

DIREITO ADMINISTRATIVO

COMENTÁRIOS À PROVA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO 2008

Relativamente às formas de provimento dos cargos públicos, julgue o item seguinte.

01 - O ato de designação de alguém para titularizar cargo público denomina-se provimento, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ser originário ou derivado. O aproveitamento, forma de provimento derivado horizontal, consiste na transferência efetuada para prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superveniente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica, distinguindo-se da reversão ou provimento derivado horizontal.

R: FALSO

Comentários:

Provimento é o ato formal da Administração pelo qual o servidor público é colocado na titularidade de um cargo, emprego ou função pública.

O provimento tanto pode ser originário ou derivado O provimento originário é o que vincula inicialmente o servidor ao cargo, emprego ou função, tanto pode ser a nomeação como a contratação dependendo do regime jurídico a que se submeta o servidor (nomeação se a relação for estatutária ou contratação se a relação for celetista).

Tratando-se de cargo público efetivo ou emprego público o provimento originário pressupõe sempre prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, excepcionando-se o provimento em cargo comissionado, que como declara o próprio texto constitucional será de livre nomeação e exoneração.

Já o provimento derivado depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração. Cumpre salientar que após o advento da nova Carta Constitucional de 1988, que em seu artigo 37, II exige a aprovação prévia em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, foram extintas praticamente todas as formas existentes que permitiam o servidor passar de um cargo para o outro sem a feitura de um novo concurso público, ou então, que ocorresse a vacância (que seria o seu desligamento) e o servidor retomar ao seu cargo sem se submeter a um novo concurso público.

No entanto, admite-se ainda algumas situações excepcionais, em que o servidor já titular de um cargo público pode ser provido num outro, ou então se desvincular da Administração e retornar posteriormente sem se submeter a um novo concurso e são estas hipóteses excepcionais que chamamos de formas de provimento derivado,. Podemos enumerar hoje como formas de provimento derivado, inobstante haver inúmeras divergências doutrinárias, o aproveitamento a reintegração, a recondução, a readaptação, a reversão *ex officio* e a promoção.

O aproveitamento ocorre com o retorno à atividade do servidor que se encontrava em disponibilidade. Há de ser colocado em disponibilidade o servidor estável que teve o seu cargo público extinto ou que foi declarada a sua desnecessidade. Nesse caso o servidor permanecerá em disponibilidade até vir a ser “aproveitado” num cargo público de natureza e vencimentos semelhantes com aquele que ocupava anteriormente (art. 41, § 3º, da CF/88).

A questão se mostra falsa no instante em que trata o aproveitamento como sendo transferência efetuada para prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superveniente limitação de capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica.

Ora, a situação desenhada no enunciado da questão é tratada como forma diversa de provimento derivado, denominada “readaptação”, que não se confunde em nada com o aproveitamento;

Na readaptação prevista no artigo 24 da Lei nº 8.112/90, o servidor sofre uma limitação física ou mental e uma Junta Médica constata que ele, em face da limitação parcial que sofreu, não pode mais continuar a exercer as funções que vinha exercendo, mas poderá perfeitamente exercer outras atribuições compatíveis com a limitação sofrida.

A reversão, também mencionada na questão e tratado no artigo 25 da Lei nº 8.112/90, ocorre quando o servidor aposentado por invalidez recupera a sua capacidade laborativa, ou seja, quando cessar a incapacidade que gerou a aposentadoria por invalidez. Mais recentemente, no inciso II do mesmo art. 25, foi instituída uma nova modalidade de reversão, ao prever a possibilidade de o servidor aposentado voluntariamente requerer a sua reversão no prazo de cinco anos, a contar da data em que se aposentou, desde que haja interesse da Administração, que o servidor fosse estável quando estava em atividade, bem como que haja cargo vago.

A reversão também é tratada como provimento derivado, pois no instante em que se deu a aposentadoria ocorreu a vacância do cargo até então ocupado e o retorno do servidor, neste caso, se deu sem a necessidade de se submeter a um novo concurso pública, ou seja, decorreu de um

vínculo anterior que o indivíduo já tinha com a Administração.

Realmente readaptação e reversão não se confundem. Na readaptação, como visto, o servidor sofreu uma limitação apenas parcial; já na reversão, ele chegou a ser aposentado por invalidez, só que mais à frente veio a readquirir condições de laborar no serviço público.

