estar Social.

Falemos brevemente sobre cada um deles.

Quanto ao Estado Socialista, trata-se de modelo idealizado por Karl Marx e Friedrich Engels. Segundo o primeiro:

Cada capitalista destrói muitos outros [...]. Com a diminuição constante do número de magnatas do capital que usurpam e monopolizam todas as vantagens desse processo de transformação, cresce a massa da miséria, da pressão, da subjugação, da degeneração e da exploração, mas também cresce a revolta da classe operária, que aumenta cada vez mais e é disciplinada, unida e organizada pelo próprio mecanismo do processo de produção capitalista. *O monopólio do capital torna-se vínculo do modo de produção.* A centralização dos meios de produção e a socialização do trabalho alcançam um ponto em que se tornam incompatíveis com seu envoltório capitalista. E ele se rompe. *Soa então a última hora da propriedade privada capitalista. Os expropriadores serão expropriados.*

O modelo socialista tinha por ambição que o Estado realizasse a regulação do mercado, dos preços e dos salários, acabando com a concorrência, com as classes sociais e, conseqüentemente, com os conflitos. Toda estrutura pertenceria ao Estado.

Do outro lado, porém, havia o denominado *Estado do Bem-Estar Social*, idealizado por *John Maynard Keynes*. Segundo o idealizador:

Creio que no futuro o governo deverá assumir muitas responsabilidades que no passado evitou. E, para resolvê-las, não servirão nem os ministros nem o parlamento. Nossas tarefas devem ser a descentralização e a devolução de responsabilidades onde possível, e particularmente a instituição de entidades semi-autônomas e de organismos administrativos aos quais confiar tarefas de governo velhas e novas, sem, todavia, prejudicar o princípio democrático ou a soberania última do parlamento.

[...]

Devemos inventar uma nova sabedoria para uma nova época. E, entretentes, se quisermos fazer alguma coisa de bom, devemos agitar-nos, mostrar-nos heterodoxos, perigosos, desobedientes a nossos progenitores.

No campo econômico isso significa, em primeiro lugar, que devemos encontrar novos instrumentos e novos critérios políticos para controlar e intervir no funcionamento das forças econômicas, de modo que não interfiram além da medida nos critérios válidos hoje em matéria de estabilidade social e de justiça social.

Segundo o sistema criado por Keynes, o Estado teria por função garantir o bom funcionamento da economia (segundo os preceitos de Adam Smith), devendo, igualmente, defender os direitos e garantir o mínimo existencial aos cidadãos.

É nesse sentido que nascem os denominados *direitos humanos de terceira geração*, marcados pelos direitos *transindividuais*, ligados à *solidariedade ou fraternidade*, ao *desenvolvimento* e ao *progresso equilibrados*.

Conforme Fábio Konder Comparato: “Ao cessarem as hostilidades em agosto de 1945, a humanidade tomou consciência de que passara a formar um todo único e solidário, para o bem e para o mal.”

Caberia ao Estado agir como mediador dos setores, controlando a econômica, por óbvio, mas reafirmando, por exemplo, os direitos de segunda dimensão, garantindo aos indivíduos educação, saúde, lazer dignos etc.

Ocorre que o acúmulo de funções fez com que o Estado **superdimensionasse**, isto é, alcançasse proporções excessivamente grandes. O Estado passou a agir como prestador de serviços públicos, investidor, empresário etc. Em decorrência da pluralidade de serviços prestados pelo Estado, houve um *déficit* no orçamento público, uma vez que as despesas a serem realizadas ultrapassaram o volume de receitas arrecadadas, bem como o fortalecimento do Poder Executivo e, em consequência, uma crise de governabilidade.

Daí, novas alterações no Estado foram necessárias.

1.5. Estado Neoliberal (Regulador) e a Administração Gerencial

A composição mais atual de um modelo de Estado é o Estado Neoliberal ou Regulador.

Tal modelo se mostra uma **justamedida** entre o Estado Liberal e o Estado Social. Aqui, busca-se a liberdade do mercado (livre iniciativa e livre mercado) através da *desestatização das atividades econômicas*, somente incumbindo ao Estado os setores que se privados não demonstrariam resultados positivos para a população.

Isso não significa, porém, que o Estado deixará de atuar nos serviços essenciais, como a saúde, educação, segurança etc. O objetivo é precisamente diminuir a máquina estatal, prezando pela manutenção dos *direitos fundamentais* conforme estabelecido na Constituição.

Em suma, vigora o denominado **princípio da subsidiariedade**. Como dito, incumbirá ao Estado, além das atividades essenciais à vida social, somente aquilo que diante do setor privado não traria o resultado esperado pelo *interesse coletivo*.

Para que esse modelo de Estado vigore de forma plena, é necessário que se olhe para trás e se perceba o reflexo dos modelos anteriores na Administração. Em decorrência da cultura enraizada, os Estados anteriores nos fizeram herdar o (i) *excesso de formalismo* e (ii) *a falta de eficiência*, marcados pela burocracia estabelecida outrora.

Por isso, um novo modelo de Administração é demandado. Ao modelo que tenta romper tais elementos é dado o nome de **Administração Gerencial**. Altera-se o foco do processo em si, desburocratizando-o, e direcionando-o ao resultado do processo, auferindo-lhe a eficiência (*princípio da eficiência*).

Não mais se prioriza a autenticação do meio pelo qual se faz, mas a eficiência daquilo que se atinge, ou seja, não se tem por intenção o esgotamento dos mecanismos de controle das ações do Estado, mas sim alterar o seu foco. Prioriza-se a profissionalização do servidor, qualidade, produtividade e eficiência na prestação de serviços e não se o modo pelo qual alcançou tais elementos está previsto e segue piamente o disposto em lei. Busca-se um processo de **desburocratização**.

A implementação do sistema gerencial, portanto, tem por objetivo amenizar os reflexos das administrações anteriores, haja vista que tais elementos foram responsáveis pela incorporação do nepotismo e da corrupção.

Esse sistema foi implementado no Brasil precisamente pela Emenda à Constituição nº 19 de 1988, cuja ementa prescreve:

Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.

1.6. Comparativo

	SISTEMA BUROCRÁTICO	SISTEMA GERENCIAL
PERÍODO-BASE	Antes de 1988	Depois de 1988
PARADIGMA	Lei	Resultado (eficiência)
VALORES	Hierarquia, forma e processo	Colaboração, eficiência e parceria
CONTROLE	Sobre meios	Sobre resultados

2. Estado x Governo x Administração

Mais um ponto de importante estudo anteriormente ao aprofundamento nos preceitos da Administração Pública é a diferenciação quanto aos três elementos do título. Pois bem:

1) Estado: trata-se de pessoa jurídica soberana, formada pelo povo, território e governo. Exerce suas funções através dos três poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo).

2) Governo: por outro lado, entende-se por governo a função política de comando e coordenação do Estado, responsável pela estipulação dos planos do país. Compreende-se por indivíduos escolhidos pelos cidadãos para comandar o Estado em um período de tempo determinado.

Conforme estabelece o Dicionário Jurídico Acquaviva:

Do grego *kubernetes*, piloto, guia.

Exercício efetivo do poder político. Trata-se do poder em *ação*, *efetivamente exercido*. O poder, que é uma instituição, ao ser exercido se faz *governo*. Enfim, governar é exercer o poder. [...]

3) Administração: Por fim, tem-se por administração o elemento responsável pela execução das políticas públicas. A administração é, portanto, a estrutura que está sob o comando do Chefe do Poder Executivo e tem por objetivo transformar a proposta do Governo em realidade por meio da implementação das denominadas *políticas públicas*.

É a definição do Dicionário Jurídico Acquaviva:

Gestão dos serviços públicos e seus agentes, por parte dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios.

3. Codificação

Cabe informar que o Direito Administrativo não é regido por um Código geral, mas por um conjunto de leis específicas que dispõem sobre elementos e atividades específicas da Administração Pública.

A Administração Pública, como aprofundaremos adiante, é dividida em três estruturas distintas, quais sejam: (i) Federal; (ii) Estadual; e (iii) Municipal, cada uma delas possuindo suas leis e normas.

4. Sistemas Administrativos

Nos atentaremos a dois os *sistemas administrativos*, quais sejam: (i) *sistema de jurisdição una*; e (ii) *sistema da jurisdição administrativa (contencioso administrativo)*.

4.1. Sistema de Jurisdição Una

Sistema inglês adotado pelo Brasil; trata-se da execução do denominado *princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Tal princípio, disposto nos arts. 5º, XXXV, da Constituição Federal e 3º do Código de Processo Civil, garante que toda ameaça ou lesão a direito será apreciada pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma ocorrerá, portanto, com as causas que envolvam a Administração Pública. Diante de causas que envolvam interesse da Administração Pública o Poder Judiciário será provocado.

É a disposição dos artigos anteriormente mencionados:

Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Art. 3º do Código de Processo Civil. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

4.2. Sistema da Jurisdição Administrativa (Contencioso Administrativo)

Anteriormente à explicação deste sistema, é necessário que façamos uma breve explanação acerca do Poder Judiciário na França Imperial.

De acordo com Vladimir Passos de Freitas, *ex-Presidente do TRF da 4ª Região e professor da PUC/PR* no artigo intitulado *A Justiça na França*:

No regime imperial os juízes eram mal vistos na França. O cargo era comprado, hereditário, havia muita corrupção e as críticas eram constantes. Com a Revolução Francesa (1789), foram extintos todos os cargos de juízes e determinada a realização de eleições. A iniciativa não deu certo e depois de 10 anos foi extinta.

Ainda que posteriormente à queda da monarquia Napoleão Bonaparte tenha recriado a estrutura do Poder Judiciário, de modo a vinculá-lo diretamente à lei, dando aos magistrados funções meramente exegetas, a desconfiança que recaía sobre este Poder continuou de tal modo que suas decisões eram vistas com olhos de desconfiança.

Por esse motivo, todo julgamento cuja apreciação poderia ser delegada a órgão julgador específico, desvinculado do Poder Judiciário, assim o era.

É nesse ponto que se criou o denominado *sistema da jurisdição administrativa*. Diante de tal sistema, as causas de interesse da Administração não são apreciadas pelo Poder Judiciário, mas por um Tribunal Administrativo (Conselho de Estado).

Conforme pontua Maria Zanella di Pietro:

Tal o fundamento pelo qual se instituiu na França o contencioso administrativo, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, em cujos termos “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem.”

4.3. Atual disposição

Como dito no tópico 4.1., supra, segundo o *sistema de jurisdição uma*, sistema inglês adotado pelo Brasil, prevalece o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, segundo o qual toda ameaça ou lesão a direito deverá ser levada à apreciação do Poder Judiciário.

Ocorre que, em que pese tal assertiva, cada órgão administrativo possui meios administrativos segundo os quais as lides podem ser resolvidas sem que se provoque o Poder Judiciário.

Contudo, em decorrência do referido *princípio*, não é necessário que os recursos administrativos sejam esgotados para que o Poder Judiciário seja provocado, podendo o requerente fazê-lo a qualquer tempo, ainda que não tenha se submetido às vias administrativas.

Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência:

“PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. Energia elétrica – Ação de regresso – Sub-rogação da seguradora nos direitos da segurada – Pretensão ao ressarcimento dos prejuízos sofridos em indenização concedida em razão de danos elétricos – Sentença de improcedência – Inconformismo da autora – Ausência de prévia comunicação administrativa para apuração dos danos elétricos – Irrelevância – Inexistência de obrigação de exaurimento ou solicitação administrativa do procedimento constante do artigo 204 da Resolução 414/2010 da ANEEL, sob pena de ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal – Danificação de equipamentos por descarga elétrica – Queda de raios (descarga atmosférica) que não afasta a responsabilidade da apelante, porquanto não configura caso fortuito ou força maior – Responsabilidade objetiva da concessionária prestadora de serviço público pelos danos causados, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição Federal, sendo suficiente a comprovação da relação de causalidade entre o fato e o dano – Ressarcimento no valor total desembolsado pela suplicante, cujo pleito está abrangido pelo princípio constitucional da ampla reparação – Sentença reformada para julgar procedente a demanda, com inversão da sucumbência – Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 1001516-28.2019.8.26.0081; Relator (a): Helio Faria; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Foro de Adamantina - 1ª Vara; Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 21/02/2020)” – grifo nosso.

“ACIDENTÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - INTERESSE DE AGIR. Prévio requerimento administrativo de benefício. Consoante entendimento firmado pelo C. STF no RE 631.240/MG, em repercussão geral, é necessário o prévio ingresso na via administrativa antes do ajuizamento de ação judicial. Hipótese que não se confunde com o esaurimento da via administrativa. Ação corretamente extinta pelo Juízo de primeiro grau. Recurso de apelação não provido. (TJSP; Apelação Cível 1002527-18.2019.8.26.0526; Relator (a): Nuncio Theophilo Neto; Órgão Julgador: 17ª Câmara de Direito Público; Foro de Salto - 1ª Vara; Data do Julgamento: 18/02/2020; Data de Registro: 20/02/2020)”

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO: DESNECESSIDADE. ART. 557 DO CPC. ATRIBUIÇÕES DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes. II - Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, “atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este - RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado” (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso). III - Agravo regimental improvido. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 549.238/SP, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma)”

É importante, não obstante, que nos atentemos à exceção. Ao contrário da regra, diante de causas da *Justiça Desportiva* (diz-se *justiça* em decorrência de um erro de nomenclatura, haja vista se tratar de um órgão administrativo), a provocação do Judiciário somente se dará após o esgotamento dos recursos na via administrativa. Ou seja, não é possível que se impulsione o Poder Judiciário anteriormente ao esgotamento dos recursos administrativos.

Nesse sentido, dispõe o art. 217, §1º, da Constituição Federal:

Art. 217, §1º, da Constituição Federal. O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

Capítulo 2 – Da Administração Pública

1. O que é a Administração Pública?

A resposta a tal pergunta é uma *incógnita*, haja vista que existem diversas definições para o que é a Administração Pública.

Aqui, levaremos em conta a *teoria da administração pública*. Teoria segundo a qual a conceituação deste elemento é subdividido em dois critérios: (i) *critério objetivo* e (ii) *critério subjetivo*.

Pois bem. De forma geral, define Maria Zanella di Pietro:

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

Partamos para a definição na divisão estabelecida.

1.1. Critério Objetivo

Simplificadamente, o *critério objetivo* busca responder à pergunta *o que faz a Administração Pública?*

Por óbvio, a Administração Pública faz/pratica *atividade administrativa*. A atividade administrativa, por sua vez, compreende-se por:

- a) *Serviços Públicos*;
- b) *Polícia Administrativa (Poder de Polícia)*;
- c) *Fomento*; e
- d) *Intervenção*.

Tais elementos serão posteriormente aprofundados. Contudo, façamos uma breve introdução.

1.1.1. Serviços Públicos

Em que pese a difícil conceituação deste elemento, entende-se por *serviço público* a atividade de interesse coletivo executada pelo Estado através de sua Administração, sob regime jurídico predominantemente público.

Podemos citar como exemplos de serviços públicos o fornecimento de água, luz, telecomunicações, trânsito, saúde, educação etc.

1.1.2. Polícia Administrativa (Poder de Polícia)

Trata-se do poder dado à Administração Pública e segundo o qual a faz possuir o direito de restringir direitos e liberdades individuais em detrimento do benefício da coletividade, da segurança pública, isto é, dá-se-lhe o direito de *aplicar limitações administrativas*.

Contudo, como em toda regra há exceções, o *poder de polícia* não é absoluto, possuindo vedações as quais os *poderes da administração* não atingem, conforme veremos adiante.

Interessante ressaltar que o poder de polícia não se trata de cumprimento de designação judicial, mas mera atividade administrativa que tem por condão proteger a coletividade em detrimento de interesses individuais. Podemos citar como exemplo a *proibição* da construção de andares próximos a aeroportos; a *proibição* de fumar em locais fechados etc.

1.1.3. Fomento

Entende-se por fomento o *incentivo à atividade privada de utilidade pública*.

Esta atividade administrativa é executada através de outros três elementos, quais sejam:

- a) *Subsídio*;
- b) *Favor fiscal*; e
- c) *Financiamento*.

Expliquemos-lhes:

1.1.3.1. Subsídio

Economicamente, tem-se por *subsídio* o valor em dinheiro que a Administração Pública estabelece ou subscreve para certas atividades, com o objetivo de incentivá-las, tendo em vista sua utilidade pública, estimulando-as.

Simplificadamente, é a destinação direta de verbas a uma determinada atividade, objetivando auxiliá-la.

1.1.3.2. Favor/incentivo Fiscal

São medidas que promovem a redução ou extinção da alíquota de determinados impostos a serem pagos. Diferentemente do *fomento* anterior, não se configura por repasse direto de verbas, mas auxílio indireto à atividade selecionada.

1.1.3.3. Financiamento

Entende-se por *financiamento* o empréstimo de determinada quantia a juros remuneratórios determinados. Tratando-se de *fomento*, é comum que a Administração Pública os estabeleça a índices abaixo dos praticados no mercado, tendo em vista a meta de *fomentar* a atividade.

Como exemplo de órgão administrativo que realiza tal atividade, podemos citar o BNDES – Bando Nacional do Desenvolvimento.

1.1.4. Intervenção

Por fim, é possível que a Administração Pública atue por meio da *intervenção*.

A intervenção poderá ser (i) *direta* ou (ii) *indireta*.

a) ***Intervenção direta***: compreende, segundo Maria Zanella di Pietro, a atuação direta do Estado no domínio econômico.

Ocorre quando o Estado age como se empresário fosse, por meio das *empresas públicas, sociedades de economia mista* ou suas subsidiárias, colocando-as no mercado como concorrentes das empresas privadas.

Podemos citar como exemplo o Banco do Brasil e a Petrobrás.

Interessante citarmos o referido no art. 173, §1º, da Constituição Federal:

Art. 173, §1º, da Constituição Federal. 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:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

b) ***Intervenção indireta***: por outro lado, a *intervenção indireta* se dá quando o Estado interfere nas atividades privadas por meio da resolução de normas segundo as quais as empresas deverão atuar. Trata-se, portanto, de um meio de regulamentação e fiscalização da atividade econômica.

Tal intervenção é executada por meio de órgãos, podendo citar o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar; a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária etc.

1.2. Critério Subjetivo

1.2.1. Das Organizações

Explicada a atividade desenvolvida pela Administração Pública (atividade administrativa – critério objetivo), é necessário que respondamos a uma segunda pergunta, qual seja: *quem é a Administração Pública?*

A Administração Pública são os órgãos e sujeitos que exercem a atividade administrativa. Segundo Maria Zanella di Pietro: “... compõem a Administração Pública, em sentido subjetivo, todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), aos quais a lei confere o

exercício das funções administrativas. São os órgãos da **Administração Direta ao Estado.**”

Tais órgãos e sujeitos são organizados de duas formas:

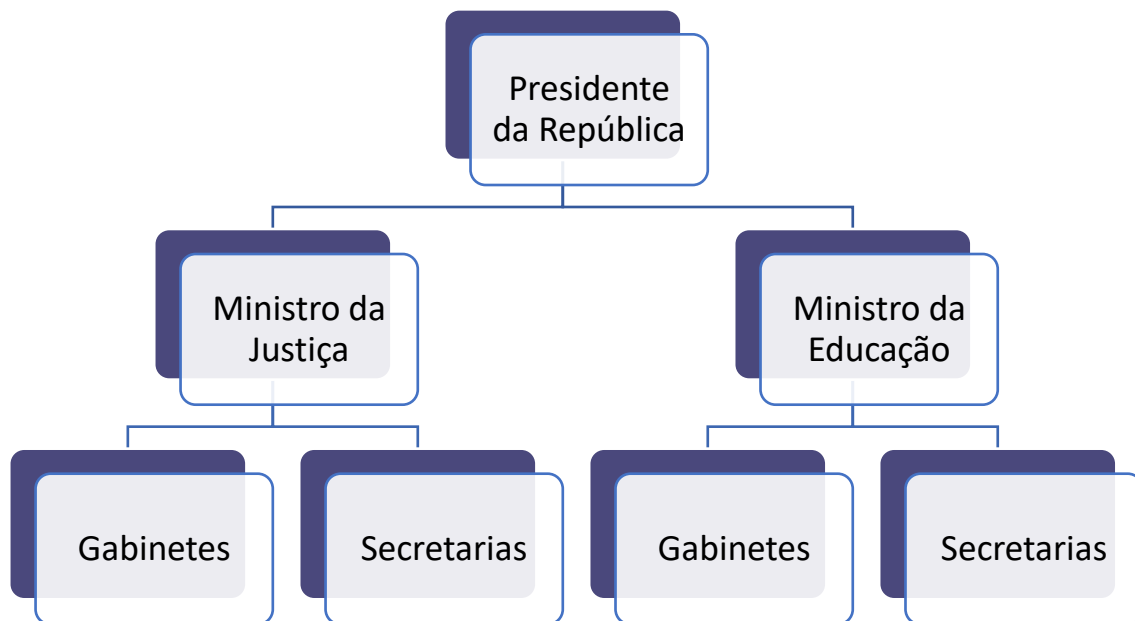
a) Organização direta ou centralizada: nessa situação, a atividade administrativa é exercida por meio de seus sujeitos/agentes e órgãos.

Como dito, a Administração Pública é dividida em pessoas jurídicas de direito público (além das pessoas jurídicas de direito privado, como veremos), por meio das quais os órgãos e membros exercem a *atividade administrativa*. Recapitulando, são as pessoas jurídicas: União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Pois bem.

A organização da Administração Pública, considerando-se qualquer das pessoas jurídicas de direito público, dar-se-á de forma **hierárquica**, porquanto há uma figura hierárquica máxima da qual o Poder é **descentralizado** e dividido às instâncias menores.

Tomemos por exemplo a União. Segue o organograma:



Importante noticiarmos, contudo, que as pessoas acima destacadas, enquanto órgãos e membros da Administração Pública, **não possuem personalidade**. Logo, **não possuem direitos e obrigações**. Isso quer dizer que diante de eventual lesão que venham a causar **não figurarão no polo passivo** de possíveis processos.

Como dito anteriormente, tais entes agem em nome das pessoas jurídicas de direito público as quais pertencem. Por conta disso, **quaisquer lesões ou lides que venham a gerar deverão ser incumbidas às pessoas jurídicas** (figurarão nas ações sob a nomenclatura *Fazenda Pública* – cujo significado é *pessoa jurídica de direito público em juízo*). Por exemplo, a lesão causada por uma secretaria ligada ao

Ministério da Saúde não será a ela imputada. Nesse caso, intentando o lesado ajuizar ação em decorrência do dano sofrido, não deverá indicar ao polo passivo a secretaria, mas a pessoa jurídica a quem ela está ligada. Na situação narrada, a União.

O raciocínio acima narrado explicita a denominada **teoria do órgão ou imputação volitiva**, criada por Otto Gierke e segundo a qual os órgãos, enquanto parte integrante da pessoa jurídica de direito público, não se responsabilizam por seus atos. Havendo a necessidade, responsabilizar-se-á a pessoa jurídica de direito público a quem estiver ligado.

A título de curiosidade, citemos outras teorias, não adotadas pelo Brasil:

- (i) **teoria do mandato** – segundo tal teoria, o órgão se responsabilizaria pelos elementos incumbidos a ele por meio de mandatos. Essa teoria, não obstante, mostrou-se insuficiente, haja vista que não previa a extrapolação dos poderes a ele conferidos;
- (ii) **teoria da representação** – nesse caso, o órgão seria representado pela pessoa jurídica de direito público. Não foi adotada, tendo em vista que a adoção desta teoria promoveria uma imagem de incapacidade dos órgãos.

Diante do explicado, chegamos à conclusão de que os órgãos são *conjuntos de competência da pessoa jurídica de direito público, responsáveis pela execução das atividades administrativas*. Tais órgãos se destacam através de dois elementos, quais sejam: (i) **hierarquia** – segundo a qual se cria um **vínculo de coordenação** (entre entes do mesmo nível hierárquico) e **subordinação** (entre entes de níveis hierárquicos diversos) que une órgãos e agentes públicos; e (ii) **desconcentração** – por meio do qual há uma **divisão interna de competências**, respeitando-se a hierarquia estabelecida internamente pela pessoa jurídica de direito público.

Por fim, convém que esclareçamos a existência de algumas exceções.

Em que pese termos dito que os órgãos não possuem personalidade, há uma situação em que um órgão representará a pessoa jurídica de direito público. É o caso do Ministério Público, por meio do qual as pessoas jurídicas são representadas em ações penais, porquanto estabelecido no art. 129 da Constituição Federal.

Contudo, ainda que a representem em determinados casos, uma vez que se intente ajuizar ação contra o órgão especificamente, não é possível alocá-lo no polo passivo, devendo-se ajuizar ação em face da pessoa jurídica a quem estiver ligado.

Finalizando, em não se tratando de casos representativos, só há uma situação em que os órgãos administrativos figurarão como partes em um processo judicial: diante de conflito de competência entre órgãos de cúpula. Aqui, revestidos de **personalidade judiciária**, poderão pleitear seus direitos de competência. Ex.: Câmara dos Deputados x Senado Federal; Receita Federal x Tribunal de Contas da União etc.

b) Organização indireta ou descentralizada: de outra mão, entende-se por *organização indireta ou descentralizada* a atividade administrativa exercida pelas pessoas jurídicas criadas pela própria Administração Pública e, portanto, a ela vinculadas.

Especifica Maria Zanella Di Pietro:

Às vezes, a lei opta pela execução indireta da atividade administrativa, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado, que compõem a chamada **Administração Indireta** do Estado.

Adota-se tal posicionamento, a fim de que melhor se organize a estrutura da Administração Pública. A depender da dimensão territorial e estrutural dos entes que se pretende organizar, o que coincide com o caso do Brasil, essa tarefa se mostra de difícil execução se não houver a delegação de funções a outras entidades. Lembremos, a história nos mostrou que a concentração de funções na mão do Estado gera o seu *superdimensionamento* e, em consequência, o endividamento do mesmo.

Portanto, a Administração Pública indireta é marcada pela delegação de funções administrativas a pessoas jurídicas regidas pelo regime jurídico público ou privado (conforme veremos adiante). Essas pessoas jurídicas, entidades componentes da Administração Pública indireta, diferentemente dos órgãos e entes que compõem a Administração Pública direta, possuem personalidade jurídica e, por isso, possuem obrigações e direitos, podendo, logo, ser responsabilizadas pelos atos ilegais que cometerem.

Aqui, portanto, não há o que se falar em responsabilização dos entes aos quais estejam vinculados, pois deverá figurar no polo passivo de eventual ação a própria pessoa jurídica participante da Administração Pública indireta.

Por exemplo, cometendo ato ilícito o Banco do Brasil (sociedade de economia mista – pessoa jurídica de direito privado participante da Administração Pública Indireta), não há o que se falar em responsabilização da União, mas do próprio Banco do Brasil.

Importante frisarmos um ponto: não se deve confundir a delegação de competências às pessoas jurídicas da Administração Pública indireta com a mera desconcentração de competências que ocorre na Administração Pública direta.

Na Administração Direta, lembremos, as competências são hierarquicamente desconcentradas a órgãos ou entes vinculados às pessoas jurídicas de direito público que constituem a Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), isto é, o poder que, em tese, se concentraria nas mãos do Chefe do Poder Executivo é distribuído aos demais órgãos e membros a ele ligados.

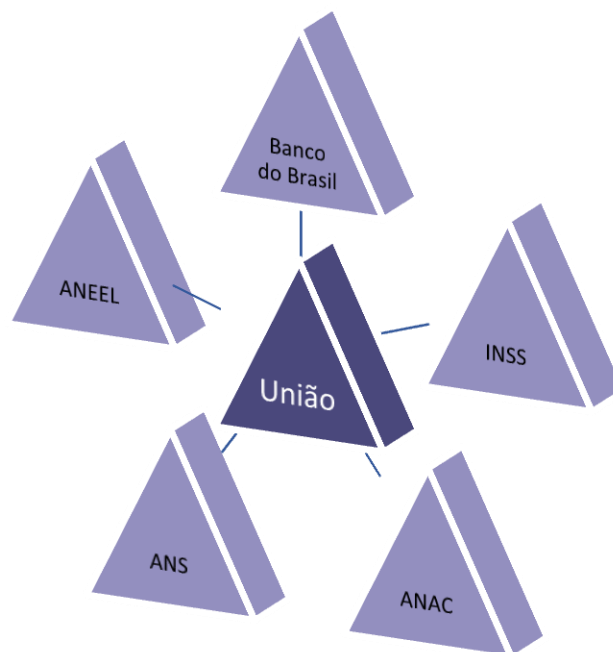
Na Administração Indireta, porém, não se diz desconcentração de poderes, mas descentralização. Nesse caso, não há o que se falar em hierarquia entre as pessoas jurídicas que formam a Administração indireta e as pessoas jurídicas que

compõem a Administração Direta. Cada ente possui a sua personalidade jurídica e as suas pirâmides hierárquicas não se confundem.

Não se confunde, pois, desconcentração e descentralização.

Somente resta às pessoas jurídicas da Administração Direta exercerem o chamado *controle de finalidade* ou *tutela administrativa* sobre as pessoas jurídicas da Administração Indireta. Tal controle, expliquemos, não diz respeito ao comando de suas ações, mas na vigilância quanto à sua finalidade. Cabe à Administração Direta intervir na Administração Indireta somente diante de desvio de função cometido por suas pessoas jurídicas. Caso contrário, não há o que se falar em intervenção direta.

Ilustremos:



Observa-se, pois, que em que pese fazerem parte da Administração Pública, suas estruturas não se confundem. Da mesma forma que a União possui uma pirâmide hierárquica, as demais pessoas jurídicas indicadas, todas componentes da Administração Indireta, também o possuem e tais organizações não se confundem.

Portanto, são os elementos que caracterizam a Administração Pública Indireta: (i) **desconcentração** – suas competências são delegadas pelas pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública Direta. Há, portanto, uma *divisão externa de competência*. Tal divisão pode ocorrer de duas formas distintas, quais sejam: (i.i) **por outorga** – ocasião em que se cria uma entidade nova e a ela é transferida a competência para exercer determinada atividade administrativa. Importante frisar que cada pessoa política (pessoa jurídica de direito público constituinte da Administração Pública Direta) tem autonomia para criar suas próprias leis e, conseqüentemente, sua Administração Indireta ou; (i.ii) **por delegação** – aqui, diferentemente do modelo anterior, transfere-se a competência a empresas já existentes por meio de contrato ou ato unilateral para

que, em nome próprio e por prazo determinado, execute a atividade administrativa (a estas empresas dá-se a nomenclatura de *concessionárias*) e; (ii) **controle de finalidade, tutela administrativa ou supervisão ministerial** – as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública Direta somente intervirão nas pessoas jurídicas que formam a Administração Pública Indireta diante de desvio de função. Além disso, não há o que se falar em interferência entre elas.

Conforme estabelece a lei, podem ser as pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública Indireta:

Art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967. A Administração Federal compreende:

I – A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II – A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista;
- d) Fundações Públicas.

Em que pese tal lei designar a Administração Pública da União, os dispositivos acima elencados são aplicados analogicamente às demais pessoas políticas (Estados, Municípios e Distrito Federal).

Importante ressaltar, contudo, que também podem fazer parte da Administração Indireta os consórcios públicos (associações públicas) disciplinados pela Lei nº 11.107/2005:

Art. 1º da Lei 11.107/2005. Esta Lei dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum e dá outras providências.

§1º. O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado.

[...]

Portanto, são as pessoas jurídicas que poderão compor a Administração Pública Indireta: (i) autarquias; (ii) empresas públicas; (iii) sociedades de economia mista; (iv) fundações públicas; e (v) associações públicas.

1.2.2. Regimes de Administração

Para finalizar, antes de adentrarmos no estudo de cada uma dessas entidades, convém que dissertemos acerca dos *regimes de administração*.

Pois bem, independentemente da natureza jurídica da Administração Pública, ou seja, seja direta ou indireta, as pessoas jurídicas que a compõem poderão ser

regidas por dois modelos distintos: (i) *regime jurídico de direito público* e (ii) *regime jurídico de direito privado*.

Conforme estabelece Maria Zanella Di Pietro:

A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei. Exemplificando: o artigo 173, §1º, da Constituição¹, prevê lei que estabeleça 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, entre outros aspectos, sobre ‘a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’. Não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quanto este instituir, por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá que submetê-la ao direito privado.

Já o artigo 175² outorga ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão; e o parágrafo único deixa à lei ordinária a tarefa de fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, de sua prorrogação, bem como as condições de execução, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Vale dizer que a Constituição deixou à lei a opção de adotar um regime ou outro.

Isto não quer dizer que a Administração Pública não participe da decisão; ela o faz à medida que, detendo o Poder Executivo grande parcela das decisões políticas, dá início ao processo legislativo que resultará na promulgação da lei contendo a decisão governamental. Normalmente, é na esfera dos órgãos administrativos que são feitos os estudos técnicos e financeiros que precedem o encaminhamento de projeto de lei e respectiva justificativa ao Poder Legislativo.

¹ **Art. 173, §1º, da Constituição Federal.** 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:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

² **Art. 175 da Constituição Federal.** Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

(i) **Regime jurídico de direito público** – trata-se do regime segundo o qual são norteadas as pessoas jurídicas da Administração Direta e algumas pessoas jurídicas da Administração Indireta, como veremos.

A regência deste modelo faz com lhes seja aplicada uma série de normas/leis especiais/exclusivas, não se aplicando em relação a elas as normas destinadas às pessoas jurídicas regidas pelo regime de direito privado. Basicamente, não se lhes aplica as normas destinadas às pessoas físicas.

Tal regime confere às pessoas jurídicas a ele submetidas prerrogativas e sujeições/limitações específicas, não aplicadas ao regime de direito privado.

Vejamos. São *prerrogativas* das pessoas jurídicas sobre as quais se aplica o regime jurídico de direito público: *autoexecutividade, autotutela, poder de expropriar, poder de requisitar bens e serviços, poder de ocupar temporariamente o imóvel alheio, poder de instituir servidão, poder de aplicar sanções administrativas, poder de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, poder de impor medidas de polícia, gozar de imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos etc.*

Você pode se perguntar: *qual é o objetivo de tais prerrogativas?*

Bem, a Administração Pública, responsável pela execução de políticas públicas direta ou indiretamente, através da denominada *atividade administrativa*, tem por fim alcançar os objetivos constitucionais, de modo a estabelecer ou pretender estabelecer ambiente de bem-estar e dignidade aos indivíduos, da mesma forma que almeja a estruturação das funções exercidas ou delegadas pelo Estado, visando o bom funcionamento do mesmo. O alcance desta situação, porém, faz com que dois elementos contrários se choquem, a *proteção aos direitos individuais* e a *satisfação dos interesses coletivos*.

As prerrogativas têm justamente essa função. Permitir com que o Estado, através da Administração Pública, tenha legitimidade para suprimir interesses individuais em detrimento dos interesses coletivos, bem como seja detentor de privilégios que o auxiliem a atingir a situação acima descrita.

Contudo, é possível que venha à mente: *a detenção de prerrogativas por parte do Estado não tornaria a relação Estado-Indivíduo desequilibrada? Ou seja, com a instauração das prerrogativas, os direitos individuais não seriam prejudicados ante as ações do Estado?*

É aí que entram as restrições/limitações. Em que pese o Estado possuir legitimidade para agir de acordo com as prerrogativas que detém, deve observar os elementos que o restringem. Não havendo tal observância, o ato administrativo será considerado nulo, sendo possível, inclusive, que se responsabilize penal, administrativa e civilmente os indivíduos responsáveis.

São restrições às ações do Estado, de acordo com Maria Zanella Di Pietro: *observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade, administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência do mesmo, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para elaboração de acordos particulares.*

Por fim, resume a autora:

Ao mesmo tempo em que as **prerrogativas** colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as **restrições** a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüente nulidade dos atos da Administração.

(ii) **Regime jurídico de direito privado** – dá-se pelo regime segundo o qual são norteadas algumas das pessoas jurídicas participantes da Administração Pública Indireta.

Nesse caso, aplica-se a estas pessoas jurídicas o regime jurídico privado, aquele aplicado às pessoas físicas. Contudo, importante esclarecer que em que pese não serem regidas pelo regime jurídico de direito público, não deixam de gozar de determinados privilégios e restrições. Vejamos:

O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados **privilégios**, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete a **restrições** concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade. Outras vezes, mesmo utilizando o direito privado, a Administração conserva algumas de suas prerrogativas, que derogam parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o **meio** utilizando ao **fim** público cuja consecução se vincula por lei.

Tal fato ocorre tendo em vista que sua competência, caracterizada pela *adoção de normas de direito privado*, é derogada por normas de *direito público*, motivo pelo qual incide sobre elas determinados *privilégios e restrições*.

2. Dos Entes da Administração Pública Indireta

2.1. Autarquias

2.1.1. Conceito

De proêmio, convém que estabeleçamos o conceito de *autarquia*. As autarquias são pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública Indireta e regidas pelo regime jurídico de direito público, possuidoras de capacidade de autoadministração diante da execução dos serviços públicos descentralizados e a elas incumbidos.

A etimologia da palavra *autarquia* remete justamente a esta ideia. Trata-se da junção das palavras gregas *autos* e *arche*, cujos significados são, respectivamente, próprio e comando/governo, ou seja, o termo *autarquia*, por si só, remete à ideia de autogoverno/autoadministração.

Para finalizar, conceitua Maria Zanella Di Pietro:

... pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.

2.1.2. Características

São as características das autarquias: (i) *seus bens são classificados como públicos*; (ii) *possuem responsabilidade objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal*; (iii) *suas atividades são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas*; (iv) *devem observar as normas referentes à Lei de Licitações*; e (v) *possuem imunidade tributária recíproca, de acordo com o art. 150, VI, a e §2º, da Constituição Federal*.

Vejamos cada uma delas:

(i) **Seus bens são classificados como públicos** – a melhor explicação deste elemento é a partir da conceituação de bens públicos. De forma simplificada, entende-se por bem público aquele pertencente a pessoa jurídica sob o regime de direito público. Uma vez que as autarquias são tais entes, seus bens são considerados públicos.

Nesse sentido é a disposição dos arts. 98 a 100 do Código Civil:

Art. 98 do Código Civil. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99 do Código Civil. São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 100 do Código Civil. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

Em decorrência desse fato, não há o que se falar em possibilidade de penhorabilidade desses bens.

(ii) **Possuem responsabilidade objetiva** – nesse sentido, dispõe o art. 37, §6º, da Constituição Federal:

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

Lembremos, entende-se por *responsabilidade objetiva* aquela cuja incidência não necessita da comprovação do elemento *culpa*, bastando, para tanto, a comprovação do dano causado em decorrência do serviço ou atividade exercida. Aqui, adota-se a denominada *teoria do risco*, segundo a qual o dever de indenizar está atrelado à atividade exercida, ainda que não decorra, como dito, de culpa.

Dispõe sobre isso, inclusive, o Código Civil, em seu art. 43:

Art. 43 do Código Civil. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

(iii) **Suas atividades são fiscalizadas pelo Tribunal de Contas** – é o que dispõe o art. 254 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União:

Art. 254 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. A fiscalização da aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo poder público e demais órgãos e entidades da administração pública federal mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, ao Distrito Federal, a município, e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, será feita pelo Tribunal por meio de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos ou monitoramentos, bem como por ocasião do exame dos processos de tomadas ou prestações de contas da unidade ou entidade transferidora dos recursos.

§1º. Para o cumprimento do disposto neste artigo deverão ser verificados, entre outros aspectos, o atingimento dos objetivos acordados, a correção da aplicação dos recursos, a observância às normas legais e regulamentares pertinentes e às cláusulas pactuadas.

§2º. Ficará sujeito à multa prevista no inciso II ou III do art. 268 a autoridade administrativa que transferir, mediante convênio, acordo, ajusta ou outros instrumentos congêneres, recursos federais a gestores omissos na prestação de contas de recursos anteriormente recebidos ou que tenham dado causa a perda, extraviou outra irregularidade que resulte dano ao erário, ainda não ressarcido.

§3º. A autoridade administrativa competente deverá adotar imediatas providências com vistas à instauração de tomada de contas especial no caso de omissão na prestação de contas ou quando constatar irregularidade na aplicação dos recursos federais transferidos, sob pena de responsabilidade solidária, na forma prescrita em ato normativo.

O mesmo se aplicará aos Tribunais de Contas Estaduais. A título de exemplo, dispõe o art. 50, VIII, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Art. 50 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Compete ao Conselheiro como julgados Singular:

[...]

VIII – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações e consórcios instituídos ou mantidos pelo Poder Público, no âmbito do Estado e dos Municípios executadas as nomeações para cargo de provimento em comissão.

(iv) **Devem observar as normas referentes à Lei de Licitações** – como dito quando do estudo dos *Regimes de Administração*, em se tratando as autarquias de pessoas jurídicas de direito público, incide sobre elas os privilégios e limitações estabelecidos em lei especial e na Constituição Federal. Dentre tais elementos, encontra-se a necessidade de observância quanto às normas dispostas na Lei de Licitações.

Estabelece o art. 37, XXI, da Constituição:

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

[...]

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

Continua a Lei de Licitações:

Art. 1º da Lei de Licitações. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

(v) **Possuem imunidade tributária recíproca, de acordo com o art. 150, VI, a e §2º, da Constituição Federal** – é a disposição destes elementos:

Art. 150 da Constituição Federal. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

[...]

§2º. A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

Entende-se por *imunidade tributária* a vedação constitucional da imposição de tributos sobre coisa, negócio, fato ou pessoa. Nesse caso, a denominada *imunidade recíproca* diz respeito ao impedimento de que determinada pessoa política (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) venha a exercer tal competência ante outra pessoa política, ou seja, não é possível, por exemplo, que o Município tenha de contribuir com imposto criado e controlado pela União.

Esta prerrogativa, como vimos, é estendida às autarquias, nos termos do §2º do art. 150 da Constituição Federal.

2.1.3. Das Prerrogativas

Como dito quando do estudo dos *Regimes da Administração*, as pessoas jurídicas de direito público possuem prerrogativas e restrições que têm por fim equilibrar as ações do Estado quanto aos *interesses individuais e coletivos*.

Citemos algumas das prerrogativas que incidem sobre as autarquias em decorrência do *Regime da Administração* ao qual está submetido:

(i) **Prazo em dobro** – é o que estabelece o art. 183 do Código de Processo Civil:

Art. 183, caput, do Código de Processo Civil. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

(ii) **Dispensa de preparo e de depósito prévio para interposição de recurso** – primeiramente, informemos acerca do depósito prévio para a interposição de recurso. Nesse caso, estabelece o Código de Processo Civil:

Art. 1.021 do Código de Processo Civil. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal.

[...]

§5º. A interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no §4º, à exceção da Fazenda pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que farão o pagamento ao final.

[...]

Art. 1.026 do Código de Processo Civil. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

[...]

§3º. Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.

Como visto, portanto, em regra, a interposição de novos recursos está condicionada ao depósito prévio do valor da multa para o caso de possuírem natureza meramente protelatória. À Fazenda Pública (pessoa jurídica de direito público em juízo) tal disposição não se aplica, não sendo necessário, logo, o depósito prévio.

Quanto ao preparo de remessa, dispõe o mesmo documento legal:

Art. 1.007 do Código de Processo Civil. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção³.

§1º. São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal.

(iii) **Remessa necessária ao segundo grau de jurisdição** – em regra, o proferimento de sentença em primeiro grau é suficiente para que os efeitos sejam gerados perante as partes. Diante da Fazenda Pública, porém, não é o que ocorre. Diante disso, é necessário que autos sejam remetidos ao Tribunal e por ele sejam julgados, confirmando-se ou reformando-se a sentença. Nessa senda, estabelece o art. 496 do Código de Processo Civil:

Art. 496 do Código de Processo Civil. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I – proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

³ No processo civil, falta do preparo – pagamento prévio das despesas com o processamento do recurso – exigido para a interposição do recurso, ensejando extinção dos efeitos do recurso. No recurso de apelação deserto, provando o apelante justo impedimento, o juiz relevará a penalidade da deserção, ficando-lhe o prazo para efetuar o preparo. (Dicionário Jurídico Acquaviva)

§1º. Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§2º. Em qualquer dos casos referidos no §1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§3º. Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I – 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II – 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituem capitais dos Estados;

III – 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§4º. Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I – súmula de tribunal superior;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

(iv) **Execução por precatórios e prescrição quinquenal** – primeiramente, convém que esclareçamos de que se tratam os *precatórios*. Segundo Marcelo Novelino, o *precatório judicial consiste em uma requisição de pagamento feita pelo Presidente do Tribunal responsável pela decisão exequenda contra a Fazenda Pública federal, estadual, distrital ou municipal*.

Nesse sentido, estabelece o art. 100, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 100, *caput*, da Constituição Federal. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Convém informarmos, também, acerca do prazo prescricional. O entendimento é no sentido de que as dívidas contra a União, Estados, Municípios e Distrito Federal prescrevem em cinco anos, conforme estabelece o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, estendendo-se tal entendimento às autarquias:

Art. 1º do Decreto nº 20.910/1932. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda

federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

(vi) **Competência para julgá-las** – Por fim, dissertemos acerca da competência dos tribunais para julgar as autarquias. Aqui, segue-se a regra: em se tratando de autarquia vinculada à União, competente será a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal:

Art. 109 da Constituição Federal. Aos juízes federais compete processar e julgar:

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

Por outro lado, em se tratando de autarquia ligada a Estado, Municípios ou ao Distrito Federal, competente será a Justiça Estadual.

2.1.4. Da Criação das Autarquias

Dispõe a Constituição Federal:

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

[...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Em regra, como vimos no *Resumo de Direito Empresarial Societário*, a criação das pessoas jurídicas depende do registro de seus atos constitutivos. Em relação às autarquias, porém, este procedimento não se aplica, tendo em vista ser regida pelo regime jurídico de direito público.

A sua criação, portanto, dependerá da publicação de lei específica de iniciativa do Chefe do Poder Executivo para tanto.

2.1.5. Da Extinção das Autarquias

Atendendo ao *Princípio da Simetria das Formas*, sua extinção deverá ocorrer da mesma forma que a sua criação, ou seja, uma vez criada por lei especificamente publicada para tanto, sua extinção deverá ocorrer na mesma maneira, através de lei especificamente publicada pelo Chefe do Poder Executivo para este fim.

2.1.6. Capacidade de Autoadministração

Relembrando, as autarquias são pessoas jurídicas de direito público criadas pelas pessoas políticas para o fim de exercer função estatal (atividade administrativa) descentralizada.

Perguntemo-nos: qual é a relação entre das autarquias e as pessoas políticas que a criaram? Ou melhor, qual é a relação das autarquias com a Administração Pública Centralizada?

Façamos o seguinte exercício mental: as autarquias, como visto acima, são criadas por meio de lei de iniciativa do Chefe do Poder Executivo na qual, além da criação, são delimitadas suas finalidades. Lembremos, tais atividades eram de incumbência do próprio Estado, sendo delegadas a outras pessoas jurídicas (no caso, as autarquias).

Por esse motivo, são dois os elementos que marcam a interação entre as autarquias e a pessoa política que a criou: (i) direitos e (ii) obrigações.

Uma vez delegada a função à autarquia, ela terá o direito de exercê-la no limite dos poderes a ela conferidos, não podendo o Estado intervir em suas ações. Da mesma forma, regida por lei específica, deverá atender especificamente aos seus fins, podendo, nesse caso, haver a interferência do Estado através do já explicado controle de finalidade.

Dessa forma, portanto, goza a autarquia de capacidade de *autoadministração*. Desde que aja para o fim de atingir as incumbências a ela atribuídas pela lei criadora, não ultrapassando os limites impostos por ela, poderá se organizar da forma como melhor entender.

Explica Maria Zanella Di Pietro:

Esse duplo aspecto da autarquia – direito e obrigação – dá margem a outra dualidade: **independência** e **controle**; a capacidade de autoadministração é exercida nos limites da lei; da mesma forma, os atos de controle não podem ultrapassar os limites legais.

Importante esclarecer, porém, que não se deve confundir *capacidade de autoadministração* com *autonomia política*. Em que pese a legitimidade para agir como bem entender dentro dos limites estabelecidos pela lei criadora, não possui legitimidade para criar o próprio direito.

Por fim, é possível que surja a pergunta: *se ela é criada pelo Estado, porém tem capacidade de autoadministração, de onde vêm o seu patrimônio?* Além de estabelecer a sua criação e fixar suas finalidades, a lei criadora das autarquias também tem por objetivo fixar quais os bens pertencem àquela determinada autarquia. Portanto, seus bens são transferidos do ente federado que a criou.

2.1.7. Autarquias Profissionais e OAB

Autarquia profissional é a pessoa jurídica de direito público criada para o fim de fiscalizar e controlar o exercício de determinadas profissões. Para tanto, goza de todas as prerrogativas e limitações condizentes ao regime jurídico de direito público. Podemos citar como exemplo o CREA – Conselho Regional de Engenharia e

Agronomia, o CFM – Conselho Federal de Medicina, CFF – Conselho Federal de Farmácia, entre outros.

Você pode se perguntar: *ora, e a OAB – Ordem dos Advogados do Brasil?*

O caso da OAB é um tanto quanto específico. Vejamos.

Por primeiro, convém que visualizemos o disposto no Estatuto da Advocacia:

Art. 79, §1º, do Estatuto da Advocacia. Aos servidores da OAB, sujeitos ao regime da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, é concedido o direito de opção pelo regime trabalhista, no prazo de noventa dias a partir da vigência desta lei, sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, corresponde a cinco vezes o valor da última remuneração.

A lei nº 8.112/1990, citada por tal parágrafo e segundo a qual se diz serem regidos os servidores da OAB, *dispõe*, conforme consta em sua ementa, *sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*.

Ora, a OAB, portanto, é uma autarquia, tendo em vista ser regida pelo regime jurídico de direito público, certo? Vamos com calma. Em que pese a disposição legal ser clara no sentido de definir a OAB como pessoa jurídica de direito público, estabeleceu entendimento diverso o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3.026/DF. Vejamos a ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §1º DO ARTIGO 7º DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELETISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei n. 8.906, artigo 79, §1º, possibilitou aos “servidores” da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria.

2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta.

3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um *serviço público independente*, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.

4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como “autarquias especiais” para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas “agências”.

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária.

6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público.

7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional.

8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente.

9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao *caput* do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB.

10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB.

11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.

12. Julgo improcedente o pedido.

Nota-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a Ordem dos Advogados do Brasil como sendo “um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro.”

Ou seja, estabeleceu que a OAB é estrutura *sui generis* no ordenamento brasileiro, não sendo vinculado à Administração Pública.

Ainda que tenha havido tal julgamento, exigiu em 2018 o Tribunal de Contas da União, através do TC 015.720/2018-7:

SUMÁRIO: PROCESSO ADMINISTRATIVO. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). ESTUDO TÉCNICO SOBRE A INCLUSÃO OU NÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) COMO UNIDADE PRESTADORA DE CONTAS AO TCU. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA, A NATUREZA AUTÁRQUICA DA ENTIDADE E PÚBLICA DOS RECURSOS QUE ELA ADMINISTRA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO SENTIDO DE QUE A OAB SE SUBMETE À JURISDIÇÃO DO TCU. DETERMINAÇÃO PARA SUA INCLUSÃO COMO UNIDADE PRESTADORA DE CONTAS. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA DELIBERAÇÃO.

1. Inexiste coisa julgada capaz de impedir a inclusão da OAB entre as unidades que devem prestar contas ao TCU.

2. A OAB preenche todos os requisitos previstos no art. 5º, I, do Decreto-lei 200/1967, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, necessários para ser enquadrada como autarquia, pois constitui “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

3. As contribuições cobradas pela OAB de seus inscritos têm natureza de tributo, explicitamente assentada no art. 149 da Constituição Federal.