Mais uma vez, insta destacar, a questão se mostra falsa no momento em que trata o instituto constitucional do aproveitamento como sendo readaptação.

A questão ainda menciona o termo provimento derivado horizontal. Aqui o autor Celso Antônio Bandeira de Mello reproduz a sistematização feita por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao classificar os provimentos derivados em derivação vertical (O servidor é alçado para cargo mais elevado, como na promoção); derivação horizontal (como exemplo temos a readaptação, que o servidor não ascende, nem é rebaixado em sua posição funcional), e derivação por reingresso (é aquele em que o servidor retorna ao serviço ativo d qual estava desligado, sendo o que ocorre na reversão, no aproveitamento, reintegração e recondução).

Com base nessa sistematização observe ainda outro equívoco na questão, pois nessa classificação, tanto a reversão como o aproveitamento são tratados como provimento derivado por reingresso e não horizontal.

Ora, um Estado funcionalmente eficiente demanda um Direito Público que privilegie, por sua vez, a funcionalidade. Um Direito Público orientado por uma teoria funcional da eficiência.

(...)

A administração privada é sabidamente livre para perseguir as respectivas finalidades a que se proponha e, assim, a falta de resultados não traz repercussões outras que as decorrentes das avenças privadas, como ocorre, por exemplo, nas relações societárias. Distintamente, a administração pública está necessariamente vinculada ao cumprimento da Constituição e, por isso, os resultados devem ser alcançados, de modo que se não o forem, salvo cabal motivação da impossibilidade superveniente, está-se diante de uma violação praticada pelo gestor público, pois aqui existe relevância política a ser considerada.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 110-11 (com adaptações).

Considerando o texto acima e com base nos princípios que regem a administração pública, julgue os próximos itens.

02 - Com base no princípio da eficiência e em outros fundamentos constitucionais, o STF entende que viola a Constituição 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.

R: VERDADEIRO

Comentários:

O artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988, consagrou a moralidade administrativa como princípio norteador de toda atividade administrativa.

No instante em que a moralidade foi inserida como princípio autônomo na Carta Constitucional, consolidou-se o raciocínio de que o comportamento da Administração, além de se ater a licitude, deve se demonstrar honesto, ético, razoável, estando em consonância com os valores impostos pela mediania de nossa sociedade.

A moralidade administrativa baseia-se na moralidade comum, onde se distingue entre o bem e o mal, o justo e o injusto, mas apresenta ainda algumas nuances próprias. Ou seja, situações que poderiam ser aceitáveis moralmente em uma relação travada entre particulares, assume um caráter duvidoso quando se está diante de uma atuação administrativa.

Um grande avanço que tivemos na efetivação de uma moralidade estritamente administrativa, foi o repúdio à prática do nepotismo.

Ora, certamente a nossa moral comum aceita que um pai convide o seu filho para trabalhar em seu escritório como advogado, ou em sua clínica como médico. Assumiria tal conduta um aspecto até louvável de convivência familiar. Mas no instante em que um político aparelha a máquina pública de parentes, tal conduta, por certo, já se mostra odiosa aos olhos de nossa sociedade.

Observe que foi necessário um grande amadurecimento social, para que o combate ao nepotismo se impusesse sobre uma visão arcaica de nossos governantes de tratar a Administração Pública como um quintal de seus interesses, ignorando-se por completo, o papel da Administração, que é o de atender de modo concreto e eficiente os fins perseguidos pelo Estado.

A Constituição Federal de 88, avançou ao firmar o preceito da obrigatoriedade do concurso público. Marco da impessoalidade e da moralidade administrativa. Porém, os políticos encontraram nos cargos comissionados e funções de confiança, que são de livre nomeação e exoneração, uma excelente brecha para inserirem os seus familiares na máquina administrativa, sem qualquer preocupação com a eficiência.

No momento em que a moralidade administrativa, assumiu feição de princípio constitucional, é evidente que não há respaldo jurídico para se admitir este tipo de conduta. Hoje, a moralidade administrativa apresenta contornos concretos, produzindo efeitos jurídicos no caso de sua inobservância, qual seja, a anulação do ato imoral.

Não obstante a clareza da questão, os nossos governantes, e inclusive membros do Poder Judiciário, ignoraram de modo solene tal comando. O legislador, durante todos esses anos, se omitiu quanto ao seu dever de inserir em nosso ordenamento normas que vedassem tal prática, embora, a nosso ver, a proibição já decorresse de princípio constitucional.

Felizmente, o quadro começa a se alterar com o advento da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que considerando que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade, dispõe em seu artigo 1º que “é vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulo os atos assim caracterizados.”

Por fim, o Supremo Tribunal Federal, corroborou a idéia de que a proibição ao nepotismo não depende do advento de nenhuma lei que imponha tal restrição, uma vez que a vedação decorre de princípios constitucionais e emitiu a Súmula Vinculante nº 13, de 29 de agosto de 2008, dispondo que:

“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.”

O julgado histórico do Supremo Tribunal Federal que culminou com a emissão da aludida Súmula Vinculante, se deu nos autos do Recurso Extraordinário nº 579951, cuja ementa apresenta o seguinte teor:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE.

I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita.

II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática.

III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

IV - Precedentes.

V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.

Torna-se óbvio que os corolários constitucionais que repudiam o nepotismo residem na moralidade e isonomia, em que pese a eficiência restar também comprometido quando se abandona a meritocracia em prol de favorecimentos familiares.

Mas observe que a questão apregoa que o STF repudia a prática do nepotismo com base no princípio da eficiência e em outros fundamentos constitucionais, abraçando dessa forma, demais princípios que estariam repudiando esta conduta, como a moralidade e impessoalidade.

É mister ainda chamar atenção que na Ementa do Recurso Extraordinário nº 579951 foi assentado que a proibição decorre diretamente dos princípios contidos no artigo 37 da CF, o que por si só já abraçaria a eficiência.

Questão inteiramente coadunada com a posição do Supremo Tribunal Federal.

03 - Segundo o STF, a falta de defesa técnica por advogado, no âmbito de processo administrativo disciplinar, não ofende a CF. Da mesma forma, não há ilegalidade na

ampliação da acusação a servidor público, se, durante o processo administrativo, forem apurados fatos novos que constituam infração disciplinar, desde que rigorosamente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. O referido tribunal entende, também, que a autoridade julgadora não está vinculada às conclusões da comissão de processo administrativo disciplinar.

R: VERDADEIRO

Comentários:

A parte inicial do enunciado da questão está em plena consonância com a Súmula Vinculante nº 05 do Supremo Tribunal Federal ao dispor que “a falta de defesa técnico por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Vide ainda, acerca da matéria, nota constante no Informativo Nº 519 do Supremo Tribunal Federal:

Defesa Técnica em Processo Administrativo Disciplinar e Ampla Defesa

O Tribunal aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante 5 nestes termos: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.”. Essa orientação foi firmada pelo Tribunal ao dar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que concedera mandado de segurança para anular a aplicação de penalidade expulsiva, ao fundamento de ausência de defesa técnica no curso do processo administrativo disciplinar instaurado contra o impetrante, servidor público. Saliou-se, inicialmente, que a doutrina constitucional vem enfatizando que o direito de defesa não se resume a simples direito de manifestação no processo, e que o constituinte pretende garantir uma pretensão à tutela jurídica. Tendo em conta a avaliação do tema no direito constitucional comparado, sobretudo no que diz respeito ao direito alemão, afirmou-se que a pretensão à tutela jurídica, que corresponderia exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da CF, abrangeria o direito de manifestação (que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes); o direito de informação sobre o objeto do processo (que assegura ao defendente a possibilidade de se manifestar oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos contidos no processo); e o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas). Asseverou-se, ademais, que o direito à defesa e ao contraditório tem aplicação plena em relação a processos judiciais e procedimentos administrativos, e reportou-se, no ponto, ao que disposto no

art. 2º, e parágrafo único, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, enfatizando que o Supremo, nos casos de restrições de direitos em geral e, especificamente, nos de punições disciplinares, tem exigido a observância de tais garantias. Considerou-se, entretanto, que, na espécie, os direitos à informação, à manifestação e à consideração dos argumentos manifestados teriam sido devidamente assegurados, havendo, portanto, o exercício da ampla defesa em sua plenitude. Reportando-se, ainda, a precedentes da Corte no sentido de que a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, concluiu-se que, o STJ, ao divergir desse entendimento, teria violado os artigos 5º, LV e 133, da CF. Alguns precedentes citados: RE 244027 AgR/SP (DJU de 28.6.2002); AI 207197/PR (DJU de 5.6.98); MS 24961/DF (DJU de 4.3.2005). **RE 434059/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 7.5.2008. (RE-434059)**