4. As alterações introduzidas no ordenamento jurídico pátrio pela Constituição Federal de 1988 reforçam a necessidade de maior transparência das instituições, em nome do Estado Democrático de Direito e da efetivação do princípio republicano, os quais estão intimamente ligados ao incremento da *accountability* pública.

5. O Estado vem reforçando e exigindo transparência e regras de *compliance* até mesmo para as pessoas jurídicas privadas que com ele se relacionam.

6. A natureza de autarquia e o regime público e compulsório dos tributos que arrecada impõem que a OAB, como qualquer conselho profissional, deve estar sujeito aos controles públicos, não havendo nada que a distinga, nesses aspectos, dos demais conselhos profissionais.

7. No atual desenho institucional brasileiro, a OAB exerce papel fundamental de vigilante sobre o exercício do poder estatal e de defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito, o que só aumenta o grau de exigência de uma gestão transparente e aberta ao controle público.

8. O controle externo exercido pelo TCU não compromete a autonomia ou a independência funcional das unidades que lhe são jurisdicionadas, sobre as quais esta Corte de Contas não exerce nem poder hierárquico nem poder funcional.

9. A compreensão de que a OAB não estaria sujeita a qualquer tipo de controle administrativo mina a possibilidade de real *accountability* sobre seus atos, pondo em dúvida a credibilidade da instituição e causando riscos ao exercício do seu papel, essencial à justiça.

Portanto, em que pese ter o Supremo Tribunal Federal estabelecido ser a OAB entidade *sui generis*, desvinculada da Administração Pública, decidiu o Tribunal de Contas da União, através do processo administrativo acima exibido, ser a OAB autarquia, nos moldes do Decreto-Lei 200/1967, devendo, portanto, prestar contas ao referido Tribunal.

Ao passo que respondeu a Ordem dos Advogados do Brasil:

A decisão administrativa do Tribunal de Contas da União não se sobrepõe ao julgamento do Supremo Tribunal Federal. Na ADI 3.026/DF, o plenário do STF afirmou que a Ordem dos Advogados do Brasil não integra a administração pública nem se sujeita ao controle desta, não estando, portanto, obrigada a ser submetida ao TCU.

A OAB concorda com a posição do Ministério Público junto ao TCU, para quem uma eventual decisão do órgão de contas no sentido de rever a matéria significa o descumprimento do julgado do STF.

A OAB, que não é órgão público, já investe recursos próprios em auditoria, controle e fiscalização, sendo judicialmente incompatível gastar recursos públicos, hoje tão escassos, para essa finalidade. A decisão do TCU não cassa decisão do STF, logo não possui validade constitucional.

Entende-se, pois, a partir do julgamento da ADI 3.026/DF, que a Ordem dos Advogados do Brasil é entidade *sui generis*, desvinculada da Administração Pública.

Contudo, a história não acabou aí. Surgiu a dúvida: *a quem compete o julgamento das ações em que figure com parte a OAB?* Tal questão foi discutida e

decidida através do julgamento do RE 595332, segundo o qual, conforme consta do portal de notícias do Supremo Tribunal Federal:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, decidiu que a competência para processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) figure como parte é da Justiça Federal. A decisão se deu na sessão desta quarta-feira (31) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 595332, com repercussão geral reconhecida. O caso dos autos trata de ação da OAB contra advogado inadimplente com anuidade da entidade.

No recurso, a seccional do Paraná da OAB questionava acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que entendeu ser da Justiça Estadual a competência para processamento das execuções ajuizadas pela entidade contra inscritos inadimplentes quanto ao pagamento das anuidades. Para a recorrente, a decisão viola o artigo 109, inciso I, da Constituição Federal (CF). Sustenta ser prestadora de serviço público federal, o que, segundo o dispositivo constitucional, atrai a competência da Justiça Federal para processar os feitos dos quais é parte.

O ministro Marco Aurélio, relator, votou pelo provimento do recurso. Para o ministro, a OAB, sob o ângulo do Conselho Federal ou das seccionais, não é pessoa jurídica de direito privado. Trata-se, segundo o relator, de órgão de classe com disciplina legal (Lei 8.906/1994), o que lhe permite impor contribuição anual e exercer atividade fiscalizadora. “É por isso mesmo autarquia corporativista, o que atrai, a teor do artigo 109, inciso I, do Diploma Maior, competência da Justiça Federal para exame de ações, seja qual for a natureza, nas quais integre a relação processual”, explicou.

O relator salientou que a questão relacionada ao âmbito do recorrido e a possibilidade ou não de habilitação dos sucessores não foi analisada pelo juízo de origem. Diante disso, determinou o retorno dos autos à 5ª Vara Federal de Curitiba para que enfrente o tema. A decisão foi unânime, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “Compete à Justiça Federal processar e julgar ações em que a Ordem dos Advogados do Brasil, quer mediante o Conselho Federal, quer seccional, figure na relação processual.”

Vimos, portanto, que a natureza jurídica da OAB é um tanto quanto indefinida. A Ordem defende a teoria levantada pelo STF através do julgamento da ADI 3.906/DF, segundo a qual é ente *sui generis*, não vinculado à Administração Pública. Contudo, a mesma Corte, em novo julgamento (RE 595332), entendeu a Ordem como sendo *autarquia corporativista*.

Somado a tudo isso, há a disposição legal de criação da Ordem dos Advogados do Brasil, segundo a qual a referida entidade configura pessoa jurídica de direito público, tratando-se, portanto, de *autarquia profissional*.

Consideremos, pois, como principal, o estabelecido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

2.1.8. Autarquias especiais

A leitura atenta do tópico anterior nos revela a existência de uma outra categoria de autarquias, denominadas por *autarquias especiais*, objeto de estudo deste tópico.

Entende-se por *autarquia especial* aquela cujas leis instituidoras lhes confere maior autonomia que se costuma dar às autarquias.

Surge a pergunta: *através de quais elementos é instituída essa maior autonomia?* Vejamos:

(i) **Mandato certo para dirigentes** – em regra, os dirigentes autárquicos (presidentes) são de livre escolha do Chefe do Poder Executivo ao qual está vinculado, podendo a sua destituição do cargo ocorrer da mesma forma, sem qualquer justificativa (*ad nutum*). Às autarquias especiais, contudo, tal entendimento não se aplica. Em que pese a possibilidade de livre escolha por parte do Chefe do Poder Executivo, não é possível que sejam destituídos, tendo em vista possuírem *mandato certo*, preestabelecido, que deve ser respeitado, somente ocorrendo sua destituição em situação excepcional (renúncia, sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar).

Dessa forma, veja, a influência política do Chefe do Executivo sobre tais autarquias é infinitamente menor se em comparação com as demais autarquias.

(ii) **Não admissão de recurso ao Ministério Superior** – novamente, em regra, ou seja, diante do regime das autarquias comuns, esgotadas as instâncias administrativas internas da entidade, é possível que se interpele recurso ao Ministério Superior ao qual a autarquia está vinculada. Diante das autarquias especiais, porém, isso não é possível, haja vista que o esgotamento dos recursos perante a via administrativa interna não possibilita a interposição de novo recurso ao Ministério ao qual esteja vinculado.

Assim, a decisão proferida perante a autarquia torna-se mais forte, com uma menor influência da pessoa política que a criou.

Isso não impede, lembremos, que seja ajuizada ação perante o Poder Judiciário, haja vista a observância do *Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição*. Lembremos, também, que não é necessário o esgotamento da via administrativa para que se provoque o Poder Judiciário (vide tópico 4.3., supra).

(iii) **Necessidade de aprovação legislativa para a nomeação de dirigentes** – retornando ao raciocínio do primeiro ponto, em que pese os dirigentes serem escolhidos pelo Chefe do Executivo, a sua nomeação depende da aprovação legislativa. Ou seja, tratando-se de autarquia federal, a nomeação do Presidente da República não é suficiente, sendo necessário que o indivíduo seja sabatinado pelo Senado Federal.

De mesmo modo, trata-se de mecanismo que tem por fim dirimir a influência do Chefe do Executivo perante as ações das autarquias especiais.

2.1.9. Agências Reguladoras

2.1.9.1. Conceito e criação

Entende-se por *agência reguladora* a autarquia especial criada para o fim de regulamentar, controlar e fiscalizar determinado setor econômico ou atividade/serviço público objeto de delegação do Poder Público. Podemos citar como exemplos a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia; ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações; ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica; ANCINE – Agência Nacional do Cinema etc.

Tratando-se de autarquia, é pessoa jurídica submetida ao regime de direito público, possuindo, portanto, personalidade, tendo capacidade, logo, para figurar como parte em ações judiciais, não sendo necessário, para tanto, a vinculação da pessoa política a quem está ligada.

Tal modalidade de autarquia foi criada pelo Presidente Fernando Collor, através da Lei nº 8.031/1990, responsável pela incorporação do denominado *Programa Nacional de Desestatização*. Segundo tal Lei:

Art. 1º da Lei 8.031/1990. É instituído o Programa Nacional de Desestatização, com os seguintes objetivos fundamentais:

I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II – contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público;

III – permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV – contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia;

V – permitir que a administração pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para consecução das prioridades nacionais;

VI – contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.

Atualmente, estão previstas nos arts. 21, XI, e 177, §2º, da Constituição Federal:

Art. 21 da Constituição Federal. Compete à União:

[...]

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

[...]

Art. 177, caput, da Constituição Federal. Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos do petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

[...]

§1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.

§2º. A lei a que se refere o §1º disporá sobre:

I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II – as condições de contratação;

III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Importante esclarecer que em que pese o texto constitucional estabelecer a criação de órgãos para tanto, viu o legislador a oportunidade da criação de pessoas jurídicas em regime especial para a execução destes serviços públicos. Uma vez que configuram serviços estatais, e não governamentais, que exigem conhecimento e atuação técnica específica, optou-se pela maior autonomia de tais entidades, não as submetendo às *ingerências políticas*.

Desta forma, sua atuação ocorrerá desvinculada quanto aos juízos políticos de cada Governo, e suas atividades serão exercidas de forma estritamente técnica, como os serviços assim exigem.

Assim, há uma maior autonomia de suas ações e uma menor influência política sobre elas.

2.1.9.2. Competência e Poder Normativo Técnico

Compete às *agências reguladoras* a criação de diretrizes por meio das quais o setor a ela incumbido será norteado. É a aplicação do denominado *poder normativo técnico*.

Importante salientar, contudo, que tal poder não diz respeito à criação de normas/lei, mas sim à complementação de tais elementos. Enquanto o Estado é competente para impor os setores nos quais as *agências reguladoras* atuarão,

competirá a elas a criação de regulamentos técnicos segundo os quais estas atividades serão executadas (discricionariedade técnica).

A lei, como vimos a partir dos artigos acima transcritos, determinam que órgãos especiais poderão ser escolhidos pelo Estado com o fim de executarem determinadas atividades. Não podendo haver legislação em branco, compete ao Estado a limitação da atuação destas entidades, cabendo a elas a criação das referidas regras técnicas.

A título de exemplo, deem uma olhada nos arts. 2º e 7º da Lei da ANVISA (Lei 9.782/1999).

Por fim, como dito, tendo em vista que compete às agências reguladoras a criação de diretrizes técnicas referentes ao setor que atuam, é necessário que anteriormente à aplicação de tais diretrizes seja feito um estudo prévio dos impactos gerados pela adoção das mesmas.

Nesse sentido, estabeleceu a Lei 13.848/2019:

Art. 4º da Lei 13.848/2019. A agência reguladora deverá observar, em suas atividades, a devida adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público.

Art. 5º da Lei 13.848/2019. A agência reguladora deverá indicar os pressupostos de fato e de direito que determinarem suas decisões, inclusive a respeito da edição ou não de atos normativos.

Art. 6º da Lei 13.848/2019. A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§1º. Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

§2º. O regimento interno de cada agência disporá sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito.

§3º. O conselho diretor ou a diretoria colegiada manifestar-se-á, em relação ao relatório de AIR, sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários.

§4º. A manifestação de que trata o §3º integrará, juntamente com o relatório de AIR, a documentação a ser disponibilizada aos interessados para a realização de consulta ou de audiência pública, caso o conselho diretor ou a diretoria colegiada decida pela continuidade do procedimento administrativo.

§5º. Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamento a proposta de decisão.

O exame de tais impactos, como estabelece a lei, deverá ser feito através da denominada *Análise de Impacto Regulatório* – AIR. Com tal análise, tem-se por objetivo identificar previamente possíveis consequências da adoção das normas técnicas redigidas pelas agências reguladoras.

2.1.9.3. TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

Publicadas as normas técnicas, é competência das agências reguladoras controlar e fiscalizar a sua aplicação. Desse modo, sendo pessoas jurídicas de direito público, entes vinculados à Administração Pública Indireta, poderão exercer as atividades objetivas (vide tópico 1.1., supra), exercendo poder de polícia, por exemplo. Além disso, é possível que celebrem *Termo de Ajustamento de Conduta* com pessoas físicas ou jurídicas que não observem o disposto nestas normas, as quais possuirão força de título executivo extrajudicial.

2.1.9.4. Atos Normativos Conjuntos

Estabelece o art. 29, *caput*, da lei acima comentada:

Art. 29, caput, da Lei 13.848/2019. No exercício de suas competências definidas em lei, duas ou mais agências reguladoras poderão editar atos normativos conjuntos dispondo sobre matéria cuja disciplina envolva agentes econômicos sujeitos a mais de uma regulação setorial.

Esta medida busca evitar que duas ou mais agências distintas, diante de identidade de atuação, venham a criar regulamentos divergentes sobre o mesmo assunto, gerando insegurança quanto ao exercício do elemento em questão.

A lei, portanto, permite que, diante de assuntos coincidentes, poderão duas ou mais agências, em conjunto, criar regulação sobre a atividade, evitando conflitos de normas e posicionamento das agências e órgãos.

Podemos citar como exemplo a *greve dos caminhoneiros* que atingiu o Brasil em 2018. Uma das exigências foi a criação de tabelamento dos fretes de transportes rodoviários acordada entre os caminhoneiros e o Governo. Ocorre que o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi contra a implementação das tabelas, indo de encontro ao entendimento da ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres.

2.1.9.5. Fiscalização Legislativa

É a disposição do art. 49, X, da Constituição Federal:

Art. 49 da Constituição Federal. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

De acordo com este artigo, portanto, compete ao Congresso Nacional o controle e a fiscalização dos atos praticados pelas agências reguladoras, enquanto parte integrante da Administração Indireta, tendo por fim evitar que tais agências ajam sem que se observe os limites impostos a seus poderes.

Importante salientar que em decorrência da designação da fiscalização ao Poder Legislativo, não é necessário a provocação do Poder Judiciário para a anulação de qualquer ato das agências reguladoras, bastando que o Legislativo assim o faça.

Convém lembrarmos, ainda, a fiscalização econômica que é feita por parte do Tribunal de Contas. Acerca desse assunto, vide o tópico 2.1.2., supra.

2.1.9.6. Risco de Captura

Como explicamos nos tópicos anteriores, a atuação das agências reguladoras deve ser meramente técnica, tendo em vista a exigência nesse sentido das atividades que exercem.

Por esse motivo, possuem maior autonomia, refletida numa menor influência política em suas decisões. O motivo pelo qual a diminuição da influência política é importante é no sentido de que sua atuação deve ser imparcial, visando o bem coletivo acima de qualquer outro juízo desejanste.

O benefício das ações das agências reguladoras se dará diante da união de dois elementos, portanto, quais sejam: a *atuação técnica* e a *imparcialidade*.

Em que pese tal exigência, a atuação das agências reguladoras ainda está sob o risco de ser corrompida. À vulnerabilidade da atuação imparcial das agências reguladoras dá-se o nome de *risco de captura*.

Almejando dirimir a possibilidade da ocorrência de tal risco, estabelece-se mecanismos que vão de encontro à *captura*. Dentre eles podemos citar a chamada *quarentena*. Diferentemente do que a nomenclatura sugere, trata-se da impossibilidade de ex-dirigente, ao fim do mandato, retornar a prestar serviços no setor regulado pela agência por um período de seis meses.

Nesse sentido é o art. 6º da Lei 12.813/2013:

Art. 6º da Lei 12.813/2013. Configura conflito de interesses após o exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:

[...]

II – no período de 6 (seis) meses, contado da data da dispensa, exoneração, destituição, demissão ou aposentadoria, salvo quando expressamente autorizado, conforme o caso, pela Comissão de Ética Pública ou pela Controladoria-Geral da União:

a) prestar, direta ou indiretamente, qualquer tipo de serviço a pessoa física ou jurídica com quem tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego;

b) aceitar cargo de administrador ou conselheiro ou estabelecer vínculo profissional com pessoa física ou jurídica que desempenhe atividade relacionada à área de competência ou cargo ou emprego ocupado;

c) celebrar com órgãos ou entidades do Poder Executivo federal contratos de serviço, consultoria, assessoramento ou atividades similares, vinculados, ainda que indiretamente, ao órgão ou entidade em que tenha ocupado o cargo ou emprego; ou

d) intervir, direta ou indiretamente, em favor de interesse privado perante órgão ou entidade em que haja ocupado cargo ou emprego ou com o qual tenha estabelecido relacionamento relevante em razão do exercício do cargo ou emprego.

2.2. Empresas Estatais – Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

2.2.1. Conceito

De forma geral, tem-se por *empresa estatal* qualquer entidade que esteja sob o controle acionário do Poder Público, seja diretamente pelo Estado ou por pessoa jurídica que compõe a Administração Indireta.

Nas palavras de Maria Zanella Di Pietro:

Com a expressão **empresa estatal** ou **governamental** designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, diretamente ou por meio de outra entidade da administração indireta, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias, além de outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, §5º, II, 173, §1º).

De forma específica, conceituemos cada uma das empresas estatais:

(i) **Empresa pública** – dispõe o art. 3º da Lei nº 13.303/2016:

Art. 3º da Lei nº 13.303/2016. Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

Parágrafo único. Desde que a maioria do capital votante permaneça em propriedade da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, será admitida, no capital da empresa pública, a participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno, bem como as entidades da administração indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Portanto, entende-se por empresa pública a pessoa jurídica de direito privado pertencente à Administração Pública à medida em que seu *capital acionário* é totalmente pertencente ao Estado, diretamente, ou a pessoa jurídica componente da Administração Indireta.

(ii) **Sociedade de Economia Mista** – é o teor do art. 4º da mesma Lei:

Art. 4º da Lei nº 13.303/2016. Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei,

sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§1º. A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§2º. Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.

Sociedade de economia mista, de acordo com a lei, é a pessoa jurídica de direito privado cujas ações com direito a voto sejam pertencentes, em sua maioria, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios ou às entidades pertencentes da Administração Indireta.

Esta espécie de empresa pública, notemos, é mais visada quando o Estado possui a intenção de conjugar capital público com capital privado, tendo em vista que possui somente a maioria das ações, e não elas em sua totalidade.

Por fim, importante fazermos um comentário. Em que pese a nomenclatura *empresa pública*, são pessoas jurídicas de direito privado. *Por que isso ocorre?*

A nomenclatura diz respeito ao capital destas empresas. À medida em que o capital, integralmente ou em sua maioria, pertence a pessoa política, adota-se a denominação *pública*. Isso não diz respeito, porém, ao *Regime da Administração* adotado, tendo em vista ser o regime privado. Nesse caso, estarão submetidas às normas de direito privado, normas comuns às pessoas físicas.

Lembremos, contudo, que ainda que sejam regidas pelo regime privado, possuirão determinados privilégios e limitações, porquanto suas competências são delegadas do Poder Público.

2.2.2. Comparação

Façamos uma breve comparação:

DIFERENÇAS	
EMPRESA PÚBLICA	SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA
Capital inteiramente público	Capital misto, porém com controle acionário estatal
Pode assumir qualquer forma societária	Sempre serão sociedades anônimas (S/A)
Caso pertençam à União, será competente para julgar as ações em que figure como parte a Justiça Federal	Ainda que pertençam à União, sempre será competente para julgar as ações em que figure como parte a Justiça Estadual

SEMELHANÇAS

Da Criação – a criação de ambas as é autorizada por lei específica, nos termos do art. 37, XIX, da Constituição Federal, segundo o qual:

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

[...]

XIX - Somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

Isso não significa, porém, que a sua criação de fato ocorrerá diante da publicação da lei. Como dissemos, a lei somente autoriza a sua criação. Para tanto, é necessário que, como qualquer empresa regida pelo regime jurídico de direito privado, seus atos constitutivos sejam elaborados e devidamente registrados na junta comercial.

Da Extinção – uma vez que a criação das empresas estatais está ligada à criação de uma lei que as autoriza, sua extinção da mesma forma deverá ocorrer. Pelo *Princípio da Simetria*, a lei em si não é capaz de fazer com que a empresa seja extinta. Para tanto, é necessário que seja dada baixa de seu registro.

Nesse sentido afirma Maria Zanella Di Pietro:

... a competência do Presidente da República para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Federal, que era invocada para justificar aquela norma, passou a ser exercida “na forma da lei” (art. 84, VI, em sua redação original). Esse dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional nº 32/00, que deu competência ao Presidente da República para dispor, por decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, porém quando não implicar aumento de despesa nem **criação ou extinção de órgãos públicos**. A mesma Emenda Constitucional também alterou o artigo 61, §1º, alínea e, exigindo lei de iniciativa do Presidente da República para criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. Se a exigência é feita para órgãos (que não têm personalidade jurídica próprio), com muito mais razão se justifica em relação aos entes da administração indireta, que são pessoas jurídicas distintas da pessoa política que as instituiu.

Fiscalização – a lei que autoriza a sua criação também é responsável por fixar a finalidade da empresa estatal. Havendo tal disposição, cabe à empresa segui-la, dando à Administração Pública a competência para exercer sobre ela o já explicado *controle de finalidade* – tutela ou supervisão do Poder Público.

Igualmente, tratando-se de entidades que compõem a Administração Pública e executando funções delegadas do Poder Público, é necessário que prestem contas perante o Tribunal de Contas – sobre tal elemento, vide o tópico 2.1.2, supra.

Prerrogativas – em que pese terem funções delegadas do Poder Público, não gozarão das prerrogativas processuais, ou seja, não gozam de prazos em dobro, devem realizar o pagamento de preparo e de depósito prévio para interposição de recursos, não ensejam a necessidade de remessa necessária ao segundo grau de jurisdição, sua execução não se dará por meio de precatórios, não incide sobre elas a prescrição quinquenal, a competência a que se submetem é de natureza material.

Do Controle Interno – as empresas estatais deverão criar regras de controle interno, prezando pela *governança corporativa* e *transparência*, conforme aplicação de elementos de *compliance empresarial*, nos termos dos arts. 6º e 9º da Lei nº 13.303/2016:

<p>Art. 6º da Lei nº 13.303/2016. O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.</p>
<p><u>Das Licitações</u> – ambas as <i>empresas estatais</i> deverão observar as normas licitatórias presentes na Lei nº 13.303/2016. Notem que a aplicação é específica, porquanto não observaram, de forma primária, as normas dispostas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993).</p> <p>Nesse sentido, determina o art. 28, <i>caput</i>, da Lei nº 13.303/2016:</p> <p>Art. 28, caput, da Lei nº 13.303/2016. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implantação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.</p>
<p><u>Das Contratações</u> – em se tratando de <i>empresa estatal</i>, pessoa jurídica de direito privado cujos poderes são derogados pelos entes políticos, é necessário que seus empregados sejam selecionados por meio de concurso público e, uma vez admitidos, sejam regidos pelas normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho.</p>
<p><u>Da Natureza Jurídica</u> – como dito anteriormente, ambas as <i>empresas estatais</i> são regidas pelo regime jurídico de direito privado. Tal aplicação se dá em virtude da finalidade para a qual tais entidades foram criadas, além, claro, da existência de disposição legal nesse sentido, conforme notamos através dos arts. 3º e 4º da Lei nº 13.303/2016 (anteriormente transcritos). Em que pese seu capital acionário ser predominantemente público, motivo por que são denominadas <i>empresas estatais</i>, são criadas com o intuito de incidir predominantemente nos setores comercial e industrial. Por esse motivo o <i>Regime da Administração</i> pelo qual serão regidas é o regime jurídico de direito privado, aplicado, em regra, às pessoas físicas.</p> <p>Tal artifício tem por finalidade fazer com que os elementos burocráticos sejam evitados com maior intensidade nesses empresas, de modo que suas ações possam ser mais ágeis, dando-lhes maior capacidade para acompanhar o ritmo do mercado e fazer concorrências às empresas privadas.</p> <p>Não nos esqueçamos, porém, que por se tratar de empresa estatal, seus poderes são derogados pelas entidades políticas. Por isso, ainda que regidas pelo regime jurídico de direito privado, possuirão prerrogativas e limitações específicas, como o dever de seguir às normas de licitação e a necessidade de contratação de empregados através de concurso público. Ou seja, não se trata de <i>regime de direito privado puro</i>, mas <i>híbrido</i>.</p>

2.2.3. Finalidade

Determina o art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173, caput, da Constituição Federal. 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.

Levando em conta exigir a Constituição Federal seja a intervenção estatal fundamentada diante da necessidade *aos imperativos da segurança nacional* ou *relevante interesse coletivo*, podemos identificar duas atividades nas quais as *empresas públicas* atuarão, quais sejam: (i) *prestação de serviço público* – como os Correios; e (ii) *exploração de atividade econômica* – como a Petrobrás, Caixa Econômica Federal etc.

(i) **Exploração de atividade econômica** – em se tratando de *estatal* que *explora atividade econômica*, regida pelo artigo anteriormente transcrito, por haver maior interação com a esfera privada, vê-se uma menor incidência (aplicação mínima) das *derrogações* feitas pelos entes públicos. Nessa situação, *ser-lhes-ão* aplicadas, como regra, as normas de direito privado, somente devendo observar as normas de direito público na ausência daquelas.