Quanto à possibilidade de ampliação da acusação ao servidor público no transcorrer do processo, tal procedimento é aceito desde que se assegure o contraditório e ampla defesa, não estando também a autoridade julgadora vinculada às conclusões da comissão de processo administrativo disciplinar. Nesse sentido, eis decisão recente do Supremo Tribunal Federal:

RMS 24526 / DF - DISTRITO FEDERAL

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 03/06/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008

EMENT VOL-02328-02 PP-00235

Parte(s)

RECTE.(S): MÁRIO IVON BARROS FERRAZ E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): DANIEL KONSTADINIDIS E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S): UNIÃO

ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ementa

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. IRREGULARIDADES. INCLUSÃO DE NOVOS FATOS NA ACUSAÇÃO. RESPEITO AO CONTRADITÓRIO. POSSIBILIDADE DE ENCAMPAÇÃO DOS TERMOS DO PARECER CONSULTIVO PELA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA

8

SUPERIOR, SEM VINCULAR O ÓRGÃO JULGADOR. INTIMAÇÃO DOS SERVIDORES PELA IMPRENSA OFICIAL. LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Não há ilegalidade na **ampliação da **acusação** a servidor público, se durante o **processo administrativo** forem apurados fatos novos que constituam infração disciplinar. O princípio do contraditório e da ampla defesa deve ser rigorosamente observado. 2. É permitido ao agente **administrativo**, para complementar suas razões, encampar os termos de parecer exarado por autoridade de menor hierarquia. A autoridade julgadora não está vinculada às conclusões da comissão processante. Precedentes: [MS n. 23.201, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 19.08.2005 e MS n. 21.280, Relator o Ministro OCTAVIO GALLOTTI, DJ de 20.03.92]. 3. Não houve, no presente caso, ofensa ao art. 28 da lei n. 9.784/98, eis que os ora recorrentes tiveram pleno conhecimento da publicação oficial do ato que determinou suas demissões em tempo hábil para utilizar os recursos **administrativos** cabíveis. 4. Não há preceito legal que imponha a intimação pessoal dos acusados, ou permita a impugnação do relatório da Comissão processante, devendo os autos serem imediatamente remetidos à autoridade competente para julgamento [arts. 165 e 166 da Lei n. 8.112/90]. Precedente: [MS n. 23.268, Relatora a Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 07.06.2002]. Nego provimento ao recurso ordinário.**

Há de se esclarecer que nos termos da Lei nº 8.112/90, a comissão de inquérito encerra o seu trabalho com a feitura de um relatório. Poderá a autoridade concordar com a conclusão do relatório, caso em que a fundamentação será a mesma já assentada pela comissão de inquérito nos termos do relatório; ou adotar uma posição diversa daquela firmada pela comissão. Tal situação se dará quando o entendimento consolidado no âmbito da comissão de inquérito for flagrantemente contrário a prova dos autos (vide artigo 168 da Lei nº 8.112/90).

Portanto, a autoridade julgadora não está vinculada à conclusão firmada pela comissão de inquérito, mas somente poderá levar em consideração, na hora de emitir a sua decisão, os fatos que se encontram arrolados nos autos do processo disciplinar.

04 - Considere que Platão, governador de estado da Federação, tenha nomeado seu irmão, Aristóteles, que possui formação superior na área de engenharia, para o cargo de secretário de estado de obras. Pressupondo-se que Aristóteles atenda a todos os requisitos legais para a referida nomeação, conclui-se que esta não vai de encontro ao posicionamento adotado em recente julgado do STF.

R: VERDADEIRO

Comentários:

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar o preceito de repúdio ao nepotismo, excepcionalizou os cargos políticos como se visualiza nos termos do Informativo nº 524 do próprio STF:

Súmula Vinculante 13 e Agente Político

O Tribunal, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão que deferira pedido de liminar em reclamação, na qual se impugna, sob alegação de afronta à Súmula Vinculante 13, decisão proferida em ação popular que suspendera o ato de nomeação do reclamante, irmão do Governador do Paraná, para o cargo de Secretário Estadual de Transportes (Decreto estadual 3.3.48/2008). Entendeu-se irretocável a decisão recorrida. Reportando-se ao que decidido no RE 579951/RN (DJE de 12.9.2008), asseverou-se que a nomeação de parentes para cargos políticos não implica ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, em face de sua natureza eminentemente política, e que, nos termos da Súmula Vinculante 13, as nomeações para cargos políticos não estão compreendidas nas hipóteses nela elencadas. Dessa forma, não seria possível submeter o caso do reclamante - nomeação para o cargo de Secretário Estadual de Transporte, agente político - à vedação imposta pela referida Súmula Vinculante, por se tratar de cargo de natureza eminentemente política. Por fim, no que se refere ao pedido formulado pelo agravante no sentido de se impedir o exercício pelo reclamante do cargo de responsável pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA, autarquia estadual, considerou-se o fato de não se estar a analisar o mérito da presente reclamação, devendo o julgamento ficar restrito apenas à aferição da fumaça do bom direito. Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, ao fundamento de que não seria possível empolgar o que decidido no RE 579951/RN para se ter base para a reclamação, por se tratar de processo subjetivo, e porque o Verbete Vinculante 13 não versaria expressamente a possibilidade da nomeação verificada.

Rcl 6650 MC-AgR/PR, rel. Min. Ellen Gracie, 16.10.2008. (Rcl-6650)

Acerca das parcerias público-privadas, julgue o seguinte item.

05 - Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n.º 8.937/1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a administração

pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

R: QUESTÃO ANULADA

Comentários:

A lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, trouxe à lume as “Parcerias Público-Privadas”, novel modalidade de concessão de serviço e obra pública, que se constitui na abertura de novas possibilidades de investimento privado em áreas de atuação em que o Estado, por falta de recursos, não atua de modo satisfatório.

De acordo com o art. 2º, da Lei 11.079/2004, o contrato de Parceria Público-Privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

A expressão contrato administrativo refere-se aos acordos livres de vontade firmados pelo Estado com pessoas jurídicas ou físicas, que tem por objeto a satisfação de um interesse coletivo, submetendo-se por isso às normas próprias de direito público.

Já contrato de concessão, que é uma modalidade de contrato administrativo, é aquele no qual a Administração delega a outra pessoa, o direito à exploração econômica de um serviço, obra ou bem público, no prazo e nas condições estabelecidas no contrato e na lei que disciplina tal instituto. Di Pietro conceitua, por sua vez, concessão como o “contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.”

Observe que a Lei n º 11.079/2004 tratou o contrato de Parcerias Público-Privadas como uma espécie de contrato de concessão, impondo regras específicas às características gerais trazidas pela legislação anterior.

A priori, os contratos de PPP só podem ter como objeto as figuras da concessão patrocinada ou da concessão administrativa. A concessão patrocinada segundo o §1º, art. 2º, da Lei 11.079/2004, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando o ente público efetuar contra-prestação pecuniária à pessoa privada, conjuntamente com a tarifa paga pelos usuários do serviço público concedido.

Já a concessão administrativa é aquela, de acordo com o §2º, do art. 2º, da Lei 11.079/2004, que consiste na concessão de serviços públicos em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

É importante chamar a atenção que o § 3º, do art. 2º, da Lei 11.079/2004, apregoa no sentido de que não constitui parceria público-privada a concessão comum. Além disso, o mesmo dispositivo define concessão comum como sendo a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8987/95, que não envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

Visualize que a questão é mera cópia literal do que dispõe o destacado artigo 2º da Lei nº 11.079/2004.

Porém, repare que possivelmente por um erro material em sua redação, a questão menciona em seu teor a Lei nº 8.937/1995, e não a Lei nº 8.987/95. Em virtude do flagrante equívoco, tornou-se mister que a questão fosse anulada.

Relativamente às licitações, contratos administrativos e convênios, julgue os itens a seguir.

06 - A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, prevê modalidades diversas de licitação, conforme o valor da contratação a ser feita pela administração pública. Apenas no caso de consórcios formados por mais de três entes da Federação, a referida lei toma por base valores diferentes de contratação para definir a modalidade de licitação cabível.

R: FALSO

Comentários:

Esta questão tem como embasamento o artigo 23, § 8º da Lei n.º 8.666/93, que preceitua no sentido de que “no caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número.”