A aproximação com a esfera privada é tamanha que a responsabilidade das referidas estatais seguirá o disposto no art. 37, §6º, da Constituição à *contrario sensu*, configurando, portanto, *responsabilidade subjetiva*, ocasião na qual é necessário seja comprovado o elemento culpa, diferentemente das estatais que executam serviços públicos:

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

Ademais, há *acórdãos* dos Tribunais Superiores que possibilitam a *procedência* de *penhora* dos bens pertencentes a tais entes, tendo em vista o caráter privado de suas atividades.

No mesmo sentido é que o Supremo Tribunal Federal *lhes* tem negado a aplicação do benefício da imunidade tributária recíproca, porquanto estão inseridas no mercado, devendo haver a *manutenção* da *concorrência justa* em relação às *empresas privadas*. É o que determina, inclusive, o §2º do art. 173 da Constituição Federal:

Art. 173, §2º, da Constituição Federal. As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

(ii) **Prestação de serviços públicos** – por outro lado, as *empresas estatais* poderão atuar como prestadores de serviços públicos. Nesse caso, *observar-se-á* o disposto no art. 175 da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 175 da Constituição Federal. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Aqui, vê-se uma maior proximidade à esfera pública, uma vez que a atividade em questão tem, por natureza, caráter público. Por isso, haverá maior incidência dos poderes derogados pelos entes públicos, motivo pelo qual devem observar, em regra, as normas de direito público, somente se aplicando as normas de direito privado quando da omissão daquelas.

Em virtude do acima exposto, os elementos destacados no estudo da finalidade anterior serão aplicados inversamente aqui.

Significa dizer que à despeito de as *empresas estatais* que atuam como *exploradoras de atividade econômica* gozarem de responsabilidade subjetiva, às *empresas estatais prestadoras de serviço público* será aplicada a *responsabilidade objetiva*, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição Federal.

Significa fazer, igualmente, que não há o que se falar em penhorabilidade de seus bens. O referido entendimento se aplica, pois se entende que a penhora dos bens ligados aos serviços públicos poderia causar a sua cessação, infringindo diretamente o *Princípio da Continuidade do Serviço Público*.

Por fim, há entendimento do STF que concede às *empresas estatais prestadoras de serviços públicos* os *benefícios da imunidade tributária recíproca*.

Comenta Maria Zanella Di Pietro acerca desta finalidade:

Isto quer dizer que a empresa estatal que desempenha serviço público atua à semelhança de uma concessionária de serviço público, submetendo-se à norma do artigo 175, especialmente no que diz respeito aos deveres perante os usuários, à política tarifária, à obrigação de manter serviço adequado, bem como a todos os princípios que regem a prestação de serviços público, como continuidade, isonomia, mutabilidade, dentre outros. Nas hipóteses em que a empresa estatal é criada por um ente estatal para prestar serviço público delegado por outro ente estatal, ela tem a natureza de concessionária de serviços de energia elétrica, de competência da União (art. 21, XII, b, da Constituição), delegados a empresas estatais sob controle acionários dos Estados. Outro exemplo é o serviço de saneamento delegado por Municípios à SABESP, que é sociedade de economia mista do Estado de São Paulo.

• • • •

Para finalizar, façamos a seguinte pergunta: *em se tratando de empresa estatal que explora atividade econômica, é possível seja submetida às normas referentes à Lei*

de Falência e Recuperação de Empresas? A pergunta se faz em virtude da extrema aproximação às empresas privadas.

Inicialmente, o entendimento era de que somente as *empresas estatais prestadoras de serviços públicos* estariam isentas dos referidos dispositivos. Contudo, a Lei nº 11.101/2005 determinou a não submissão de qualquer das modalidades de *empresas estatais* às normas de falência e recuperação de empresas, independentemente da finalidade para que foram criadas.

É o que determina o art. 2º, I, da Lei de Falência e Recuperação de Empresas:

Art. 2º da Lei de Falência e Recuperação de Empresas. Esta Lei não se aplica a:

I – empresa pública e sociedade de economia mista.

2.2.4. Da nomeação de dirigentes

Outro ponto importante de destaque das *empresas estatais* é a *nomeação de seus dirigentes*. Anteriormente ao vigor da atual disposição da Lei nº 13.303/2016, a nomeação dos dirigentes de *empresa estatal* se dava pela livre indicação, não havendo qualquer norma que limitasse a referida escolha, motivo pelo qual a administração de tais órgãos ficou marcada pelas atuações *aquém* das esperadas em virtude das finalidades para as quais foram criadas, tendo em vista que as nomeações levavam mais em consideração critérios meramente políticos, não se atendo às qualificações necessárias para a ocupação de um cargo de tão relevante prestígio e exigência.

Buscando moralizar a escolha dos dirigentes, aumentando a eficiência das ações das *empresas*, a Lei nº 13.303/2016 foi responsável pela incorporação de critérios de observância necessária. Além de critérios de admissão, a referida lei trouxe inovações no sentido de indicar incompatibilidades à nomeação dos dirigentes.

Nesse sentido, determina o art. 17, *caput*, da Lei nº 13.303/2016:

Art. 17, *caput*, da Lei nº 13.303/2016. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I – ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista,

entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II – ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III – não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do caput do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.

Nota-se, portanto, três exigências para a nomeação de qualquer dos dirigentes, quais sejam: (i) *tempo de experiência profissional*; (ii) *formação acadêmica compatível*; e (iii) *não incidência nas hipóteses de inelegibilidade*.

Continuando o raciocínio, estabelece o §2º as situações que se incididas geram vedação à nomeação dos dirigentes:

Art. 17, §2º, da Lei nº 13.303/2016. É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I – de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II – de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III – de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV – de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V – de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

Vê-se, portanto, as seguintes nomeações vedadas: (i) *pessoas ligadas ao órgão instituidor (Administração Pública em geral)*; (ii) *pessoa que exerça poder decisória em partido político ou diretamente envolvida em campanha política*; (iii) *pessoa que exerça*

cargo em organização sindical; (iv) pessoa que tenha firmado contrato ou parceria com o ente instituidor ou com a empresa estatal em questão; (v) pessoa que tenha qualquer tipo de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa estatal em questão.

2.2.5. Mandado de segurança e empresas estatais

Determinam os arts. 5º, LXIX, da Constituição Federal e 1º, I, da Lei nº 12.016/2009:

Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Art. 1º, §1º, da Lei nº 12.016/2009. Equiparam-se às autoridades, para os efeitos desta Lei, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como os dirigentes de pessoas jurídicas ou as pessoas naturais no exercício de atribuições do poder público, somente no que disser respeito a essas atribuições.

Significa dizer, portanto, que cabe *mandado de segurança* contra ações dos dirigentes se consideradas *coatoras*. Contudo, importante ressaltar que nem todas as ações dos dirigentes serão objeto de tal *remédio constitucional*.

Para entendermos melhor, elenquemos quais são os atos dos dirigentes. São dois: (i) *atos característicos de Poder Público* – como as normas acima destacadas indicam, para que seja possível a impetração de *mandado de segurança*, é necessário que estejam os dirigentes no exercício de atribuições do Poder Público. Significa dizer, portanto, que caberá *mandado de segurança* desta espécie de ato. Por outro lado, os dirigentes poderão realizar (ii) *atos de gestão comercial* – aqui, não há o que se falar em possibilidade de impetração de *mandado de segurança*.

2.3. Fundações

2.3.1. Introdução

De forma sintética, entende-se por *fundação* a concentração e personificação (dotação de personalidade jurídica) de um patrimônio para um determinado fim específico de ordem social, criado por iniciativa do Estado.

A questão que se deve analisar, primeiramente, é referente à *natureza jurídica* desta entidade. Será *pessoa jurídica de direito público ou privado*? Em que pese a disposição do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, há divergência doutrinária. Determina o referido artigo:

Art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967. Para os fins desta lei, considera-se:

[...]

IV – Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa,

para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerado pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Ainda que o referido Decreto-Lei atribua às *fundações públicas* a regência por *regime de direito privado*, o entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que cabe à Administração Pública, a depender da finalidade para que foi criada a *fundação*, determinar, através de sua lei instituidora e seus respectivos estatutos, seu *Regime de Administração*, não havendo qualquer impedimento na opção pelo *regime público*.

Nesse sentido, comenta Maria Zanella Di Pietro:

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade.

Por fim, interessante comentar que para alguns doutrinadores a adoção do regime de direito público faz com que as fundações sejam equiparadas às *autarquias fundacionais*.

2.3.2. Características

São algumas das características das *fundações públicas*:

(i) ***Finalidade social*** – como dito quando da conceituação das fundações, tais entes desempenharão atividades em âmbito social, visando atingir terceiros estranhos à entidade. Por esse motivo, determina a lei não possuírem *finalidade lucrativa*.

Importante destacar, porém, que a ausência de *finalidade lucrativa* não se confunde com a onerosidade dos serviços por ela prestados. Nesse caso, não há o que se falar em vedação da onerosidade de seus serviços, sendo necessário, apenas, sejam revertidos em prol da finalidade para a qual foi criada, vedando-se, na verdade, a distribuição dos lucros entre seus membros;

(ii) ***Capacidade de autoadministração*** – somente cabe ao Estado, como já vimos, o *controle de finalidade* das entidades da Administração Pública Indireta (tutela estatal). Nessa senda, cabe à própria *fundação pública* a organização de suas atividades, de modo a ser autoadministrar;

(iv) ***Submissão ao controle externo*** – determina o art. 71, II, da Constituição Federal:

Art. 71 da Constituição Federal. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II – julgas as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicas da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulta prejuízo ao erário público.

Portanto, deverá prestar contas ao Poder Legislação e ao Tribunal de Contas da União.

(v) **Responsabilidade civil objetiva** – conforme aduz o art. 37, §6º, da Constituição Federal:

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

Significa dizer, portanto, que a responsabilidade das fundações públicas não enseja a comprovação do elemento culpa, bastando a comprovação do dano sofrido, porquanto se trata de atividade exercida pelo Poder Público.

(vi) **Beneficiárias da imunidade tributária recíproca** – é o que dispõe o art. 150, VI, a, e §2º, da Constituição Federal:

Art. 150 da Constituição Federal. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI – instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

[...]

§2º. A vedação do inciso VI, “a”, é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

(vii) **Submissão à Lei de Licitações** – para a contratação de quaisquer serviços, é necessário observem as disposições da Lei nº 8.666/1993:

Art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

2.3.3. Regimes de administração

Como dissemos anteriormente, cabe ao legislador, a depender da finalidade e da atividade administrativa executada, determinar, por meio da lei instituidora e

estatutos da fundação, o *Regime de Administração* pelo qual será regido, podendo, portanto, ser tanto de natureza privada, como pública.

Para que entendamos melhor essas possibilidades, façamos uma tabela que determina as divergências entre tais entes:

	FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PRIVADO	FUNDAÇÕES PÚBLICAS DE DIREITO PÚBLICO
criação	É necessário o registro dos atos constitutivos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas para que passe a possuir personalidade jurídica	É necessário haja lei específica que determine a concessão de sua personalidade jurídica
características conferidas pela administração pública	<i>Poder de Polícia</i> – em virtude da natureza privada, não há o que se falar em possibilidade de execução do <i>poder de polícia</i> ; <i>Prerrogativas processuais</i> – não possuem prerrogativas processuais por conta de seu <i>regime de administração</i>	<i>Poder de Polícia</i> – tendo em vista se tratar de ente regido pelo direito público, é possível exerça o <i>poder de polícia</i> ; <i>Prerrogativas processuais</i> – a lei confere à <i>fundação pública de direito público</i> as prerrogativas processuais atinentes aos entes políticos, como <i>prazos em dobro, remessa necessária à segunda instância e execução por precatório</i>
regime de bens	Seus bens são considerados privados	Seus bens são considerados públicos
dos empregados	Serão regidos pela CLT	Serão <i>servidores estatutários</i> ou regidos por CLT em regime jurídico único
competência para julgamento	Em que pese a existência de divergência doutrinária, o entendimento majoritário é no sentido de que compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas que envolvam <i>fundações públicas de direito privado</i>	Nos termos do art. 109 da Constituição Federal: “Aos <i>juízes federais compete processar e julgar: I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autores, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho</i> ”.

2.3.4. Controle pelo Ministério Público

Pergunta-se: *uma vez que cabe ao Ministério Público o controle das fundações particulares, compete ao referido órgão, igualmente, o controle das fundações públicas?* Não! Em que pese ser competente para o monitoramento das *fundações particulares*, não há o que se falar em tal disposição quanto às *fundações públicas*.

Aqui, como já vimos anteriormente, vigora a *tutela* ou *supervisão estatal*, segundo a qual incumbe à Administração Pública a realização do controle de finalidade sobre os entes da Administração Pública Indireta.

2.4. Agências executivas

Em que pese estar descrita em um tópico autônomo, não se trata de nova classificação de entidade da Administração Pública Indireta, mas sim uma qualificação atribuída por meio de decreto às autarquias ou fundações.

Para receber a referida qualificação, é necessário atenda a determinados requisitos. Importante ressaltar, ainda, que observados os requisitos e conquistada a qualificação, o título não se mantém *ad eternum*, sendo, ao contrário, de caráter temporário, constante no instrumento por meio do qual a qualificação é atribuída.

2.4.1. Requisitos

Determina o art. 51 da Lei nº 9.649/1998:

Art. 51 da Lei nº 9.649/1998. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§1º. A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§2º. O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

São, portanto, os requisitos:

(i) **Ter um plano estratégico de reestruturação, voltado à melhoria da gestão e redução dos custos** – trata-se de plano que visa o funcionamento mais eficiente da autarquia e fundação, de modo que a manutenção de tais entes à Administração Pública seja menos custoso;

(ii) **Ter celebrado Contrato de Gestão com o Ministério supervisor.**

2.4.2. Críticas

Em que pese se tratar de uma qualificação dada às autarquias e fundações, esse título não é visto com bons olhos, porquanto entende-se tratar de premiação dada à ineficiência da gestão desses entes, haja vista que é dever das autarquias e fundações um funcionamento eficiente.

Ademais, a falta de disposição legal que regulamenta tal qualificação desincentiva as entidades a buscá-la. Ainda assim, determina o art. 24, §1º, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1993):

Art. 24, §1º, da Lei de Licitações. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

2.5. Consórcio público

2.5.1. Conceito

Trata-se de entidade com personalidade jurídica, regida pelo regime público ou privado, criada entre dois ou mais entes federativos com o intuito de gerir de forma conjunta serviços públicos.

A atribuição de personalidade jurídica a tais elementos é de dura crítica da doutrina. Segundo o entendimento doutrinário, o consórcio não passa de mero acordo de vontades para a consecução de fins comuns, não sendo necessária a concessão de personalidade jurídica.

Comenta Maria Zanella Di Pietro:

A lei é, sob todos os aspectos, lamentável e não deveria ter sido promulgada nos termos em que o foi. Mais do que resolver problemas, ela os criou, seja sob o ponto de vista jurídico, seja sob o ponto de vista de sua aplicação prática.

Havia, antes da lei, certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo, do mesmo modo que o consórcio de empresas previsto no artigo 278, §1º, da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15-12-76), não adquire personalidade jurídica. Apenas se discutia a melhor forma de administrar o consórcio.

[...]

Na realidade, conforme temos entendido, nem o convênio nem o consórcio se constituem como pessoa jurídica; trata-se de acordos de vontade para consecução de fins comuns. Não havia (até a promulgação da Lei nº 11.107/05) nada, no direito brasileiro, que autorizasse a considerar o consórcio como pessoa jurídica, seja no direito administrativo, seja no direito privado. Exatamente por se tratar de acordo de vontades é que a Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitações e contratos, manda aplicar as suas disposições, no que couber, a convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública.

2.5.2. Natureza jurídica

Como dito anteriormente, é possível que o consórcio público seja regido pelo direito público ou pelo direito privado. Vejamos as características de cada uma delas:

(i) **Consórcio público de direito público** – é a disposição do art. 6º, I, da Lei nº 11.107/2005:

Art. 6º da Lei nº 11.107/2005. O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constitui associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções.

[...]

§1º. O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

Portanto, uma vez contratado consórcio público de direito público, tais entes constituirão *associação pública* (espécie do gênero autarquia) entre os entes consorciados e, por isso, possuirão todas as prerrogativas e privilégios atinentes às entidades componentes da Administração Pública.

Ademais, em virtude do disposto no §1º acima transcrito, os consórcios públicos de direito público caracterizam *entidades transfederativas/interfederativa*, tendo em vista que incorporarão à Administração Pública indireta de todos os entes consorciados.

(ii) **Consórcio público de direito privado** – determina o art. 6º, II e §1º, da Lei nº 11.107/2005:

Art. 6º da Lei nº 11.107/2005. O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

[...]

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

Por outro lado, os consórcios públicos de direito privado deverão observar a disposição da lei civil, atendendo às normas de direito público de forma subsidiária ou no que exigir a lei. Em virtude disso, há posicionamento doutrinário que defende que tal ente não faz parte da Administração Pública. Aqueles que entendem incorporar à Administração, no entanto, equiparam-no às *empresas públicas*.

Lembremos, contudo, que não se trata de *Regime de Administração de Direito Privado puro*, mas híbrido. Significa dizer que há derrogação de poderes por parte da Administração Pública, motivo pelo qual detém algumas prerrogativas e limitações. É o que determina, inclusive, o §2º do artigo acima transcrito:

Art. 6º, §2º, da Lei nº 11.107/2005. O consórcio público, com personalidade jurídica de direito público ou privado, observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, à celebração de contratos, à prestação de

contas e à admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

2.5.3. Formas de cooperação

É possível que o consórcio se dê de duas formas, quais sejam:

(i) **Cooperação horizontal** – trata-se do consórcio firmado por entes que se encontram no mesmo patamar ou possuem a mesma natureza. Ex.: consórcio firmado entre um Estado e outro/Município e outro/

(ii) **Cooperação vertical** – por outro lado, é possível que o consórcio ocorra entre entes de natureza distinta. É o que ocorre em consórcios firmados entre um Município em relação ao Estado ou um Estado em relação à União.

Nota-se que não é possível haja consórcio direto entre Município e a União. Para tanto, é necessário seja incorporado conjuntamente o Estado.

2.5.4. Constituição do consórcio

(i) **Subscrição de protocolo de intenções** – dispõe o art. 3º da Lei nº 11.107/2005:

Art. 3º da Lei nº 11.107/2005. O consórcio público será constituído por contrato cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções.

O referido protocolo muito se assemelha com uma promessa/compromisso, tendo em vista que tem por finalidade expor as cláusulas que entrariam em vigor diante da celebração do consórcio, contudo sem vincular as partes, nem as penalizar diante de possível não cumprimento.

Aqui, não há o que se falar em definição de direitos e obrigação, porquanto somente tem o objetivo de indicar a intenção das partes em formar o consórcio para o mesmo fim.

Em se tratando de pessoas jurídicas, o protocolo não se dará pela mera criação do contrato. Para ser válido, é necessário seja publicado na imprensa oficial, nos termos do art. 4º, §5º, da referida lei:

Art. 4º, §5º, da Lei nº 11.107/2005. O protocolo de intenções deverá ser publicado na imprensa oficial.

(ii) **Promulgação de lei ratificadora** – posteriormente à subscrição do protocolo de intenções, é necessário que as partes envolvidas ratifiquem o disposto no referido protocolo. Para tanto, faz-se mister seja publicada lei que discipline a participação do ente no consórcio. Assim determina o art. 5º da Lei nº 11.107/2005:

Art. 5º, caput, 11.107/2005. O contrato de consórcio público será celebrado com a ratificação, mediante lei, do protocolo de intenções.

A ratificação é o meio pelo qual a parte confirma o seu ingresso no consórcio. Tendo isso em mente, é possível que as partes somente ratifiquem parte dos termos

ou condicionem a sua total ratificação. Prevê tal possibilidade o §2º do artigo acima transcrito:

Art. 5º, §2º, da Lei nº 11.107/2005. A ratificação pode ser realizada com reserva que, aceita pelos demais entes subscritores, implicará consorciamento parcial ou condicional.

Ademais, a livre adesão deverá ocorrer até dois anos da subscrição do protocolo de intenções. Havendo ratificação após esse período, é necessário que o ingresso do ente se dê por meio de assembleia geral do consórcio público, nos termos do §3º:

Art. 5º, §3º, da Lei nº 11.107/2005. A ratificação realizada após 2 (dois) anos da subscrição do protocolo de intenções dependerá de homologação da assembleia geral do consórcio público.

(iii) **Celebração do contrato** – a necessidade da celebração do contrato em relação aos consórcios públicos de direito privado é unânime, sem o qual a execução do consórcio é inadmissível. Contudo, diverge a doutrina quanto à necessidade da celebração de contratos em se tratando de consórcio público de direito público, em virtude do disposto no já transcrito art. 6º, I, da Lei nº 11.107/2005, porquanto condiciona a validade do consórcio à vigência das leis que ratifica o pactuado pelas partes, não prevendo, portanto, a necessidade da conclusão do contrato.

De qualquer forma, são dois os tipos de contratos que poderão ser celebrados:

(iii.i) **Celebração de rateio** – está disposto no art. 8º da Lei nº 11.107/2005:

Art. 8º da Lei nº 11.107/2005. Os entes consorciados somente entregarão recursos ao consórcio público mediante contrato de rateio.

§1º. O contrato de rateio será formalizado sem cada exercício financeiro e seu prazo de vigência não será superior ao das dotações que o suportam, com exceção dos contratos que tenham por objeto exclusivamente projetos consistentes em programas e ações contemplados em plano plurianual ou a gestão associada de serviços públicos custeados por tarifas ou outros preços públicos.

§2º. É vedada a aplicação dos recursos entregues por meio de contrato de rateio para o atendimento de despesas genéricas, inclusive transferências ou operações de crédito.

§3º. Os entes consorciados, isolados ou em conjunto, bem como o consórcio público, são partes legítimas para exigir o cumprimento das obrigações previstas no contrato de rateio.

§4º. Com o objetivo de permitir o atendimento dos dispositivos da Lei Complementar nº 101, 4º de maio de 2000, o consórcio público deve fornecer as informações necessárias para que sejam consolidadas, nas contas dos entes consorciados, todas as despesas realizadas com os recursos entregues em virtude de contrato de rateio, de forma que possam ser contabilizadas nas contas de cada ente da Federação na conformidade dos elementos econômicos e das atividades ou projetos atendidos.

Como aduz o *caput* do artigo transcrito, o *contrato de rateio* é o meio segundo o qual se estabelecem os recursos que cada ente se comprometerá a despender em favor do consórcio.

Diante do pacto, não é possível que os entes se abstenham de segui-lo, sob pena de incorrerem no crime de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, XV, da Lei nº 8.429/92:

Art. 10 da Lei nº 8.429/1992. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei⁴, e notadamente:

[...]

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas em lei.

(iii.ii) *Contrato de programa* – o contrato de programa, por outro lado, está disposto nos arts. 4º, XI, d, e 13 da Lei nº 11.107/2005:

Art. 4º da Lei nº 11.107/2005. São cláusulas necessárias do protocolo de intenções as que estabeleçam:

[...]

XI – a autorização para a gestão associada de serviços públicos, explicitando:

[...]

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

[...]

Art. 13, caput, da Lei nº 11.107/2005. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos.

§1º. O contrato de programa deverá:

⁴ **Art. 1º da Lei nº 8.429/1992.** Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporadora ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

I – atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados; e

II – prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

[...]

Trata-se, portanto, do instrumento por meio do qual se estabelecem as obrigações de cada ente da Federação, inclusive dos órgãos que componham sua Administração indireta e atuem no pactuado, no que se refere à relação que manterá com outro ente da Federação durante o consórcio, com o fim de regular e estabelecer o bom funcionamento da cooperação federativa.

3. Entidades Paraestatais e Terceiro Setor

3.1. Introdução

Por primeiro, definamos de que se tratam as *entidades paraestatais*. Em que pese o termo *paraestatal* significar *aquilo que se põe ao lado do Estado*, as referidas entidades não integram o Estado, motivo pelo qual se fazem presentes no chamado *terceiro setor* ou *setor público não estatal*.

As *entidades paraestatais*, seguindo o raciocínio, portanto, são *pessoas jurídicas de direito privado*, componentes da *sociedade civil* e, portanto, criadas por particulares, que atuam em setores de interesse estatal em virtude da utilidade pública, porém sem que haja ligação, inicialmente, com a Administração Pública. Isso não significa que a Administração Pública não pode se por ao lado dessas entidades, sendo possível que as fomente, conforme veremos.

Nesse sentido, pertinente é o comentário de Maria Zanella Di Pietro:

... as entidades da Administração Indireta, mesmo as que têm personalidade de direito privado, integram a Administração Pública e constituem braços de atuação do Estado, o que não ocorre com os serviços sociais autônomos, que apenas colaboram com o Estado para o desempenho de atividades de interesse público e, por isso mesmo, são por ele fomentados; se o Estado quer assumir o desempenho de atividade de interesse público, ele assume a sua titularidade e a desempenha como serviço público, seja por meio dos órgãos da Administração Direta, seja por meio de entidades da Administração Indireta; se ele não quer assumir a titularidade, mas reconhece o interesse público da atividade, ele a deixa nas mãos de particulares e lhes concede algum tipo de incentivo.

Nota-se, portanto, que as *entidades paraestatais*, não compõem a Administração Pública, mas podem por ela ser estimuladas/fomentadas, em virtude do interesse público nas atividades que executa.

Como a citação afirma, podemos citar como exemplo as entidades que desempenham serviços sociais autônomos ou de apoio, ligados, na maioria das vezes, à saúde e à educação.

3.2. Terceiro Setor

Para que entendamos a nomenclatura *terceiro setor*, é necessário que expliquemos a existência e a definição dos demais setores. Vejamos:

(i) **Primeiro setor** – trata-se do setor caracterizado pela atuação da Administração Pública, seja por meio de seus órgãos e servidores ou por meio das entidades a ela ligadas, ou seja, de forma direta ou indireta;

(ii) **Segundo setor** – nesse setor encontra-se o mercado, formado pelas empresas particulares que atuam e disputam de forma concorrente os consumidores, visando a obtenção de lucro;

(iii) **Terceiro setor** – finalmente, é o setor em que atuam as denominadas *entidades paraestatais*, consubstanciado, como dito, pelas entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam na execução de serviços sociais autônomos ou no apoio do interesse público.

Interessante que o referido setor não possui natureza privada ou pública, sendo um intermediário entre o *primeiro setor* (público) e o *segundo setor* (privado). Aqui, em que pese ser regra a observância de normas de direito privado, é possível haja, excepcionalmente, a intervenção do Estado em virtude do interesse público que caracteriza os serviços aqui prestados.

Nas palavras de Paes:

O Terceiro Setor não é nem público nem privado; porém guarda relação simbiótica com ambos, na medida em que deriva sua identidade da conjugação da metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza privada (sem objetivo de lucro) dedicadas à consecução de objetivos sociais, embora não sejam integrantes do governo.

No mesmo sentido é o comentário de Maria Zanella Di Pietro:

O importante é que todas as entidades paraestatais estão a meio caminho entre o setor público e o setor privado, entre o direito público e o direito privado, seja pelas atividades que exercem, voltadas para o atendimento de necessidades coletivas, seja pelo vínculo que mantêm com o Poder Público, que as sujeita a algum tipo de controle não imposto às demais entidades privadas, seja pela submissão parcial a normas de direito público. Todas elas atuam ao lado do Estado, em colaboração com ele, sem integrarem a Administração Pública direta ou indireta.

3.3. Das entidades paraestatais

3.3.1. Conceito e características comuns

Como dito anteriormente, as *entidades paraestatais* são *pessoas jurídicas de direito privado* criadas por particulares e executoras de serviços sociais autônomos, sem fins lucrativos, sem que haja, preliminarmente, ligação com a Administração Pública.

Diante dos elementos já apresentados, em que pese a pluralidade de espécies de *entidades paraestatais*, é possível definirmos alguns pontos que elas compartilham:

(i) **Não desempenham serviço público delegado pelo Estado** – como dito anteriormente, não há o que se falar, inicialmente, em vínculo entre as referidas *entidades* e a Administração Pública, porquanto são *peças jurídicas de direito privado* criadas por particulares;

(ii) **Podem receber incentivo do Poder Público** – em se tratando de atividade categorizada como de *relevante interesse público*, muito por conta do caráter não lucrativo de suas atividades, é possível haja incentivo por parte da Administração Pública, desde a concessão de benefícios fiscais, até a realização de fomento, como veremos;

(iii) **É possível se estabeleça vínculo jurídico com o Poder Público** – em que pese o caráter privado de sua criação e atuação, o Poder Público pode pactuar com ela convênios, parcerias, contratos de gestão ou outros instrumentos capazes de regular alguns aspectos de sua atividade. Diante desse vínculo, inclusive, são delegadas a elas algumas normas de caráter público;

(iv) **Integram o terceiro setor** – por conta do caráter social autônomo das atividades que executam, bem como a finalidade sem fins lucrativos.

3.3.2. Espécies

Passaremos a estudar, agora, as espécies de *entidades paraestatais* existentes. Pois, vejamos.

3.3.2.1. Organizações Sociais

Define a Lei nº 9.637/98:

Art. 1º da Lei nº 9.637/98. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei.

Às *entidades paraestatais* é possível que se dê a qualificação de *organização social* por meio de *contrato de gestão*. A referida qualificação tem por finalidade fomentar a atuação das *entidades*, delegando-as a execução de atividades ligadas ao setor público. Para tanto, é possível, inclusive, que o Poder Público lhes confira a utilização de bens públicos, bem como a designação de funcionários públicos para atuar junto a elas.

Ainda assim, serão consideradas *entidades privadas*, conforme o comentário de Maria Zanella Di Pietro:

Elas se submetem ao Poder Público na prestação de uma atividade que a este incumbe; elas prestam a atividade utilizando-se de bens do patrimônio

público, muitas vezes contando com servidores públicos em seu quadro pessoal, e são mantidas com recursos públicos; embora instituídas como entidades privadas, criadas por iniciativa de particulares, a sua qualificação como **Organização Social** constitui iniciativa do Poder Público e é feita com o objetivo específico de a elas transferir a gestão de determinado serviço público e a gestão de um patrimônio público. O grande objetivo é fugir ao regime jurídico a que se submete a Administração Pública e permitir que o serviço público seja prestado sob o regime jurídico do direito privado.

A criação desta qualificação se deu justamente com o intuito de delegar a entidades privadas a execução de serviços de interesse público não exclusivos do Estado, de modo que à Administração Pública não mais fossem incumbidos. Nessa senda, é comum que essa qualificação seja utilizada com o fim de *desinchar* o Estado, transmitindo a função de *entidades estatais* extintas às *entidades paraestatais*.

Para que seja dada a qualificação de *Organização Social*, é necessário atenda a alguns requisitos específicos, conforme determina o art. 2º da Lei acima citada:

Art. 2º da Lei nº 9.637/98. São requisitos específicos para que as entidades referidas no artigo anterior habilitem-se à qualificação como organização social:

I – comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:

a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;

b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;

c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;

d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;

e) composição e atribuições da diretoria;

f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;

g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;

h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão do desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;

i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;

II – haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Resumidamente, são os requisitos para que as *entidades paraestatais* se habilitem para receber a qualificação de *Organização Social*:

(i) **Possuir personalidade jurídica de direito privado** – sem a qual, inclusive, não poderia ser integrante do Terceiro Setor, como vimos anteriormente;

(ii) **Executar suas atividades sem que haja finalidade lucrativa** – outra característica sem a qual não seria considerada *entidade paraestatal* e, portanto, integrante do Terceiro Setor;

(iii) **Atuar nas seguintes áreas: saúde, educação, cultura, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou proteção ambiental;**

(iv) **Constar em seu estatuto a existência e estrutura do Conselho de Administração, prevendo, ainda, a participação popular e de representantes do Poder Público.**

Atendidos os requisitos acima elencados, deverá a *entidade paraestatal* enviar ao Ministério ou órgão supervisor documentação comprobatória para que seja realizada *análise discricionária*.

Importante ressaltar que o atendimento aos requisitos não é meio pelo qual se confere à entidade o direito de receber a qualificação, porquanto a realização do referido *contrato de gestão* é de opção unilateral do ente supervisor, podendo, portanto, negá-la, ainda que não haja inobservância dos requisitos.

Realizada a *análise discricionária* com resposta positiva, é necessário seja firmado entre a entidade e o Poder Público o denominado *contrato de gestão*. Acerca do referido contrato determina o art. 5º da Lei nº 9.637/98:

Art. 5º da Lei nº 9.637/98. Para os efeitos desta Lei, entende-se por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º.

Diante do firmamento do referido contrato, o qual concretizará a execução de fomento por parte do Poder Público, é possível que a *entidade estatal*, agora sob a qualificação de *Organização Social*, receba as seguintes vantagens:

(i) **Recursos orçamentários;**

(ii) **Bens públicos em permissão de uso, sem a necessidade de licitação;**

(iii) **Servidores públicos às custas do órgão supervisor.**

É o que determinam os arts. 12 e 14 da Lei nº 9.637/98:

Art. 12 da Lei nº 9.637/98. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§1º. São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§2º. Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§3º. Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão.

[...]

Art. 14 da Lei nº 9.637/98. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§1º. Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§2º. Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§3º. O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

A despeito da derrogação feita pelo Poder Público, o Supremo Tribunal Federal tem entendido ser desnecessário a realização de concurso público para a contratação dos empregados da *Organização Social*. O mesmo entendimento é adotado no que se refere à licitação, porquanto define a Lei nº 8.666/93 pela possibilidade de contratação pelo Poder Público sem que seja observado o procedimento licitatório:

Art. 24 da Lei nº 8.666/93. É dispensável a licitação:

[...]

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

Ainda com o distanciamento para com as normas de direito público, é necessário que as *organizações sociais* observem os princípios da Administração Pública, bem como realizem cotação de preços dos serviços por ela prestados, porquanto recebem, como visto fomento, ou seja, detém recursos públicos.

3.3.2.2. Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP

Determina o art. 1º da Lei nº 9.790/1999:

Art. 1º, caput, da Lei nº 9.790/1999. Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos que tenham sido constituídas e se encontrem em funcionamento regular há, no mínimo, 3 (três) anos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

Igualmente às *Organizações Sociais*, a *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)* é uma qualificação que pode ser conferida às *entidades paraestatais* que incidam em requisitos determinados pela lei, de modo a ser-lhes delegado a execução de serviços sociais não exclusivos do Estado mediante a concessão de fomento. Para tanto, é necessário haja acordo por meio do denominado *termo de parceria*.

A primeira pergunta que se faz é: *qual a diferença entre as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público?* Responde Maria Zanella Di Pietro:

A grande diferença está em que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de **serviço público**, quando a Oscip exerce **atividade de natureza privada**, com a ajuda do Estado.

[...]

Outra diferença: qualificação de Organização Social somente é dada à entidade que vai celebrar contrato de gestão com o poder público, enquanto a qualificação de Oscip é outorgada a qualquer entidade que preencha os requisitos previstos na Lei nº 9.790/14, independentemente de vir ou não a firmar termo de parceria com o poder público.

Nesse caso, diferentemente do que ocorre nas *Organizações Sociais*, não há o que se falar em manobra do Poder Público para delegar funções a ele atinentes (serviços públicos) às entidades privadas. Aqui, o intuito da Administração Pública é justamente incentivar, fomentar e fiscalizar a atividade privada, porquanto não há qualquer delegação de funções exercidas pelo Poder Público.

Para que as *entidades paraestatais* sejam qualificadas como *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público*, é necessário observem o disposto nos arts. 3º e 4º da Lei nº 9.970/1999:

Art. 3º da Lei nº 9.970/1999. A qualificação instituída por esta Lei, observado em qualquer caso, o princípio da universalização dos serviços, no respectivo âmbito de atuação das Organizações, somente será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades:

I – promoção de assistência social;

II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;

III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

IV – promoção gratuita de saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;

V – promoção da segurança alimentar e nutricional;

VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;

VII – promoção do voluntariado;

VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX – experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo;

XIII – estudos e pesquisas para o desenvolvimento, a disponibilização e a implementação de tecnologias voltadas à mobilidade de pessoas, por qualquer meio de transporte;

Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins.

Art. 4º da Lei nº 9.970/1999. Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:

I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;

II – a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório;

III – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade;

IV – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta;

V – a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social;

VI – a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação;

VII – as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo:

a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade;

b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão;

c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento;

d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal⁵.

Parágrafo único. É permitida a participação de servidores públicos na composição de conselho ou diretoria de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Sinteticamente, podemos resumir os requisitos que deverão observar as entidades paraestatais com o intuito de adquirir a qualificação de OSCIP:

(i) **Não ter a qualificação de Organização Social;**

(ii) **Ser pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos** – importante ressaltar que o referido requisito não impede que seus dirigentes sejam devidamente remunerados. Basta que sejam observados os valores praticados no mercado, não havendo abusividade que enseje a caracterização de distribuição de lucros. Inclusive,

⁵ **Art. 70 da Constituição Federal.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

a referida lei é responsável por revelar o que se entende por ausência de fins lucrativos. Vejamos:

Art. 1º, §1º, da Lei nº 9.970/1999. Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

(iii) **Estar constituída e executar atividade há, no mínimo, três anos;**

(iv) **Executar quaisquer das atividades elencadas no art. 3º da Lei nº 9.970/1999** – aqui, contudo, é necessário fazermos uma ressalva, porquanto elenca a referida lei um rol de entidades que não poderão receber a qualificação estudada. Nesse sentido, é a disposição do art. 2º:

Art. 2º da Lei nº 9.970/1999. Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:

I – as sociedades comerciais;

II – os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;

III – as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;

IV – as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;

V – as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;

VI – as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;

VII – as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;

VIII – as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

IX – as organizações sociais;

X – as cooperativas;

XI – as fundações públicas;

XII – as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;

XIII – as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal⁶.

Parágrafo único. Não constituem impedimento à qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público as operações destinadas a microcrédito realizadas com instituições financeiras na forma e recebimento de repasses, venda de operações realizadas ou atuação como mandatárias.

(v) **Possuir Conselho Fiscal ou órgão equivalente;**

(vi) **Ter previsão de transferência do patrimônio a outra OSCIP no caso de dissolução.**

Preenchidos os requisitos, é necessário haja o encaminhamento de documentos probatórios ao Ministério da Justiça, requerendo a concessão da qualificação, conforme determina o art. 5º da referida lei:

Art. 5º da Lei nº 9.970/1999. Cumpridos os requisitos dos arts. 3º e 4º desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, interessada em obter a qualificação instituída por esta Lei, deverá formular requerimento escrito ao Ministério da Justiça, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:

- I – estatuto registrado em cartório;
- II – ata de eleição de sua atual diretoria;
- III – balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;
- IV – declaração de isenção do imposto de renda;
- V – inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes.

Diferentemente das *Organizações Sociais*, atendidos os requisitos dos arts. 3º, 4º e 5º da Lei nº 9.970/1999, não há o que se falar em possibilidade de negação do pedido de concessão da qualificação. Portanto, a negativa somente ocorrerá diante

⁶ **Art. 192 da Constituição Federal.** O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro das instituições que o integram.

I – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
II – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
III – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
a) (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
b) (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
IV – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
V – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
VI – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
VII – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
VIII – (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
§1º. (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
§2º. (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
§3º. (Revogado) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)

da inobservância de qualquer das regras contidas nesses artigos, conforme estabelece o §3º do art. 6º da Lei nº 9.970/1999:

Art. 6º, §3º, da Lei nº 9.970/1999. O pedido de qualificação somente será indeferido quando:

- I – a requerente enquadrar-se nas hipóteses previstas no art. 2º desta Lei;
- II – a requerente não atender aos requisitos descritos nos arts. 3º e 4º desta Lei;
- III – a documentação apresentada estiver incompleta.

Atendidos os requisitos e deferida a concessão da qualificação, é necessário seja pactuado entre a *entidade estatal* e o *Poder Público* o denominado *termo de parceria*. O referido termo é o instrumento por meio do qual o fomento será executado por parte da Administração Pública. Nesse instrumento, estabelecer-se-ão os direitos, responsabilidades e obrigações das partes.

Estabelece o art. 9º da Lei nº 9.970/1999:

Art. 9.970/1999. Fica instituído o Termo de parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Interessante mencionar, também, que cabe à Administração Pública a criação de editais com o intuito de selecionar as *entidades paraestatais* com as quais se firmará o referido *termo de parceria*. Para tanto, faz-se um *concurso de projetos*, selecionando-se a *entidade* que melhor se adequar aos elementos dispostos no edital. É o que aduz o art. 23 do Decreto nº 3.100/1999:

Art. 23, caput, do Decreto nº 3.100/1999. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.

Ademais, não há qualquer vedação para que as OSCIPs firmem mais de uma parceria com a Administração Pública, bastando para tanto tenha capacidade e meios para executá-las, conforme estabelece o art. 16 do Decreto nº 3.100/1999:

Art. 16 do Decreto nº 3.100/1999. É possível a vigência simultânea de um ou mais Termos de Parceria, ainda que com o mesmo órgão estatal, de acordo com a capacidade operacional da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.

Por fim, resta-nos identificar quais serão as formas de fomento destinadas às OSCIPs. Diferentemente do disposto na Lei que regulamenta as *Organizações Sociais*, a Lei nº 9.970/1999, responsável pelas disposições atinentes às *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* somente menciona o repasse de valores públicos, omitindo acerca da possibilidade de cessão de servidores ou bens públicos.

3.3.2.3. Organização da sociedade civil – OSC

3.3.2.3.1. Introdução e conceito

A Lei nº 13.019/2014, também denominada de *Marco Regulatório do Terceiro Setor*, foi responsável por regulamentar de forma mais rigorosa as parcerias firmadas entre o Poder Público e as *entidades paraestatais*. Determina o art. 1º da referida lei:

Art. 1º da Lei nº 13.019/2014. Esta Lei institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

A *Organização da Sociedade Civil*, igualmente aos elementos anteriormente estudados, é qualificação dada a *entidades paraestatais* específicas em virtude do atendimento de requisitos dispostos em lei.

De proêmio, convém que enunciemos quais são as entidades que poderão ser consideradas OSCs, conforme o art. 2º, I, da Lei nº 13.019/2014:

Art. 2º da Lei nº 13.019/2014. Para os fins desta Lei, considera-se:

I – organização da sociedade civil:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei nº 9.867, de 10 de novembro de 1999; as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social; as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda; as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural; e as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social;

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Tal qualificação, portanto, nada mais é que a identificação dada às *entidades paraestatais* até então conhecidas genericamente por ONGs – Organizações Não Governamentais, possibilitando-as o firmamento de parcerias com o *Poder Público*.

Importante ressaltar, ainda, que não há a necessidade de obtenção de títulos prévios para o reconhecimento da qualificação. O simples fato de incidir nos elementos acima elencados lhes dá o direito de firmar os contratos e termos que esta lei dispõe.

Em virtude do acima exposto, pergunta-se: *é possível que as Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público sejam qualificadas como Organizações da Sociedade Civil?* Sim, porquanto, como dissemos anteriormente, não se exige qualificação prévia específica para que sejam consideradas OSCs

3.3.2.3.2. Requisitos e parcerias

De forma específica, a lei, em seu art. 33, informa os elementos que deverão ser observados pelas *entidades paraestatais* para estarem aptas a firmarem as parcerias nela dispostas:

Art. 33, caput, da Lei nº 13.019/2014. Para celebrar as parcerias previstas nesta Lei, as organizações da sociedade civil deverão ser regidas por normas de organização interna que prevejam, expressamente:

I – objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública e social;

II – (Revogado pela Lei nº 13.204, de 2015)

III – que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido seja transferido a outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os requisitos desta Lei e cujo objeto social seja, preferencialmente, o mesmo da entidade extinta;

IV – escrituração de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade e com as Normas Brasileiras de Contabilidade;

a) (Revogada)

b) (Revogada)

V – possuir:

a) no mínimo, um, dois ou três anos de existência, com cadastro ativo, comprovados por meio de documentação emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, com base no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, conforme, respectivamente, a parceria seja celebrada no âmbito dos Municípios, do Distrito Federal ou dos Estados e da União, admitida a redução desses prazos por ato específico de cada ente na hipótese de nenhuma organização atingi-los;

b) experiência prévia na realização, com efetividade, do objeto da parceria ou de natureza semelhante;

c) instalações, condições materiais e capacidade técnica e operacional para o desenvolvimento das atividades ou projetos previstos na parceria e o cumprimento das metas estabelecidas.

Atendidos os referidos requisitos, estará a *Organização da Sociedade* civil apta a celebrar um dos contratos dispostos na lei, quais sejam, *termo de colaboração*, *termo de fomento* ou *acordo de cooperação*. Vejamos cada um deles:

(i) **Termo de colaboração** – afirmam os arts. 2º, VII, e 16 da Lei nº 13.019/2014:

Art. 2º da Lei nº 13.019/2014. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VII – termo de colaboração: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela administração pública que envolvam a transferência de recursos financeiros.

[...]

Art. 16 da Lei nº 13.019/2014. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública para a consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

Portanto, é o instrumento por meio do qual a Administração Pública firmará parcerias com as *Organizações da Sociedade Civil* em que esteja envolvida a *transferência de recursos financeiros*.

É o meio pelo qual restarão pactuados os termos por meio dos quais se realizará o repasse de verbas públicas às OSCs. Diante do termo, cabe à Administração Pública revelar as metas das *entidades*, incumbindo a elas a apresentação de planos por meio dos quais lhes atingirá.

(ii) **Termo de fomento** – está disposto nos arts. 2º, VIII, e 17 da Lei nº 13.019/2014:

Art. 2º da Lei nº 13.019/2014. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII – termo de fomento: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público recíproco propostas pelas organizações da sociedade civil, que envolvam a transferência de recursos financeiros.

[...]

Art. 17 da Lei nº 13.019/2014. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública para consecução de planos de trabalho propostos por organizações da sociedade civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Aqui, ocorre o inverso do acima disposto. A iniciativa, nesse caso, parte da própria *entidade*, visto que é ela quem propõe a parceria à Administração Pública por meio da qual lhe serão enviados recursos financeiros. Para tanto, deverá informá-la acerca dos planos por meio dos quais visa atingir determinadas metas.

Dá análise e aprovação por parte do *Poder Público*, firma-se a parceria, formalizada através do instrumento denominado *termo de fomento*.

Importante frisar que os encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais relacionados à execução dos planos apresentados à Administração

Pública, são, neste e no termo anteriormente explicado, responsabilidade da OSC, não havendo o que se falar, portanto, em repasse ao *Poder Público*. Não há sequer responsabilidade solidária, sendo exclusivamente de responsabilidade da OSC.

(iii) **Acordo de cooperação** – determina o art. 2º, VIII-A, da Lei nº 13.019/2014:

Art. 2º da Lei nº 13.019/2014. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII-A – acordo de cooperação: instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco que não envolvam a transferência de recursos financeiros.

Por fim, o *acordo de cooperação* é o instrumento por meio do qual a administração pública e as OSCs formalizam parcerias que envolvam finalidades recíprocas e de interesse público, não havendo o que se falar em repasse de recursos financeiros. Dessa forma, nada lhes impede de, além de firmarem as parcerias previstas nas Leis anteriormente estudadas, firmem a parceria aqui estudada.

3.3.2.3.3. Vedações

Importante informar que nem todas as *entidades* poderão firmar as referidas parcerias. Nesse sentido, o art. 39 da Lei nº 13.019/2014 apresenta um rol especificando as exceções:

Art. 39 da Lei nº 13.019/2014. Ficará impedida de celebrar qualquer modalidade de parceria prevista nesta Lei a organização da sociedade civil que:

I – não esteja regularmente constituída ou, se estrangeira, não esteja autorizada a funcionar no território nacional;

II – esteja omissa no dever de prestar contas de parceria anteriormente celebrada;

III – tenha como dirigente membro do Poder ou do Ministério Público, ou dirigente de órgão ou entidade da administração pública da mesma esfera governamental na qual será celebrado o termo de colaboração ou fomento, estendendo-se a vedação aos respectivos cônjuges ou companheiros, bem como parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau;

IV – tenha tido as contas rejeitadas pela administração pública nos últimos cinco anos, exceto se:

a) for sanada a irregularidade que motivou a rejeição e quitados os débitos eventualmente imputados;

b) for reconsiderada ou revista a decisão pela rejeição;

c) a apreciação das contas estiver pendente de decisão sobre recurso com efeito suspensivo;

V – tenha sido punida com uma das seguintes sanções, pelo período que durar a penalidade:

a) suspensão de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração;

b) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração pública;

c) a prevista no inciso II do art. 73 desta Lei;

d) a prevista no inciso II do art. 73 desta Lei;

VI – tenha tido contas de parcerias julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos;

VII – tenha entre seus dirigentes pessoa:

a) cujas contas relativas a parcerias tenham sido julgadas irregulares ou rejeitadas por Tribunal ou Conselho de Contas de qualquer esfera da Federação, em decisão irrecorrível, nos últimos 8 (oito) anos;

b) julgada responsável por falta grave e inabilitada para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, enquanto durar a inabilitação;

c) considerada responsável por ato de improbidade, enquanto durarem os prazos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Podemos sintetizar, afirmando que não poderão celebrar as parcerias elencadas na Lei nº 13.019/2014 as entidades que:

(i) **Não estejam regularmente constituídas;**

(ii) **Estejam omissas no dever de prestar contas de parcerias anteriormente celebradas;**

(iii) **Tenham tido contas rejeitadas nos últimos cinco anos;**

(iv) **Tenham como dirigente membro de Poder;**

(v) **Tenham sofrido alguma punição administrativa definida em lei.**

Ademais, não é possível seja feita parceria que tenha por objeto o exercício de funções exclusivas da Administração Pública. À título de exemplo, é inadmissível seja objeto de parceria a execução de poder de polícia.

3.3.2.3.4. Chamamento público

Estabelece o art. 2º, XII, da Lei nº 13.019/2014:

Art. 2º da Lei nº 13.019/2014. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

XII – chamamento público: procedimento destinado a selecionar organização da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da

publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Trata-se, logo, do procedimento por meio do qual a Administração Pública busca, com a publicação de edital, identificar as *entidades paraestatais* mais aptas ao firmamento de parcerias, a depender do interesse público dominante. Dessa forma, estimula-se o respeito aos *Princípio da Administração Pública*, além de se presar pela igualdade entre as *entidades* participantes.

O referido procedimento é composto por quatro etapas, sendo elas:

(i) **Publicação de edital** – o edital deverá conter todas as regras que deverão ser observadas durante o *chamamento público*. Publicado, as *entidades* deverão enviar propostas que atendam aos elementos nele constantes;

(ii) **Classificação das propostas** – aqui, caberá à Administração Pública julgar os planos enviados, observando os critérios dispostos na lei. Nesse sentido, determina o art. 27 da Lei:

Art. 27, caput, da Lei nº 13.019/2014. O grau de adequação da proposta aos objetivos específicos do programa ou da ação em que se insere o objeto da parceria e, quanto for o caso, ao valor de referência constante do chamamento constitui critério obrigatório de julgamento.

(iii) **Análise de documentos de habilitação** – selecionadas as entidades, proceder-se-á a análise dos documentos de habilitação, conforme determina o art. 28 da referida Lei:

Art. 28, caput, da Lei nº 13.019/2014. Somente depois de encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, a administração pública procederá à verificação dos documentos que comprovem o atendimento pela organização da sociedade civil selecionada dos requisitos previstos nos arts. 33 e 34.

Já vimos anteriormente quais são os requisitos para que sejam as *entidades* consideradas *Organizações da Sociedade Civil*. Por isso, procedamos o resumo dos requisitos:

(iii.i) Ter objetivos voltados a atividades e finalidades de relevância pública e social;

(iii.ii) Possuir, no mínimo, um ano de existência para celebrar parcerias com Municípios; dois anos, para vínculos com o Estado e três anos para acordos com a União;

(iii.iii) Em caso de dissolução, o patrimônio deve ser encaminhado para outra pessoa jurídica de mesma natureza.

(iv) **Homologação** – feita parceria, é necessário seja posta em local de fácil acesso da população, conforme determina o art. 50 da Lei nº 13.019/2014:

Art. 50 da Lei nº 13.019/2014. A administração Pública deverá viabilizar o acompanhamento pela internet dos processos de liberação de recursos referentes às parcerias celebradas nos termos desta Lei.

Da mesma forma, deverá a OSC divulgar a parceria em lugar visível em sua sede social. Tais disposições se dão em virtude da facilidade com a qual as fraudes ocorrem, exigindo-se, portanto, a transparência dos métodos por meio dos quais se selecionam as entidades parceiras.

3.3.2.3.5. Das exigências e da fiscalização

Para encerramos o estudo das *Organizações da Sociedade Civil*, fazemos duas perguntas:

(i) **Exige-se a realização de licitação para a contratação de bens ou serviços e a realização de concurso público para a contratação de empregados?** Não. Nesse caso, observar-se-á um *processo seletivo simplificado*, disposto no art. 80 da Lei nº 13.019/2014, segundo o qual cabe à Administração Pública disponibilizar meio eletrônico por meio do qual a população poderá fazer propostas à entidade. Vejamos:

Art. 80 da Lei nº 13.019/2014. O processamento das compras e contratações que envolvam recursos financeiros provenientes de parceria poderá ser efetuado por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela administração pública às organizações da sociedade civil, aberto ao público via internet, que permita aos interessados formular propostas.

Parágrafo único. O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, mantido pela União, fica disponibilizado aos demais entes federados, para fins do disposto no **caput**, sem prejuízo do uso de seus próprios sistemas.

(ii) **Como se dará a prestação de contas das referidas entidades?** É necessário que a OSC preste contas ao Tribunal de Contas em virtude do repasse de verbas públicas ou em função do interesse público que reveste a atividade que exerce.

Contudo, não somente o Tribunal de Contas será responsável pela fiscalização. Além da remessa dos documentos ao referido órgão, é necessário que a entidade disponibilize de forma discriminada os documentos em endereço eletrônico específico criado pela Administração Pública para que seja possível o seu acompanhamento e fiscalização, nos termos do art. 65 da Lei nº 13.019/2014:

Art. 65 da Lei nº 13.019/2014. A prestação de contas e todos os atos que dela decorram dar-se-ão em plataforma eletrônica, permitindo a visualização por qualquer interessado.

O referido meio, como dito anteriormente, tem por finalidade evitar que sejam cometidas fraudes, presando-se pela transparência de todos os atos praticados diante da parceria.

Determina o art. 66:

Art. 66 da Lei nº 13.019/2014. A prestação de contas relativa à execução do termo de colaboração ou de fomento dar-se-á mediante a análise dos documentos previstos no plano de trabalho, nos termos do inciso IX do art. 22, além dos seguintes relatórios:

I – relatório de execução do objeto, elaborado pela organização da sociedade civil, contendo as atividades ou projetos desenvolvidos para o

cumprimento do objeto e o comparativo de metas propostas com os resultados alcançados;

II – relatório de execução financeira do termo de colaboração ou do termo de fomento, com a descrição das despesas e receitas efetivamente realizadas e sua vinculação com a execução do objeto, na hipótese de descumprimento de metas e resultados estabelecidos no plano de trabalho.

Parágrafo único. A administração pública deverá considerar ainda em sua análise os seguintes relatórios elaborados internamente, quando houver:

I – relatório de visita técnica **in loco** eventualmente realizada durante a execução da parceria;

II – relatório técnico de monitoramento e avaliação, homologado pela comissão de monitoramento e avaliação designada, sobre a conformidade do cumprimento do objeto e os resultados alcançados durante a execução do termo de colaboração ou de fomento.

Feita a avaliação, é possível que os atos da *entidade* sejam classificados em: *regular*, *regular com ressalvas* ou *irregular*, conforme determina o art. 72 da Lei:

Art. 72, caput, da Lei nº 13.019/2014. As prestações de contas serão avaliadas:

I – regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, o cumprimento dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho;

II – regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal que não resulte em dano ao erário;

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes circunstâncias:

a) omissão no dever de prestar contas;

b) descumprimento injustificado dos objetivos e metas estabelecidos no plano de trabalho;

c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiro ou valores públicos.

Havendo avaliação regular com ressalvas ou irregular, aplicar-se-ão as sanções estabelecidas na lei, indo desde correções das irregularidades até a proibição de firmar novas parcerias com o *Poder Público*.

4. Agentes Públicos

4.1. Introdução

Por primeiro, convém que elucidemos o conceito de *agentes públicos*. Conceitua Maria Zanela Di Pietro: “*Agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta*”.

Dentro da definição de *agentes públicos*, são quatro as espécies, quais sejam: (i) *agentes políticos*; (ii) *servidores públicos/estatais*; (iii) *militares*; e (iv) *particulares em colaboração com o Poder Público*.

Estudemos cada uma delas:

4.2. Agentes políticos

Ab initio, é necessário que estabeleçamos quem são os *agentes políticos*. O entendimento doutrinário majoritário é no sentido de que se entendem por *agentes políticos* os *agentes públicos* cujas funções estão diretamente ligadas ao Governo, sendo a sua ocupação ensejada pela sua eleição ou pela indicação através de indivíduos eleitos.

Diante de tal raciocínio, podemos incluir como *agentes políticos* os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo, porquanto diretamente participantes nas decisões governamentais.

A dúvida paira acerca dos Magistrados e membros do Ministério Público. Em que pese a doutrina entender não se enquadrarem no perfil dos *agentes políticos* em virtude da não participação efetiva nas decisões governamentais, entende o Supremo Tribunal Federal deverem ser, sim, incluídos nessa categoria.

Vejamos o comentário de Maria Zanella Di Pietro e, posteriormente, acórdão do Supremo Tribunal Federal:

Essas funções ficam a cargo dos órgãos governamentais ou governo propriamente dito e se concentram, em sua maioria, nas mãos do Poder Executivo, e, em parte, do Legislativo; no Brasil, a participação do Judiciário nas decisões políticas praticamente inexistente, pois a sua função se restringe, quase exclusivamente, à atividade jurisdicional sem grande poder de influência na atuação política do Governo, a não ser pelo controle *a posteriori*.

O mesmo se diga com relação aos membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas, o primeiro exercendo uma das funções essenciais à justiça, ao lado da Advocacia-Geral da União, da Defensoria Pública e da Advocacia, e o segundo a função de auxiliar do Legislativo no controle sobre a Administração.

• • • •

A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições –, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. Legitimidade passiva reservada ao Estado (RE 228.977, rel. min. Néri da Silveira, j. 5-3-2002, 2ª T, DJ de 12-4-2002 e RE 553.637 ED, rel. min. Ellen Gracie, j. 4-8-2009, 2ª T, DJE de 25-9-2009)

Ainda restam algumas perguntas:

E quanto aos Conselheiros dos Tribunais de Contas? O entendimento do STF é no sentido de que não se enquadram como *agentes políticos*, tendo em vista que seus cargos são meramente técnicos. Vejamos:

Entendeu-se que estariam presentes os requisitos autorizadores da concessão da liminar. Considerou-se que a natureza do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas não se enquadraria no conceito de agente político, uma vez que exerce a função de auxiliar do Legislativo no controle da Administração Pública, e que o processo de nomeação do irmão do Governador, ao menos numa análise perfunctória dos autos, sugeriria a ocorrência de vícios que maculariam a sua escolha por parte da Assembléia Legislativa do Estado. Registrou-se o aqodamento, no mínimo suspeito, dos atos levado a cabo na referida Casa Legislativa para ultimar o processo seletivo, o que indicaria, quando mais não seja, a tentativa de burlar os princípios da publicidade e impessoalidade que, dentre outros, regem a Administração Pública em nossa sistemática constitucional. Observou-se que a aprovação do irmão do Governador para o cargo dera-se inclusive antes de escoado integralmente o prazo aberto para a inscrição de candidatos ao mesmo, cuja vacância, ao menos do ponto de vista formal, ocorrera apenas em 10.7.2009. Afirmou-se, também, ser de duvidosa constitucionalidade, em face do princípio da simetria, a escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembléia Legislativa por votação aberta, tendo em conta o disposto no art. 52, III, b, da CF. Concluiu-se que, além desses fatos, a nomeação do irmão, pelo Governador, para ocupar o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, agente incumbido pela Constituição de fiscalizar as contas do nomeante, estaria a sugerir, em princípio, desrespeito aos mais elementares postulados republicanos. Por conseguinte, deferiu-se, por unanimidade, a liminar, para sustar os efeitos da nomeação sob exame até o julgamento da mencionada ação popular. Por maioria, determinou-se a imediata comunicação da decisão, ficando vencido, neste ponto, o Min. Marco Aurélio. O Min. Menezes Direito fez ressalva no sentido de não se comprometer com a manifestação do relator acerca da natureza do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas (Rcl 6702 AgR-MC/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 4.3.2009 (Rcl-6702))

E quanto aos agentes diplomáticos? Nesse caso, o entendimento é pelo enquadramento desses indivíduos como *agentes políticos*.

4.3. Particulares em colaboração com o Poder Público

Entende-se por *particulares em colaboração com o Poder Público* aqueles que prestam serviços ao Estado, sem que haja vínculo empregatício, ainda que haja ou não remuneração.

Os referidos *particulares* são subdivididos em três categorias distintas, quais sejam:

(i) **Agentes honoríficos** – enquadram-se nesta categoria os indivíduos convocados pelo Poder Público para executarem funções públicas relevantes, por meio de requisição, nomeação ou designação, não havendo, para tanto, remuneração. São exemplos de agentes honoríficos os jurados, servidores militares obrigatórios, servidores eleitorais, comissário de menores, integrantes de comissões, grupos de trabalho etc.;

(ii) **Delegatários do Poder Público** – são assim considerados os indivíduos que praticam função pública em nome próprio em função de delegação de poder. Por esse motivo, são fiscalizados pelo Poder Público. São exemplos os servidores notariais e de registro, leiloeiros, tradutores, intérpretes, os empregados de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos etc.;

(iii) **Gestores de negócios** – por fim, são *gestores de negócios* os indivíduos que assumem o exercício de função pública, momentaneamente, em caráter emergencial, como diante de epidemia, incêndio, enchente etc.

4.4. Militares

São considerados militares, conforme a Constituição Federal:

Art. 142, caput, da Constituição Federal. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Compreendem, portanto, as Forças Armadas, os membros da Marinha, Exército, Aeronáutica. Além dessas instituições, também são identificados como militares os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios, nos termos do art. 42 da Constituição Federal:

Art. 42, caput, da Constituição Federal. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

O regime a que os militares estão sujeitos é estatutário, não se confundindo, portanto, com o Estatuto dos Servidores Civis. Em virtude disso, e não se enquadrando em nenhuma outra categoria de *agentes públicos* desde a publicação da Emenda Constitucional nº 18/98, são regidos por normas específicas, comportando, logo, categoria específica.

A título de exemplo, regem os militares todas as disposições presentes no §3º do art. 142 da Constituição Federal, sendo-lhes vedada a greve e a sindicalização, nos termos do inciso IV.

4.5. Servidores públicos/estatais

4.5.1. Conceito e espécies

São entendidos por *servidores públicos* ou *servidores estatais* os indivíduos que prestam serviços ao Estado, mediante vínculo jurídico regular e profissional, sendo a sua remuneração provida dos cofres públicos.

Tais indivíduos poderão ser divididos em três espécies distintas, quais sejam:

(i) **Empregados públicos** – ocasião em que seu vínculo à Administração Pública se dará por serem *titulares de cargo* ou *titulares de emprego*, conforme veremos adiante;

(ii) **Servidores das pessoas governamentais de direito privado** – são os empregados vinculados aos órgãos da Administração Pública Indireta (*pessoas jurídicas de direito privado*), porquanto o poder lhes é conferido em virtude de delegação;

(iii) **Servidores temporários** – contratados para atender a situações excepcionais de interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição. Esses indivíduos exercerão *função*, não havendo, portanto, cargo ou emprego.

Vejamos de forma aprofundada cada uma delas:

4.5.1.1. Empregados ou servidores públicos

Como dito anteriormente, tratam-se dos indivíduos cuja atividade estatal se dá em virtude de o vínculo com a Administração Pública se estabelecer por meio *emprego* ou *cargo*.

Nesse caso, estarão diretamente ligados a *pessoa jurídica de direito público*, seja da Administração Direta ou Indireta, ou seja, atuarão em conjunto com *entes políticos, autarquias ou fundações*.

Para que entendamos melhor quem são os *empregados públicos*, convém que identifiquemos de que se trata o *cargo* e o *emprego*. Pois bem.

4.5.1.1.1. Titular de cargo

Os *empregados públicos* titulares de *cargo* são os denominados *servidores estatutários*, porquanto serão regidos por estatutos, derivando seus direitos e obrigações da própria lei.

Por conta de estarem seus direitos previstos em lei, o regime a que estão vinculados é denominado *mutável*, de modo que não se estabelece entre eles *direito adquirido* a regime jurídico funcional específico, uma vez que é possível seja a lei alterada.

Isso não significa dizer que não existirá *direito adquirido* quando se fala em *título de cargo*. Por exemplo, o indivíduo que tenha agregado à sua remuneração benefício atinente a ter atingido o quinquênio no cargo não terá poder ter o referido benefício retirado, pois se tornou *direito adquirido*.

É isso que se intenta dizer quando se diz que os direitos do *servidor estatutário* se encontram em lei. Todos eles estão lá previstos, inclusive os requisitos para que lhes recaia *direito adquirido*.

Comenta acerca dos referidos servidores Maria Zanella Di Pietro:

[Os servidores estatutários] ... submetem-se a **regime estatutário**, estabelecido por lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor.

4.5.1.1.2. Titular de emprego

Por outro lado, os servidores cujo exercício da atividade se dê por meio de emprego serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, porquanto sua admissão se dá por meio de contrato no qual estarão contidas todas as cláusulas referentes à atividade que exerce.

É o comentário da doutrinadora:

... são **contratados** sob regime da legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; não podem Estados e Municípios derrogar outras normas da legislação trabalhistas, já que não têm competência para legislar sobre Direito do Trabalho, reservada privativamente à União (art. 22, I, da Constituição). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição.

4.5.1.1.3. Escolha quanto aos regimes

Importante informarmos que a escolha do regime que norteará a atividade exercida pelos servidores públicos, hoje, não poder ser simplesmente escolhida pela Administração Pública, porquanto prevê o art. 39 da Constituição Federal, estabelecendo o denominado *regime jurídico único*:

Art. 39, caput, da Constituição Federal. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Isso, contudo, nem sempre vigorou.

Anteriormente à promulgação da Constituição Federal de 1988, o entendimento era de que se tratava de opção da Administração Pública, podendo optar pela contratação de servidores, regendo-os por um ou outro regime. Não havia, portanto, regra específica para se estabelecer o regime jurídico funcional.

Com o advento da Constituição Cidadã, o legislador decidiu pacificar a situação, aderindo ao denominado *regime jurídico único*, segundo o qual cabe aos entes políticos optar por um ou outro regime, não podendo, logo, efetuar a contratação de servidores por meio de regime jurídico funcional diverso do escolhido.

Essa situação permaneceu até a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, segundo a qual passou a vigorar:

Art. 39, caput, da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998). A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

Ou seja, a referida Emenda foi responsável por suprimir a regra do *regime jurídico único*, possibilitando aos *entes políticos* a opção do regime jurídico segundo o qual seus servidores seriam regidos (CLT ou estatuto).

A redação acima transcrita foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135-4, sendo o acórdão do Supremo Tribunal Federal:

[...]

- Plenário, 27.03.2001.

Após o voto do Senhor Ministro Néri da Silveira, Relator, deferindo a medida acauteladora para suspender a eficácia do artigo 039, cabeça, da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 019, de 04 de junho de 1998, em razão do que continuará em vigor a redação original da Constituição, pediu vista, relativamente a esse artigo, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Em sequência, o Tribunal, por unanimidade, declarou o prejuízo da ação direta quanto ao ataque ao artigo 026 da Emenda Constitucional nº 019/98. O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a medida cautelar de suspensão dos incisos 00X e XIII do art. 037, e cabeça do mesmo artigo; do §001º e incisos do artigo 039; do artigo 135; do §007º do artigo 169; e do inciso 00V do artigo 206, todos da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 019/98. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Relativamente a estes artigos, a Senhora Ministra Ellen Gracie, esteve ausente, justificadamente, não participando da votação. Após o voto do Relator, indeferindo a medida cautelar quanto ao §002º do artigo 041 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 019/98, foi suspensa a apreciação. Ausentes, o Senhor Ministro Celso de Mello, e, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim.

Decidiu o STF, portanto, acerca da supressão do *caput* do art. 39, cuja redação havia sido dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, retornando ao vigor a redação original.

Hoje, portanto, vigora o *regime jurídico único*.

Pergunta-se: *e quanto aos indivíduos contratados desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98 até a suspensão da redação do art. 39, dada por ela?* Em virtude de gerar o acórdão transcrito efeitos *ex nunc*, não há o que se falar em retroatividade do fixado, motivo pelo qual não é possível que os servidores contratados nesse interregno pleiteiem a alteração do regime ao qual estão submetidos, devendo permanecer o regime sob o qual foram admitidos como *servidores públicos*.

4.5.1.2. Servidores das pessoas governamentais de direito privado

Como dito anteriormente, tratam-se dos *servidores* que possuem vínculo direto com as *pessoas jurídicas de direito privado*, componentes da Administração Pública Indireta, sendo os poderes atinentes à função estatal que exerce delegados

pela Administração Pública Direta. Estão diretamente atrelados, portanto, às empresas públicas sociedade de economia mista ou fundações regidas por regime jurídico de direito privado.

Em virtude de seu vínculo com *pessoas jurídicas de direito privado*, em que pese respeitarem o procedimento Constitucional no que se refere à contratação, dando-se, logo, através de concurso público, serão regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Por conta disso, também, não possuirão *estabilidade*. A pergunta que se faz na doutrina é: *é possível a demissão imotivada do servidor ligado a pessoa jurídica de direito privado?* A doutrina, em que pese a divergência, posiciona-se pela impossibilidade da demissão imotivada, devendo, em virtude da admissão por meio de concurso público, proceder processo administrativo pertinente, presando-se pelo contraditório e a ampla defesa. Em relação à jurisprudência, porém, assim já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho no RR-115-63.2014.5.04.0561⁷:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. DISPENSA IMOTIVADA. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITUDE.

1. Segundo a diretriz fixada na Súmula nº 390, II, e na Orientação Jurisprudencial nº 247, I, da SBDI-1, ambas dessa Corte Superior, aos empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da Carta Magna. Assim, ainda que admitidos mediante aprovação em concurso público, a despedida independe de ato motivado para sua validade.

2. Sinal-se que, ao julgar os embargos de declaração interpostos pela Empresa de Correios e Telégrafos no RE 589.998/PI, o Pleno do Supremo Tribunal Federal deu-lhes provimento parcial, fixando a seguinte tese de repercussão geral: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”, restringindo, portanto, a aplicação da tese aos empregados da ECT.

3. O Tribunal Regional, ao declarar nula a dispensa do autor e condenar o reclamado – sociedade de economia mista – à respectiva reintegração, por concluir pela necessidade de motivação da dispensa do empregado, divergiu do entendimento desta Corte Superior.

Recurso de revista conhecido e provido.

Nota-se, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, através do citado RE 598,998/PI, fixou a tese de repercussão geral, segundo a qual: “A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados”.

⁷ Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=199616&anoInt=2015>>

A tendência, a despeito da decisão do Tribunal Superior do Trabalho, é de que a necessidade de motivação nas demissões de *servidores* de sociedades de economia mista e empresa pública se expanda para os demais servidores ligados às *pessoas jurídicas de direito privado* ligadas à Administração Pública Indireta.

4.5.1.3. Servidores temporários ou emergenciais

Como o próprio nome induz, os *servidores temporários* são aqueles contratados em razão de situação emergencial de *interesse público*, durando o seu contrato tempo determinado.

Esta espécie de contratação de *servidores públicos* está prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal e disciplinada na Lei nº 8.745/93, estipulando o seu art. 1º:

Art. 37, IX, da Constituição Federal. A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

• • • •

Art. 1º da Lei nº 8.745/93. Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

Em virtude do exposto, podemos concluir que a contratação de *servidores temporários* está atrelada à observância de dois elementos, quais sejam:

- (i) **Urgência incompatível com a realização de concurso;**
- (ii) **Necessidade temporária, que dispense provimento de natureza permanente.**

Uma vez contratados, não serão regidos por CLT nem por estatuto, mas por *regime especial*. Nesse caso, todos os elementos que regerão a atividade prestada pelo *servidor temporária* estarão previstos em contrato específico.

4.5.2. Cargo, Emprego e Função Pública

Convém que apresentemos a diferenciação desses três elementos, porquanto a Constituição Federal emprega todos eles na designação das diferentes atividades que os *servidores públicos* podem exercer.

A utilização desses elementos está atrelada ao surgimento gradual dos vários regimes sob os quais os *servidores públicos* exercem seus poderes delegados.

Pois, vejamos:

(i) **Cargo público** – de início, somente era possível a distribuição de poder aos funcionários públicos por meio de cargos (mais simples e indivisível unidade de competência expressa por um agente), sendo os indivíduos a eles ligados regidos por meio de estatuto, ou seja, em regime *estatutário*, criados por lei responsável pela

definição de seus direitos e obrigações (Estatuto dos Funcionários Públicos – Lei nº 8.112/90).

Em relação aos cargos, é possível que façamos alguns comentários específicos.

Em se tratando de cargos públicos, serão organizados em carreiras, ocasião na qual é permitida a progressão, estimulando os servidores a executarem suas funções com maior empenho, evitando a acomodação, ou de forma isolada, quando não há possibilidade de progressão.

Por fim, é garantido ao Presidente da República a prerrogativa de extinguir, por meio de decreto, *cargos vagos*. É o que determina o art. 84, XXV, da Constituição Federal:

Art. 84 da Constituição Federal. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei.

São três as modalidades de *cargo público*:

(i.i) *Cargo em comissão* – são cargos cuja admissão se dá sem a necessidade de concurso público, porquanto os indivíduos são nomeados livremente pela autoridade administrativa em razão de relação de confiança. Contudo, não se confunde com a *função de confiança*.

O referido cargo encontra-se disposto no inc. V do art. 37 da Constituição:

Art. 37, V, da Constituição Federal. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Nota-se, diante da leitura do inciso, que os servidores detentores de *cargo em comissão* somente poderão atuar em função de *direção, chefia e assessoramento*.

Importante comentarmos acerca dos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal quanto à espécie de *cargo* aqui estudada.

Primeiramente, decidiu o STF no acórdão que segue:

EMENTA

Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas ou provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição.

2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria.

3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

4. Fixada a seguinte tese: a) A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) tal criação deve pressupor necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.

Significa dizer, portanto, que além dos elementos já por nós destacados, é necessário que os *cargos em comissão* guardem proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir, bem como com o número de *cargos efetivos* dispostos perante o *ente federativo* que os criou.

Ademais, também se posicionou o STF através da Súmula Vinculante nº 13, acerca do não respeito ao *Princípio da Moralidade*, regente da Administração Pública:

Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Por fim, insta informar que o próprio Supremo Tribunal Federal fragilizou o alcance da Súmula Vinculante transcrita, sustentando que seus dizeres só se aplicam a cargos de natureza administrativa e afastando a vedação do nepotismo para cargos políticos.

(i.ii) *Cargo vitalício* – tem-se por *cargo vitalício* aquele ocupado por alguns funcionários *específicos*, quais sejam: *magistrados, Ministros e Conselheiros das Cortes de Contas*.

Os referidos cargos são revestidos de garantias, somente sendo possível a desoneração por meio de *sentença judicial transitada em julgado* que assim determine.

A vitaliciedade do cargo, porém, não estará presente desde o início da execução da atividade, mas somente após alcançado dois anos de exercício, momento em que se encerra o denominado *período probatório*.

Em regra, a vitaliciedade está atrelada ao concurso em que o indivíduo é aprovado. Contudo, quando se fala em Ministro, isso não ocorre, porquanto não há concurso público, tendo em vista que o indivíduo é nomeado.

(i.iii) Cargo de provimento efetivo – por fim, a última espécie de *cargo público* é o denominado *cargo de provimento efetivo*. Trata-se da espécie em que a grande maioria dos *servidores públicos* se enquadra. Aqui, o cargo é atingido por meio de concurso público, sendo o aprovado efetivado por meio de nomeação e posse, regendo-se por regime estatutário.

Igualmente ao *cargo vitalício*, é necessário que transcorra o prazo denominado *estágio probatório* para que lhe seja conferida a estabilidade no *cargo*. Nesse caso, porém, o prazo será de três anos, devendo o *servidor*, ainda, ser aprovado em avaliação especial de desempenho, na qual se levará em consideração a assiduidade, disciplina, responsabilidade e produtividade do *servidor*.

É o que determina o *caput* e o §4º do art. 41 da Constituição Federal:

Art. 41, caput, da Constituição Federal. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

[...]

§4º. Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial do desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

(ii) Emprego público – uma vez que a Constituição Federal passou a permitir a contratação de *servidores públicos* regidos por meio da CLT, foi necessário a criação de uma nova nomenclatura para que não houvesse confusão. Nesse sentido, passou-se a dizer serem os *servidores públicos* regidos pela CLT titulares de *emprego público*;

(iii) Função pública – ocorre que em alguns casos não era possível enquadrar o *servidor público* em nenhum dos dois elementos anteriormente explicados, motivo pelo qual surgiu a terceira definição. Assim, entende-se titular de *função pública* o *servidor público* não integrante de nenhum dos dois regimes anteriores.

Segundo a doutrina, são dois os tipos de *função pública*:

1. a função exercida por servidores contratados temporariamente com base no artigo 37, IX, para a qual não se exige, necessariamente, concurso público, porque, às vezes, a própria urgência da contratação é incompatível com a demora do procedimento; a Lei nº 8.112/90 definia, no artigo 233, §3º, as hipóteses em que o concurso era dispensado; esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 8.754, de 9-12-93, que agora disciplina a matéria, com as alterações posteriores;

2. as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, assessoramento ou outro tipo de atividade para a qual o legislador não crie o

cargo respectivo; em geral, são funções de confiança, de livre provimento e exoneração; a elas se refere o art. 37, V, ao determinar, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, que “as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

4.5.3. Estabilidade do servidor público

Como vimos quando do estudo dos cargos, os indivíduos detentores de *cargo vitalício e cargo de provimento efetivo* gozam de *estabilidade*, cada um deles de acordo com um parâmetro específico, conforme já explicamos, sendo coincidente aos dois o denominado *estágio probatório*.

Surge uma pergunta: *é possível que o servidor seja exonerado durante o estágio probatório?* Sim. Para tanto, contudo, é necessário lhe seja assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Em relação aos *servidores* detentores de *emprego*, porém, em regra, não há o que se falar em *estabilidade*, uma vez que são regidos pela CLT. Contudo, o artigo em que está disposta a estabilidade (art. 41 da Constituição Federal) teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Anteriormente à referida alteração, era a sua redação:

Art. 41, caput, da Constituição Federal (anteriormente à Emenda Constitucional nº 19/98). São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público.

Nota-se, portanto, não haver qualquer especificação quanto à espécie de atividade exercida pelo *servidor*, motivo pelo qual o entendimento é fixo no sentido de que têm direito à estabilidade os *servidores* detentores de emprego que o assumiram anteriormente à publicação da referida Emenda. Aqui, aplicar-se-á o disposto na Súmula nº 390 do Tribunal Superior do Trabalho:

Súmula nº 390 do TST

ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 229 e 265 da SBDI-1 e da Orientação Jurisprudencial nº 22 da SBDI-2) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

I – o servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex -OJs nºs 265 da SBDI-1 – inserida em 27.09.2002 – e 22 da SBDI-2 – inserida em 20.09.2000)

II – ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ nº 229 da SBDI-1 – inserida em 20.06.2001)

Uma vez que seja reconhecida a estabilidade do servidor, somente é possível a sua perda diante de situações específicas. As situações estão dispostas no §1º do art. 41 da Constituição Federal:

Art. 41, §1º, da Constituição Federal. O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença transitada em julgada;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Além das hipóteses acima elencadas, é necessário que nos atentemos ao disposto no art. 169, §4º. Vejamos:

Art. 169 da Constituição Federal. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

[...]

§3º. Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no caput, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências:

I – redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança;

II – exoneração dos servidores não estáveis.

§4º. Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.

Portanto, são as hipóteses em que o *servidor estável* poderá perder sua estabilidade:

(i) **Sentença judicial transitada em julgado;**

(ii) **Processo administrativo garantida a ampla defesa;**

(iii) **Procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada a ampla defesa;**

(iv) **Cortes decorrentes da Lei de Responsabilidade Fiscal.**

4.5.4. Concurso público

4.5.4.1. Conceito e princípios

Concurso público é o procedimento administrativo por meio do qual é realizada a seleção daqueles que ocuparão *empregos* ou *cargos públicos* (*efetivos* ou *vitalícios*), conforme determina o art. 37, II, da Constituição Federal:

Art. 37, II, da Constituição Federal. A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

São dois os princípios através dos quais o *concurso público* é regido, quais sejam:

(i) **Princípio da igualdade** – através do referido princípio, o concurso público se põe como barreira às escolhas subjetivas feitas pelo administrador público, exigindo a realização de procedimento de seleção daqueles considerados mais aptos;

(ii) **Princípio da moralidade** – aqui, a intenção é fazer com que o concurso público seja procedimento moralmente justo, dando oportunidade equânime para que a população possa ser investida de cargo ou emprego público.

4.5.4.2. Vedação ao desvio de função

O concurso público será específico para cada cargo ou emprego público. Tendo isso em mente, uma vez aprovado o indivíduo, posteriormente à nomeação e posse, será investido de poderes específicos.

Em virtude disso, não é possível, quando investido, extrapole os poderes a ele conferidos pelo cargo ou emprego. Extrapolando-os, incidirá no chamado *desvio de função*, podendo, inclusive, ser punido por tais atos, sendo eles, em regra, considerados nulos.

Significa dizer, portanto, que ainda que efetue atividade diversa daquela para que foi investido, não há o que se falar em reconhecimento da titularidade daquela função, tendo em vista que tal fato violaria diretamente o princípio a que é destinado o concurso público.

4.5.4.3. Quem poderá ser investido em cargo ou emprego público?

Determina o art. 37, I, da Constituição Federal:

Art. 37, I, da Constituição Federal. Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

A Constituição, portanto, estabelece dois elementos. Poderão ser investidos em cargo ou emprego público:

(i) **Brasileiros ou estrangeiros;**

(ii) **Desde que preenchidos os requisitos estabelecidos em lei.**

Nota-se, portanto, que o texto da Carta Magna não se ateve a elencar quais são os requisitos, delegando tal função a lei ordinária. Trata-se, portanto, de *norma de eficácia limitada*, necessitando de lei que a regulamente.

A lei a que o dispositivo se refere é o que denominamos *edital*, no qual devem constar os requisitos e discriminado o procedimento por meio do qual se realizará o concurso público, em respeito ao *Princípio da Legalidade*.

Em relação ao *Princípio da Legalidade* nos concursos públicos, assim já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:

Apenas a lei em sentido formal (ato normativo emanado do Poder Legislativo) pode estabelecer requisitos que condicionem ingresso no serviço público. As restrições e exigências que emanem de ato administrativo de caráter infralegal revestem-se de inconstitucionalidade. (José Celso de Mello Filho em Constituição Federal Anotada). Incompatibilidade de imposição de tempo de prática forense e de graduação no curso de Direito, ao primeiro exame, com a ordem constitucional. (ADI 1188 MC/DF, rel.: Min. Marco Aurélio, j. 23/02/1995)

4.5.4.4. Não exigem concurso público

Como dito, os concursos públicos somente são exigidos para o ingresso em cargo (*efetivo ou vitalício*) ou *emprego público*. Significa dizer, portanto, que não é necessário a realização do referido procedimento quando se tratar de: (i) *cargo em comissão*; (ii) *mandatos eletivos*; (iii) *contraprestações temporárias*; (iv) *hipóteses previstas na Constituição Federal* (ex.: nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal).

4.5.4.5. Espécies de concurso público

São duas as espécies de concurso público, quais sejam:

(i) **Concurso de provas**; ou

(ii) **Concurso de provas e títulos**.

A partir do exposto, portanto, chega-se ao entendimento de que não é possível seja o concurso público baseado unicamente em títulos, porquanto não seria possível adotar o critério eliminatório do *concurso de provas*, havendo, nesse caso, violação direta ao *princípio da igualdade* sobre o qual se baseiam os concursos.

Ademais, importante ressaltar que não o exercício de função pública não será considerado como título para fins de *concurso público*, tendo em vista que violaria o *princípio da isonomia*.

4.5.4.6. Prazo de validade dos concursos públicos

Determina o art. 37, III, da Constituição Federal:

Art. 37, III, da Constituição Federal. O prazo de validade do concurso público será de dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.

O ponto a que devermos nos ater aqui é a *não prorrogação*. Conforme determina o inciso acima transcrito, o concurso terá validade de dois anos, podendo a Administração Pública, se necessário, prorrogá-lo uma vez por igual período.

A pergunta que se faz é: *não havendo a referida prorrogação, é possível seja aberto novo concurso público?* Não! Ora, se fora aberto o concurso é porque havia a necessidade de servidores na área para a qual seriam destinados. Uma vez não prorrogado, presumir-se-ia a superveniência da desnecessidade de servidores daquela estirpe. Por isso, a não prorrogação do prazo de validade seguido da abertura de novo concurso de mesma natureza, nomeando-se os candidatos desse em detrimento daquele, configuraria *desvio de finalidade*.

Significa dizer, portanto, que surgindo novas vagas para os cargos ou empregos em virtude dos quais fora aberto o primeiro concurso, estando válido, é necessário sejam nomeados os indivíduos que dele participaram.

Isso não significa, no entanto, que é vedada a abertura de novo concurso de mesma espécie. Basta que, antes, sejam observados os indivíduos aprovados em concurso anterior, dando-lhes preferência a Administração Pública. É o disposto no inc. IV, do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37, IV, da Constituição Federal. Durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Cumpra dizer, ainda, que o raciocínio acima criado não se aplica na esfera federal, porquanto tal ato é expressamente vedado pelo disposto no art. 12, §2º, da Lei nº 8.112/90:

Art. 12, §2º, da Lei nº 8.112/90. Não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado.

4.5.4.7. Do edital

4.5.4.7.1. Conceito

Como dito anteriormente e seguindo entendimento do Supremo Tribunal Federal, o edital é a *lei do concurso público*, nele devendo constar todos os requisitos observados pelos candidatos, bem como o procedimento por meio do qual se realizará, efetivamente, a seleção.

4.5.4.7.2. Do controle de legalidade por parte do Poder Judiciário

Aqui, responderemos a duas questões, quais sejam:

(i) **Poderá ser o edital modificado após a sua publicação?**

(ii) **Compete ao Poder Judiciário, diante de ilegalidade, servir como banca do concurso público?**

Em relação à primeira questão, é o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008).

2. Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira. Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005).

3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambiguidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007.

4. A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade, pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. 5. Ordem denegada.

Significa dizer, portanto, que, em regra, não há o que se falar em alteração do edital do concurso após a sua publicação. Excepcionalmente, porém, quando diante de alteração da lei que regulamenta a carreira para a qual é destinado o concurso público, é possível sejam as regras do edital alteradas.

No tocante à segunda pergunta, igualmente, remetemo-nos a acórdão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DA PROVA OBJETIVA. DEMONSTRAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO E AOS DEMAIS CANDIDATOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA OBSERVADO. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO COMPROVADOS. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DAS QUESTÕES EM DECORRÊNCIA DE ERRO GROSSEIRO DE CONTEÚDO NO GABARITO OFICIAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA.

1. A anulação, por via judicial, de questões de prova objetiva de concurso público, com vistas à habilitação para participação em fase posterior do certame, pressupõe a demonstração de que o Impetrante estaria habilitado à etapa seguinte caso essa anulação fosse estendida à totalidade dos candidatos, mercê dos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da eficiência.

2. O Poder Judiciário é incompetente para, substituindo-se à banca examinadora de concurso público, reexaminar o conteúdo das questões formuladas e os critérios de correção das provas, consoante pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (v.g., MS 30433 AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES; AI 827001 AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA; MS 27260/DF, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Red. para o acórdão Min. CÂRMEN LÚCIA), ressalvadas as hipóteses em que restar configurado, tal como in casu, o erro grosseiro no gabarito apresentado, porquanto caracterizada a ilegalidade do ato praticado pela Administração Pública.

3. Sucede que o Impetrante comprovou que, na hipótese de anulação das questões impugnadas para todos os candidatos, alcançaria classificação, nos termos do edital, habilitando-se a prestar a fase seguinte do concurso, mediante a apresentação de prova documental obtida junto à Comissão Organizadora no exercício do direito de requerer certidões previsto no art. 5º, XXXIV, b, da Constituição Federal, prova que foi juntada do concurso público.

4. Segurança concedida, em parte, tornando-se definitivos os efeitos das liminares deferidas.

Portanto, somente caberá ao Poder Judiciário a análise da legalidade do edital, combatendo possíveis fraudes, não podendo, logo, assumir o papel da banca examinadora.

4.5.4.7.3. Proibição de discriminação

É a disposição do art. 39, §3º, da Constituição Federal:

Art. 39, §3º, da Constituição Federal. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

[...]

Art. 7º da Constituição Federal. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

[...]

VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

[...]

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

[...]

XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

[...]

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

[...]

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

[...]

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Nota-se que o referido dispositivo elenca a aplicação de inúmeros direitos trabalhistas ao *servidor público*. Dentre elas, no que tange aos *concursos públicos*, convém que nos atentemos ao referido inc. XXX do art. 7º da Constituição Federal, segundo o qual há *proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil*.

Em que pese a regra, cumpre informar que há exceções, ocasiões nas quais a própria lei determina e possibilita sejam adotados critérios de discriminação – ex.: concurso que exige ser o candidato do sexo feminino para ingressar na função de agente penitenciário em penitenciária feminina.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, é somente por lei que podem ser estabelecidos critérios discriminatórios, desde que observados os critérios referentes à natureza do cargo.

4.5.4.7.4. Exame psicotécnico

É o teor da Súmula Vinculante nº 44:

Súmula Vinculante nº 44. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público.

Determina, inclusive, o precedente representativo da referida Súmula Vinculante:

Antiga é a jurisprudência desta Corte no sentido de que a exigência de avaliação psicológica ou teste psicotécnico, como requisito ou condição necessária ao acesso a determinados cargos públicos de carreira, somente é possível, nos termos da CF /1988, se houver em lei sentido material (ato emanado do Poder Legislativo) que expressamente a autorize, além de previsão no edital do certame. Ademais, o exame psicotécnico necessita de um grau mínimo de objetividade e de publicidade dos atos em que se procede. A inexistência desses requisitos torna o ato ilegítimo, por não possibilitar o acesso à tutela jurisdicional para a verificação de lesão de direito individual pelo seu desses critérios (AI 758.533 QO-RG, voto do rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 23-6-2010, DJE 149 de 13-8-2010, Tema 338).

Logo, em se tratando de exame psicotécnico previsto em lei, é necessário adote critérios objetivos de avaliação, devendo permitir, ainda, o reexame diante da reprovação, não devendo ser elemento capaz de eliminar o candidato do certame.

4.5.4.7.5. Prova de aptidão física e candidatas grávidas

É o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO, APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ. NEGATIVA DA ADMINISTRAÇÃO EM REALIZAR O TESTE DE APTIDÃO FÍSICA DA CANDIDATA, GRÁVIDA DE 24 (VINTE E QUATRO) SEMANAS, EM DATA DIVERSA. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PROTEÇÃO DA GRAVIDEZ, DA MATERNIDADE E DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR. CASO DE FORÇA MAIOR QUE ADMITE A REALIZAÇÃO DE SEGUNDA CHAMADA. EXEGESE DO ENUNCIÁRIO Nº 40 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. RESERVA DA VAGA. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

Significa dizer, portanto, que em se tratando de candidata grávida, é possível seja o teste de aptidão física prorrogado para período posterior, protegendo-se a gravidez em si, a maternidade e o planejamento familiar.

Nesse caso, a candidata não perderá a vaga, permanecendo, logo, garantida até que se realize o referido exame.

4.5.4.7.6. Investigação social e investigação criminal

Uma das fases do concurso público é a denominada *investigação social*. A referida fase tem por objetivo analisar a vida pregressa do candidato, de modo a averiguar a sua idoneidade para a ocupação do cargo a que se volta o concurso.

Diante de tal procedimento, é possível, inclusive, sejam consultados amigos, vizinhos, familiares e conhecidos do candidato para o fim de lhe saber a reputação.

A pergunta que se faz é a seguinte: *pode o candidato ser eliminado em função da existência de investigação criminal contra ele?*

Assim já decidiu o C. STJ:

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO SOCIAL. EXCLUSÃO. CANDIDATO. INSTAURAÇÃO. INQUÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. PROTEÇÃO. PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA. STF E STJ.

1. A mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação. Jurisprudência.

2. A decisão monocrática que confirma essa jurisprudência para dar a preceito legal estadual interpretação a ela conforme não ofende o postulado da reserva de plenário estabelecido no art. 97 da Constituição Federal da República tampouco ofende o teor da Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental não provido.

(STJ – AgRg no RMS: 39580 PE 2012/0244086-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 11/02/2014, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2014)

Através da leitura do acórdão acima transcrito, é possível chegarmos à conclusão de que não basta haja contra o candidato *investigação criminal* ou *procedimento penal em andamento*. Somente se justifica a eliminação do candidato perante a existência de prévia condenação penal transitada em julgado, ocasião na qual se entende não possuir o candidato reputação idônea à ocupação do cargo.

No mesmo sentido é a vedação de eliminação com base na inscrição do nome do candidato em cadastro de inadimplentes.

4.5.4.7.7. Concurso público e as tatuagens

É comum nos depararmos com a dúvida que paira sobre as pessoas acerca da vedação de tatuagens em servidores públicos. Diante de tal questão, pergunta-se: *é razoável a eliminação do candidato em virtude de possuir tatuagens?* Depende.

Para entendermos melhor, convém estudarmos a forma pela qual tem decidido o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 838 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TATUAGEM. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PARA O DESEMPENHO DE UMA FUNÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM

LEI FORMAL ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA CORTE. IMPEDIMENTO DO PROVIMENTO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA DECORRENTE DA EXISTÊNCIA DE TATUAGEM NO CORPO DO CANDIDATO. REQUISITO OFENSIVO A DIREITOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE, DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DA PROPORCIONALIDADE E DO LIVRE ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA ESTATAL DE QUE A TATUAGEM ESTEJA DENTRO DE DETERMINADO TAMANHO E PARÂMETROS ESTÉTICOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 5º, I, E 37, I E II, DA CRFB/88. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RESTRIÇÃO. AS TATUAGENS QUE EXTERIOREM VALORES EXCESSIVAMENTE OFENSIVOS À DIGNIDADE DOS SERES HUMANOS, AO DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA PRETENDIDA, INCITAÇÃO À VIOLÊNCIA IMINENTE, AMEAÇAS REAIS OU REPRESENTEM OBCENIDADES IMPEDEM O ACESSO A UMA FUNÇÃO PÚBLICA, SEM PREJUÍZO DO INAFASTÁVEL. JUDICIAL REVIEW. CONSTITUCIONALIDADE. INCOMPATIBILIDADE COM OS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA FUNÇÃO PÚBLICA A SER DESEMPENHADA. DIREITO COMPARADO. *IN CASU*, A EXCLUSÃO DO CANDIDADO SE DEU, EXCLUSIVAMENTE, POR MOTIVOS ESTÉTICOS. CONFORMAÇÃO DA RESTRIÇÃO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. CONTRARIEDADE ÀS TESES ORA DELIMITADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O princípio da legalidade norteia os requisitos dos editais de concurso público.

2. O artigo 37, I, da Constituição da República, ao impor, expressamente, que “os cargos, empregos e funções públicas são essenciais aos brasileiros que preenchem os requisitos estabelecidos em lei”, evidencia a frontal inconstitucionalidade de toda e qualquer restrição para o desempenho de uma função pública contida em editais, regulamentos e portarias que não tenham amparo legal. (Precedentes: RE 593198 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 01-10-2013; ARE 715061 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19-06-2013; RE 558833 AgR, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25-09-2009; RE 398567 AgR, Relator Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 24-03-2006; e MS 20.973, Relator Min. Paulo Brossard, Plenário, julgado em 06/12/1989, DJ 24-04-1992).

3. O legislador não pode escudar-se em uma pretensa discricionariedade para criar barreiras legais arbitrárias e desproporcionais para o acesso às funções públicas, de modo a ensejar a sensível diminuição do número de possíveis competidores e a impossibilidade de escolha, pela Administração, daqueles que são os melhores.

4. Os requisitos legalmente previstos para o desempenho de uma função pública devem ser compatíveis com a natureza e atribuições do cargo. (No mesmo sentido: ARE 678112 RG, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 25/04/2013, DJe 17-05-2013).

5. A tatuagem, no curso da história da sociedade, se materializou de modo a alcançar os mais diversos e heterogêneos grupos, com as mais diversas idades, conjurando a pecha de ser identificada como marca de marginalidade, mas, antes, de obra artística.

6. As pigmentações de caráter permanente inseridas voluntariamente em partes dos corpos dos cidadãos configuram instrumentos de exteriorização da

liberdade de manifestação do pensamento e de expressão, valores amplamente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro (CRFB/88, artigo 5º, IV e IX).

7. É direito fundamental do cidadão preservar sua imagem como reflexo de sua identidade, ressoando indevido o desestímulo estatal à inclusão de tatuagens no corpo.

8. O Estado não pode desempenhar o papel de adversário da liberdade de expressão, incumbindo-lhe, ao revés, assegurar que minorias possam se manifestar livremente.

9. O Estado de Direito republicano e democrático, impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade.

10. A democracia funda-se na presunção em favor da liberdade do cidadão, o que pode ser sintetizado pela expressão germânica “*Freiheitsvermutung*” (presunção de liberdade), teoria corroborada pela doutrina norte-americana do primado da liberdade (*preferred freedom doctrine*), razão pela qual o Estado contemporâneo se impõe o estímulo ao livre intercâmbio de opiniões em um mercado de ideias (*free marketplace of ideas* a que se refere John Milton) indispensável para a formação da opinião pública.

11. Os princípios da liberdade e da igualdade, este último com esteio na doutrina da desigualdade justificada, afazem exsurgir o reconhecimento da ausência de qualquer justificativa para que a Administração Pública visualize, em pessoas que possuem tatuagens, marcas de marginalidade ou de inaptidão física ou mental para o exercício de determinado cargo público.

12. O Estado não pode considerar aprioristicamente como parâmetro discriminatório para o ingresso em uma carreira pública o fato de uma pessoa possuir tatuagens, visíveis ou não.

13. A sociedade democrática brasileira pós-88, plural e multicultural, não acolhe a idiosincrasia de que uma pessoa com tatuagens é desprovida de capacidade e idoneidade para o desempenho das atividades de um cargo público.

14. As restrições estatais para o exercício de funções públicas originadas do uso de tatuagens devem ser excepcionais, na medida em que implicam uma interferência incisiva do Poder Público em direitos fundamentais diretamente relacionados ao modo com o ser humano desenvolve a sua personalidade.

15. A cláusula editalícia que cria condição ou requisito capaz de restringir o acesso a cargo, emprego ou função pública por candidatos possuidores de tatuagens, pinturas ou marcas, quaisquer que sejam suas extensões e localizações, visíveis ou não, desde que não representem símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida, incitação à violência iminente, ameaças reais ou representem obscenidades, é inconstitucional.

16. A tatuagem considerada obscena deve submeter-se ao *Miller-Test* que, por seu turno, reclama três requisitos que repugnam essa forma de pigmentação, a saber: (i) o homem médio, seguindo padrões contemporâneos da comunidade, considere que a obra, tida como um todo, atrai o interesse lascivo; (ii) quando a

obra retrata ou descreve, de modo ofensivo, conduta sexual, nos termos do que definido na legislação estadual aplicável; (iii) quando a obra, como um todo, não possua um sério valor literário, artístico, político ou científico.

17. A tatuagem que incite a prática de uma violência iminente pode impedir o desempenho de uma função pública quando ostentar a aptidão de provocar uma reação violenta imediata naquele que a visualiza, nos termos do que predica a doutrina norte-americana das “*fighting words*”, como, v.g., “morte aos delinquentes”.

18. As teses objetivas fixadas em sede de repercussão geral são: (i) os requisitos do edital para o ingresso em cargo, emprego ou função pública devem ter por fundamento lei em sentido formal e material; (ii) editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

19. *In casu*, o acórdão recorrido extraordinariamente assentou que “a tatuagem do ora apelado não atende aos requisitos do edital. Muito embora não cubra todo o membro inferior direito, está longe de ser de pequenas dimensões. Ocupa quase a totalidade lateral da panturrilha e, além disso, fica visível quando utilizados os uniformes referidos no item 5.4.8.3. É o quanto basta para se verificar que não ocorreu violação a direito líquido e certo, denegando-se a segurança”. Verifica-se dos autos que a reprovação do candidato se deu, apenas, por motivos estéticos da tatuagem que o recorrente ostenta.

19.1. Consectariamente o acórdão recorrido colide com as duas teses firmadas neste repercussão geral: (i) a manutenção de inconstitucional restrição elencada em edital de concurso público sem lei que a estabeleça; (ii) a confirmação de cláusula de edital que restringe a participação, em concurso público, do candidato, exclusivamente por ostentar tatuagem visível, sem qualquer simbologia que justificasse, nos termos assentados pela tese objetiva de repercussão geral, a restrição de participação no concurso público.

19.2. Os parâmetros adotados pelo edital impugnado, mercê de não possuírem fundamento de validade em lei, revelam-se preconceituosos, discriminatórios e são desprovidos de razoabilidade, o que afronta um dos objetivos fundamentais do País consagrado na Constituição da República, qual seja, o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

20. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.

Do acórdão exposto, é possível retirarmos as seguintes conclusões. Em regra, a tatuagem não é elemento suficiente para ensejar a eliminação de candidato de concurso público, salvo quando a referida tatuagem incidir nos casos excepcionais, ocasião na qual violam os preceitos fundamentais incorporados à Constituição Federal, ensejando a sua eliminação, quais sejam:

(i) **Símbolos ou inscrições alusivas a ideologias que exteriorizem valores excessivamente ofensivos à dignidade dos seres humanos, ao desempenho da função pública pretendida;**

(ii) **Incitação à violência iminente;**

(iii) **Ameaças reais;**

(iv) **Obscenidades.**

Diante de candidato possuidor de tatuagem, cabe à Administração Pública proceder a sua análise, podendo recorrer, quando necessário ao Poder Judiciário.

4.5.4.7.8. Políticas de ação positiva

4.5.4.7.8.1. Cotas para deficientes

Determina o art. 37, VIII, da Constituição Federal:

Art. 37, VIII, da Constituição Federal. A lei reservará percentual dos cargos empregos públicos para as pessoas portadores de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

A partir da leitura do referido inciso, notamos que cabe ao Estado resguardar a dignidade das pessoas com deficiência, de modo a fazê-las atuar na sociedade com total vigor e capacidade, ocupando papeis importantes.

Além da disposição acima transcrita, há previsões legais diversas. Vejamos:

Art. 5º, §2º, da Lei nº 8.112/90. Às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso.

• • • •

Art. 37 do Decreto nº 3.298/99. Fica assegurado à pessoa portadora de deficiência o direito de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que é portador.

§1º. O candidato portador de deficiência, em razão da necessária igualdade de condições, concorrerá a todas as vagas, sendo reservado no mínimo o percentual de cinco por cento em face da classificação obtida.

§2º. Caso a aplicação do percentual de que trata o parágrafo anterior resulte em número fracionado, este deverá ser elevado até o primeiro número inteiro subsequente.

Portanto, em se tratando da *esfera federal*, é necessário que sejam reservadas vagas específicas às pessoas com deficiência, variando entre 5 a 20% do número de vagas.

Aqui, convém uma pergunta: *e quando o concurso prevê somente algumas vagas (ex.: duas vagas)?* Nesse caso, não se observará a reserva de vagas para deficientes, havendo seleção sem cotas.

Em virtude do acima exposto, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que é necessário haja proporcionalidade na convocação, não se admitindo a convocação de todos os não deficientes antes dos deficientes.

A Min. Rosa Weber, inclusive, esboça interessante raciocínio para espairecer o entendimento fixado:

[...]

Ocorre que, havendo uma única vaga original no concurso [destinada à pessoa com deficiência], 5% dela é 0,05 vaga. O art. 37, §2º, do Decreto 3.298/99 obriga o arredondamento dessa fração para o primeiro número inteiro subsequente, o que dá 1. Mas 1 é 100% de uma vaga disponível; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20% das vagas previsto no art. 5º, §2º, da Lei 8.112/90.

Suponhamos, porém, que surja uma segunda vaga, como de fato ocorreu. Ora, é evidente que essa segunda vaga não pode ter seu cálculo realizado de forma independente, apenas porque, no aspecto temporal, há solução de continuidade entre as nomeações; trata-se do mesmo edital, mesmo concurso e da mesma lista de aprovados. Tal interpretação resta vedada por absurda, na medida em que ela redundaria na eterna repetição da contagem realizada acima, e da qual jamais resultaria a nomeação de um portador de deficiência, ainda que nomeados centena de aprovados.

Portanto, considerando-se agora duas vagas no concurso, 5% é 0,1 vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 50% de duas vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Surge uma terceira vaga. Agora, 5% é 0,15% vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é aproximadamente 33,33% de três vagas; portanto, não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Com a quarta vaga, 5% é 0,2% vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Mas 1 é 25% de quatro vagas; portanto, ainda não há vagas para deficientes, dado o teto de 20%.

Na quinta vaga, tem-se que 5% é 0,25% vaga, que, arredondada para o primeiro número inteiro, dá 1. Ora, 1 é, justamente, 20% de cinco vagas; portanto, todas as regras legais se encontram, aqui, simultaneamente atendidas. A quinta vaga deve ser atribuída à lista especial, não à lista geral, porque atendidas todas as condições.

Significa dizer, portanto, que as vagas devem ser preenchidas alternativamente. A cada cinco vagas geradas, uma deve ser destinada à pessoa com deficiência, porquanto $1/5$ de 5 vagas é justamente os 20% que a lei estabelece como teto para a designação de vagas com cotas para deficientes.

Para finalizar, façamos mais uma pergunta: *e em relação aos casos em que a deficiência do candidato é incompatível com o exercício da atividade? Quando a referida incompatibilidade será averiguada?* Nesse sentido, é o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO PÚBLICO. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATA IMPETRANTE EM EXAME MÉDICO. AVALIAÇÃO DA COMPATIBILIDADE ENTRE AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO E A DEFICIÊNCIA DO CANDIDATO QUE SOMENTE DEVERIA SER FEITA POR EQUIPE

MULTIPROFISSIONAL DURANTE O ESTÁGIO PROBATÓRIO. ART. 43 DO DECRETO N. 3.298/99. CONFIGURAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

I – Na origem, trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar, contra ato do Presidente da Comissão Examinadora do Concurso Público para Provimento de Cargo de Escrevente Técnico Judiciário do TJSP, que a considerou a parte impetrante inapta em exame médico por ser portadora de distonia focal, deficiência incompatível com o exercício do cargo.

II – Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso ordinário.

III – O Tribunal Estadual concluiu que “as questões fáticas relativas aos laudos produzidos no período de avaliação não podem ser elucidadas no Mandado de Segurança, em virtude de seu rito sumário especial que não admite dilação probatória (fl. 208).

IV – A perícia, que, concluiu que a deficiência da Impetrante é incompatível com a função a ser desempenhada, foi anterior à nomeação e posse do cargo público, o que ocasionou sua exclusão do concurso.

V – Ocorre que, de acordo com as disposições do Decreto n. 3.298, de 20 de novembro de 1999, a avaliação da compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência do candidato somente deveria ser feita por equipe multiprofissional durante o estágio probatório.

VI – a parte imperante alega afronta ao art. 43 do decreto 3.298/99, desde as razões na exordial (fl. 7), no tocante à equipe multidisciplinar, cuja avaliação a seu cargo, acerca da compatibilidade com as atribuições do cargo, deve ocorrer durante o estágio probatório, conforme disciplina o referido artigo.

VII – Configurado o direito líquido e certo da parte impetrante, deve ser dado provimento o recurso em mandado de segurança, para determinar a reinserção da impetrante na lista especial e geral de aprovados, sem prejuízo da avaliação quanto à compatibilidade entre as atribuições do cargo e a deficiência durante o estágio probatório.

VII – Agravo interno improvido.

Conforme decisão unânime da Colenda Corte, é necessário seja observada a disciplina do art. 43 do Decreto nº 3.298/99, segundo o qual a análise da incompatibilidade da deficiência ao cargo deve ser feita por equipe multidisciplinar durante o *estágio probatório*.

Em que pese o acórdão acima transcrito, convém citarmos duas Súmulas deste Tribunal que se contradizem:

Súmula nº 377 do Superior Tribunal de Justiça. O portador de visão monocular tem direito de concorrer, em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes.

Súmula nº 552 do Superior Tribunal de Justiça. O portador de surdez unilateral não se qualifica como pessoa com deficiência para o fim de disputar as vagas reservadas em concursos públicos.

4.5.4.7.8.2. Cotas para negros

Determina o art. 1º da Lei nº 12.990/2014:

Art. 1º da Lei nº 12.990/2014. Ficam reservadas aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das funções públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União, na forma desta Lei.

§1º. A reserva de vagas será aplicada sempre que o número de vagas oferecidas no concurso público for igual ou superior a 3 (três).

§2º. Na hipótese de quantitativo fracionado para o número de vagas reservadas a candidatos negros, esse será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que 0,5 (cinco décimos), ou diminuindo para inteiro imediatamente inferior, em caso de fração menor que 0,5 (cinco décimos).

§3º. A reserva de vagas a candidatos negros constará expressamente dos editais dos concursos públicos, que deverão especificar o total de vagas correspondentes à reserva para cada cargo ou emprego público oferecido.

Nota-se, portanto, que a lei estabelece a necessidade de se reservarem 20% das vagas aos negros, devendo ser aplicada em todo o concurso que conta com três ou mais vagas, aumentando-se diante de fração igual ou maior que 0,5% ao número inteiro mais próximo e reduzindo-se diante de fração menor que 0,5% ao número inteiro mais próximo, igualmente.

Pergunta-se: *de que forma é averiguada a inclusão do indivíduo nas cotas?* Nesse sentido, é necessário seja observado o disposto no art. 2º, *caput*, da lei acima citada:

Art. 2º, caput, da Lei nº 12.990/2014. Poderão concorrer às vagas reservadas a candidatos negros aqueles que se autodeclararem pretos ou pardos no ato da inscrição no concurso público, conforme o quesito cor ou raça utilizado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Significa dizer que basta a pessoa se autodeclarar negra para ter direito a incluir-se nas vagas reservadas (critério da *autodeclaração*). Ocorre, contudo, que é possível a existência de declarações falsas. Nessa situação, deverá ser o candidato eliminado do concurso ou ter a sua nomeação anulada, reservando-lhe, claro, o contraditório e a ampla defesa, em conformidade com o disposto no *parágrafo único* do referido artigo:

Art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 12.990/2014. Na hipótese de constatação de declaração falsa, o candidato será eliminado do concurso e, se houver sido nomeado, ficará sujeito à anulação da sua admissão ao serviço ou emprego público, após procedimento administrativo em que lhe sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Ademais, diferentemente das cotas para deficientes, os indivíduos concorrentes às cotas de negros participarão de lista dupla. Ou seja, além de

concorrerem por meio das cotas, também estarão concorrendo perante as *vagas de ampla concorrência*.

Uma vez aprovados, sua nomeação deverá observar os critérios da proporcionalidade e da alternância, respeitando a porcentagem destinada às cotas para negros e deficientes, bem como as *vagas de ampla concorrência*.

É a determinação dos arts. 3º e 4º da Lei nº 12.990/2014:

Art. 3º da Lei nº 12.990/2014. Os candidatos negros concorrerão concomitantemente às vagas reservadas e às vagas destinadas à ampla concorrência, de acordo com a sua classificação no concurso.

§1º. Os candidatos negros aprovados dentro do número de vagas oferecido para ampla concorrência não serão computados para efeito do preenchimento das vagas reservadas.

§2º. Em caso de desistência de candidato negro aprovado em vaga reservada, a vaga será preenchida pelo candidato negro posteriormente classificado.

§3º. Na hipótese de não haver número de candidatos negros aprovados suficiente para ocupar as vagas reservadas, as vagas remanescentes serão revertidas para a ampla concorrência e serão preenchidas pelos demais candidatos aprovados, observada a ordem de classificação.

Art. 4º da Lei nº 12.990/2014. A nomeação dos candidatos aprovados respeitará os critérios de alternância e proporcionalidade, que consideram a relação entre o número de vagas total e o número de vagas reservada a candidatos com deficiência e a candidatos negros.

4.5.4.8. Diploma ou habilitação legal

A pergunta que aqui será respondida é: *em se tratando de concurso público que exige a apresentação de condição imprescindível à execução do cargo ou função, quando é necessário que esse elemento seja comprovado?* A resposta está no teor da Súmula nº 266 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 266 do Superior Tribunal de Justiça. O diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso.

Significa dizer, portanto, que havendo condição imprescindível, em regra, deverá o candidato demonstrá-la quando da posse. Há, contudo, exceções.

Por exemplo, no tocante aos concursos públicos para a magistratura, exige-se sejam os três anos de atividade jurídica⁸ exigida comprovados quando da inscrição

⁸ **Art. 93 da Constituição Federal.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

definitiva do candidato no concurso. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

A comprovação do triênio de atividade jurídica exigida para o ingresso no cargo de juiz substituto, nos termos do artigo 93, inciso I, da Constituição Federal, deve ocorrer no momento da inscrição definitiva no concurso público (STF. Plenário. RE 655265/DF, rel. Orig. Min. Luiz Fux, red. P/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 13/4/2016 (repercussão geral) (Info 821)

Diante do concurso para ingresso no Ministério Público o critério adotado era o mesmo da magistratura. Contudo, após alteração da Resolução nº 40/2009 pelas Resoluções nº 57/2010 e 87/2012, o referido concurso passou a se adequar à disciplina da Súmula nº 266 do C. STJ:

Art. 3º da Resolução nº 40/2009 do Ministério Público. A comprovação do período de três anos de atividade jurídica deverá ser documentada e formalizada para o ato da posse do candidato aprovado em todas as fases do concurso público.

4.5.4.9. Direitos do aprovado

Com o que já explicamos até aqui, é possível identificarmos dois *direitos do aprovado*. Vejamos:

(i) **Precedência** – trata-se do caso já visto, em que é necessário seja dada preferência à nomeação de candidatos aprovados em concurso anterior que ainda vige;

(ii) **Convocação por ordem de classificação** – além do que diz respeito à ordem, é necessário sejam respeitados os *princípios da proporcionalidade e da alternância*, principalmente no tocante às cotas (vagas reservadas).

Ademais, existem outros direitos dos aprovados. Vejamos:

(iii) **Direito subjetivo à nomeação** – o referido direito, conforme o próprio nome indica, determina que uma vez aprovado, o candidato terá *direito subjetivo à nomeação*. Significa dizer que durante a vigência do concurso no qual foi aprovado, não é possível seja realizada a abertura de novo concurso com a consequente nomeação e posse dos indivíduos nele aprovados, porquanto prevalece, como vimos, o direito vigente em razão de concurso anteriormente realizado.

Nesse sentido, é o teor da Súmula nº 15 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula nº 15 do Superior Tribunal de Justiça. Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação.

Também já se posicionou a Colenda Corte da seguinte forma acerca dos candidatos aprovados fora do número de vagas estipulado no edital do concurso:

O surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas

previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tático ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato. Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses:

I – Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital;

II – Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação;

III – Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima (RE 837.311, Rel. Min. Luiz Fix, P, j. 9-12-2015, DJe 72 de 18-4-2016, Tema 784).

Dessa forma, é certo que, uma vez vigente concurso anterior, não é possível seja estipulada a contratação de indivíduos para a mesma função a que o concurso se destinava, ainda que em caráter temporário, devendo haver a nomeação daqueles aprovados previamente em concurso ainda vigente.

Com efeito, podemos indicar a prevalência desse direito diante dos casos a seguir elencados:

(iii.i) Contratação temporária de pessoal para cargo em que haja candidato aprovado em concurso;

(iii.ii) Desistência de candidato nomeado dentro do número de vagas, dando o direito ao candidato subsequente;

(iii.iii) Preterição/não observância da ordem classificatória do concurso;

(iii.iv) Aprovação dentro do número de vagas estipulada no edital do concurso.

Por fim, cumpre informar que havendo um prazo de vigência do concurso (dois anos, prorrogável uma única vez por mais dois anos), é prerrogativa da Administração Pública escolher o momento oportuno para a nomeação dos candidatos aprovados. A partir desse pensamento e em virtude do direito ora estudado, podemos concluir não ser admissível a existência de cargo vago, previsto em lei orçamentária, uma vez que haja candidatos aprovados em concurso destinado à sua ocupação, ou seja, não pode a Administração Pública, criando o concurso, indicar a não mais pretensão de preencher as vagas a que se destinava.

O Supremo Tribunal Federal, por outro lado, fixou as ocasiões em que é possível opte a Administração Pública pela não nomeação dos candidatos aprovados. É o que decidiu no RE 598.099:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.

[...]

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de *situações excepcionalíssimas* que justifiquem *soluções diferenciadas*, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) *Superveniência*: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente *posteriores* à publicação do edital do certame público; b) *Imprevisibilidade*: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) *Gravidade*: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) *Necessidade*: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente *motivada* e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

[...] (RE 598099 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-189 DIVULG 30-09-2011 PUBLIC 03-10-2011 EMENT VOL-02599-03 PP-00314 RTJ VOL-00222-01 PP-00521).

Da não observância do referido direito, cabe a interposição de *mandado de segurança*, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, sendo o prazo decadencial de 120 dias a contar da data da efetiva lesão a direito certo e líquido ou, quando se tratar de omissão, da data do término do prazo de validade do concurso:

Art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

4.5.5. Proibição de acumulação remunerada

É o que dispõem os incs. XVI e XVII do art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37 da Constituição Federal. [...]

[...]

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Em regra, portanto, veda a Constituição Federal a cumulação de remuneração em função da ocupação de cargo público, salvo diante das seguintes hipóteses, havendo compatibilidade de horários, não se prejudicando as funções cumuladas:

(i) **Cumulação de dois cargos de professor;**

(ii) **Cumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde;**

(iii) **Cumulação de um cargo de professor com um cargo técnico ou científico** – em relação a esta hipótese, convém aprofundarmos nos conceitos de *cargo técnico* e *cargo científico*, porquanto há divergência.

(iii.i) *Cargo técnico* – trata-se do cargo cuja execução depende de prévia qualificação em curso técnico específico; em regra, de nível médio;

(iii.ii) *Cargo científico* – por outro lado, *cargo científico* é aquele que exige do profissional a qualificação em virtude da aprovação em curso de nível superior, diretamente ligado à pesquisa de determinada área do conhecimento. Podemos citar como exemplos o direito, a medicina, a biologia, a matemática, a física etc.

De proêmio, cumpre informar que em virtude da necessidade de remuneração, em se tratando qualquer dos cargos de atividade não remunerada, não há o que se falar em prejuízo, podendo o indivíduo manter ambos.

Além do dispositivo acima transcrito, há outras ocasiões em que a Constituição Federal indica a vedação à cumulação de remunerações. Vejamos:

Art. 38 da Constituição Federal. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições;

[...]

III – investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior.

[...]

Art. 95, parágrafo único, da Constituição Federal. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério.

[...]

Art. 128, §5º, da Constituição Federal. Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

[...]

II – as seguintes vedações:

[...]

d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério.

[...]

Art. 142, §3º, da Constituição Federal. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

II – o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c”, será transferido para a reserva, nos termos da lei.

4.5.6. Vedação ao acúmulo de aposentadorias

É o que aduz o art. 37, §10, da Constituição Federal:

Art. 37, §10, da Constituição Federal. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

O referido dispositivo está diretamente ligado ao tópico anteriormente explicado, porquanto define como regra a impossibilidade de cumulação da percepção de proventos de aposentadoria, salvo no que se refere aos casos em que é possível a cumulação de cargos remunerados, indicados no tópico anterior.

4.5.7. Acúmulo de cargo público e mandato eletivo

Em se tratando de mandato eletivo, é possível haja o acúmulo com cargo público. Nesse caso, porém, é necessário sejam observados os elementos dispostos no art. 38 da Constituição:

Art. 38 da Constituição Federal. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I – tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função;

II – investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III – investido no mandato de Vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será aplicada a norma do inciso anterior;

IV – em qualquer caso que exija o afastamento para o exercício de mandato eletivo, seu tempo de serviço será contado para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento;

V – na hipótese de ser segurado de regime próprio de previdência social, permanecerá filiado a esse regime, no ente federativo de origem.

Por fim, importante reiterar que aos magistrados é vedada a cumulação com qualquer cargo, emprego ou função pública, salvo ao magistério. Portanto, optando pelo mandato eletivo, deverá se desligar do cargo de juiz.

4.5.8. Greve dos servidores públicos

Acerca do referido tema, dispõe o art. 37, VII, da Constituição Federal:

Art. 37, VII, da Constituição Federal. O direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

Segundo a doutrina, uma vez que a legislação acerca de *direito de greve* não é exclusiva da União, caberia a cada um dos entes políticos criar *lei específica* para disciplinar o assunto. Por outro lado, tratando-se de *empregados das estatais* regidos pelo *direito privado*, aplicar-se-á as disposições da Lei nº 7.783/89.

Em que pese a indicação de que cada ente deva legislar sobre o assunto, há omissão legislativa. Em virtude disso, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral, quanto às “atividades essenciais”, é especificamente delineada nos arts. 9º a 11 da Lei 7.783/1989. Na hipótese de aplicação dessa legislação geral ao caso específico do direito de greve dos servidores públicos, antes de tudo, afigura-se inegável o conflito de interesse entre as necessidades mínimas de legislação para o exercício do direito de greve dos servidores públicos civis (CF, art. 9º, *caput*, c/c art. 37, VII), de um lado, e o direito a serviços públicos adequados e prestados de forma contínua a todos os cidadãos (CF, art. 9º, §1º), de outro (MI 708, rel. min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007, P, DJE de 31-10-2008).

Ademais, o entendimento da Suprema Corte é no sentido de que os dias não trabalhados em função de greve configurarão suspensão do trabalho, não lhes sendo devida a remuneração dos dias paralisados:

DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES PÚBLICOS E DIREITO DE GREVE. ANÁLISE DA LEGALIDADE DO ATO QUE DETERMINOU O DESCONTO DOS DIAS PARADOS, EM RAZÃO DA ADESÃO A MOVIMENTO GREVISTA. DISCUSSÃO ACERCA DO ALCANCE DA NORMA DO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DE INTERESSE DE MILHARES DE PESSOAS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Cumpra informar, ainda, que a referida suspensão não será reconhecida, uma vez que a paralisação se dê em virtude de ato ilícito da Administração Pública, como no caso de falta de pagamento, por exemplo.

Independentemente do motivo por que se deu a greve, tal evento não é elemento suficiente para ensejar a demissão do servidor que esteja em estágio probatório:

[...] constata-se que o dispositivo impugnado padece de inconstitucionalidade, na medida em que considera o exercício não abusivo de um direito constitucional – direito de greve – como falta grave ou fato desabonador da conduta no serviço público, a ensejar a imediata exoneração do servidor público em estágio probatório, mediante processo administrativo próprio. [...] Além disso, o dispositivo impugnado explicita uma diferenciação de efeitos do exercício do direito de greve entre servidores estáveis e não estáveis, imputando consequência gravosa apenas aos primeiros, consubstanciada no ato de imediata exoneração. A CF de 1988 não alberga nenhuma diferenciação nesse sentido. (ADI 3.235, voto do rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 4-2-2010, P, DJE de 12-3-2010).

Quanto aos militares, também considerados *agentes públicos*, conforme vimos anteriormente, a Constituição Federal é clara no que se refere à total vedação do direito de greve:

Art. 142, §3º, da Constituição Federal. Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

IV – ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

A vedação, conforme entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, se estende aos *policiais civis*:

Direito de greve e carreiras de segurança pública

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

É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança públicas, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil (CPC), para vocalização dos interesses da categoria.

Com base nessas orientações, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário com agravo interno contra acórdão que concluiu pela impossibilidade de extensão aos policiais civis da vedação do direito à greve dos policiais militares.

(ARE 654432/GO, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 5.4.2017)

4.5.9. Remuneração dos agentes públicos

4.5.9.1. Espécies de contraprestação

São três os elementos que compõem a percepção pelos servidores da contraprestação que recebem em virtude da atividade estatal exercida:

(i) **Salário** – trata-se da contraprestação devida aos servidores públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido, inclusive, dispõe o art. 3º, *caput*, do referido Diploma Legal:

Art. 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

(ii) **Remuneração** – entende-se pela contraprestação composta por dois elementos: (ii.i) *parte fixa*, denominada vencimento; e (ii.ii) *parte variável*, nomeada por *vantagem*.

Esta contraprestação deverá ser criada e modificada através de disposição legal, motivo pelo qual é vedada a modificação através do Poder Judiciário. Esse fato, inclusive, é objeto de Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal:

Súmula Vinculante nº 37 do Supremo Tribunal Federal. Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Ademais, deverão ser revisadas anualmente, possibilitando a reajuste em função do índice inflacionário. Nesse sentido, é a redação do inc. X do art. 37:

Art. 37, X, da Constituição Federal. A remuneração dos servidores públicos e os subsídios de que trata o §4º do art. 39º somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

A não realização da referida revisão confere ato ilícito da Administração Pública, ensejando motivo de greve que não acarreta na suspensão do trabalho e, em consequência, não acarreta na cessação da remuneração dos servidores.

(iii) **Subsídio** – trata-se de contraprestação relativamente nova, incorporada à Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 19. Diferentemente da remuneração, somente será devida a uma parcela de servidores públicos, compreendendo a contraprestação de parcela única à qual somente é possível acrescer *verbas de natureza indenizatória* ou *direitos constitucionalmente assegurados*.

A referida contraprestação é obrigatória aos seguintes servidores: *Chefe do Executivo e seus auxiliares imediatos; membros do Poder Legislativo; Magistrados;*

⁹ **Art. 39, §4º, da Constituição Federal.** O membro do Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI.

Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas; membros da Advocacia Geral da União; Procuradores federais e estaduais; Defensores Públicos; Servidores policiais federais, civis, militares e corpo de bombeiros.

Insta informar, ainda, que o *subsídio* é obrigatório em relação aos entes acima elencados. Isso não significa que não poderá ser aplicado a outros servidores.

Acerca das últimas duas contraprestações, comenta Maria Zanella Di Pietro:

Abandonada a expressão **subsídio** na Constituição de 1988, volta a ser prevista na Emenda Constitucional nº 19, porém apenas para algumas categorias de agentes públicos. Com isso, passaram a coexistir dois sistemas remuneratórios para os servidores: o tradicional, em que a remuneração compreende uma parte fixa e uma variável, composta por vantagens pecuniárias de variada natureza, e o novo, em que a retribuição corresponde ao subsídio, constituído por **parcela única**, que exclui a possibilidade de percepção de vantagens pecuniárias variáveis. O primeiro sistema é chamado, pela Emenda, de **remuneração ou vencimento** e, o segundo, de **subsídio**.

4.5.9.2. Irredutibilidade salarial

É o que estipula o art. 37, XV, da Constituição Federal:

Art. 37, XV, da Constituição Federal. O subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, §4º, II, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I.

Cumprir informar que a irredutibilidade a que faz menção o referido inciso é a *irredutibilidade nominal*. Significa dizer que não é possível seja o valor nominal da contraprestação reduzido. Isso não enseja, portanto, a proibição quanto à redução *real*, ocasionada quando há diminuição de poder de mercado, ou seja, a moeda desvaloriza em virtude dos índices inflacionários.

Ademais, o salário do servidor público, bem como dos trabalhadores, não poderá ser inferior a um salário mínimo, nos termos do art. 39, §3º, da Constituição:

Art. 39, §3º, da Constituição Federal. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

[...]

Art. 7º, IV, da Constituição Federal. Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de a tender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Em virtude do acima exposto, pergunta-se: *quando a Constituição determina que a remuneração do servidor público não pode ser inferior ao salário mínimo federal, o constituinte se referiu ao salário base (vencimento, consubstanciado na parcela fixa)*

ou na remuneração total, incluindo-se as vantagens? A resposta está contida no teor da Súmula Vinculante nº 16:

Súmula Vinculante nº 16. Os arts. 7º, IV, e 39, §3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor público.

Significa dizer, portanto, que não poderá ser a remuneração em sua totalidade, incluindo-se as vantagens, inferior ao valor do salário mínimo federal. Ou seja, não há vedação de que o *salário base* (parcela fixa) seja inferior.