Na própria leitura do artigo 23, § 8º já se verifica o equívoco da questão, pois não será apenas na hipótese de consórcio formado por mais de 03 (três) entes que alterará os valores da contratação, para definir a modalidade de licitação cabível. Basta a celebração do consórcio que o valor já será alterado. *A priori*, a alteração será para o dobro dos valores mencionados no caput do

artigo 23, e no caso do consórcio envolver mais de três entes federativos, aplicar-se-á o triplo destes valores.

Basta apenas lembrar que o artigo 23 da Lei n.º 8.666/93, estabelece os valores estimados de contrato que serão levados em consideração para utilização das modalidades convite, tomada de preços e concorrência.

07 - As hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, são taxativas, não comportando ampliação, segundo entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Já em relação à inexigibilidade, a referida lei não prevê um *numerus clausus*. No caso de doação com encargo, estabelece o mencionado diploma legal que deverá a administração pública realizar licitação, dispensada no caso de interesse público devidamente justificado.

R: VERDADEIRO

Comentários:

O art. 37, inciso XXI, da Carta Magna de 1988 delinea de modo expresso que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”.

Repara-se, dessa maneira, que o próprio texto constitucional outorgou ao legislador ordinário a possibilidade excepcional de prever hipóteses em que não haverá a exigência de se obedecer a um procedimento licitatório.

Diante de tal abertura, a Lei nº 8.666/93 apontou as hipóteses de dispensa (art. 17, incisos I e II, §§ 2º e 4º, e art. 24) e inexigibilidade de licitação (art. 25).

Na dispensa, há uma possibilidade de competição, mas pela particularidade do caso decidiu o legislador não tornar a licitação obrigatória. Já na inexigibilidade, é inviável a realização do certame, uma vez que não há possibilidade de competição, pois só existe um objeto ou pessoa que atende às necessidades da Administração.

Assim, na inexigibilidade de licitação, a Administração se depara com situações em que haverá, em tese, uma inviabilidade material de competição.

O cerne do procedimento licitatório reside no fato de haver mais de um objeto ou pessoa que possa atender ao almejado pela Administração. Por via de consequência, no instante em que inexistir tal possibilidade, não há que se falar de licitação pública.

O art. 25 da Lei nº 8.666/93 sintetiza a noção de inexigibilidade e aponta alguns casos em que a licitação tornar-se-ia inexigível. Vale destacar que as hipóteses arroladas no citado artigo são meramente exemplificativas, nada impedindo que a Administração se depare com uma situação diversa em que também seja inviável a competitividade.

Já na dispensa, como se trata de situações em que na prática teria como haver competição, o rol apontado na legislação é taxativo.

Quanto à doação com encargo a resposta se encontra na previsão contida no artigo 17, 4º, da Lei nº 8.666/93, ao estatuir que “a doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.” É na verdade uma exceção à regra de dispensa de licitação para a doação de bens públicos, ressalvando-se os casos de interesse público devidamente justificado, em que pode se afastar a necessidade de procedimento licitatório.

Acerca das servidões administrativas e das desapropriações, julgue os itens a seguir.

08 - Servidão administrativa é um direito real de gozo que independe de autorização legal, recaindo sobre imóvel de propriedade alheia. Sejam públicas ou privadas, as servidões se caracterizam pela perpetuidade, podendo, entretanto, ser extintas no caso de perda da coisa gravada ou de desafetação da coisa dominante. Em regra, não cabe indenização quando a servidão, incidente sobre imóvel determinado, decorrer de decisão judicial.

R: FALSO

Comentários:

A servidão é um instituto próprio de direito civil. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.378, determina:

“Art. 1.378 - A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento.”

No entanto, conforme bem salienta Cretella Júnior, tal figura não é exclusiva do direito privado. Em singelas palavras, pode-se conceituar servidão administrativa como limitação parcial de um imóvel alheio, por ato do Poder Público, em exercício de uma atividade de interesse direto da coletividade.

Trata-se, indubitavelmente, de um direito real sobre coisa alheia. Ocorre a servidão administrativa, por exemplo, quando o Estado irrompe uma propriedade para construir uma estrada de ferro. A propriedade continua com o proprietário, no entanto com o ônus de uma estrada de ferro presente nos domínios. Veja também os prédios particulares que suportam a passagem das linhas de distribuição de energia elétrica. Há uma limitação à propriedade em prol de um interesse social.

Não é regra a servidão administrativa incidir apenas sobre propriedades privadas. Há situações de coexistência, quando, por exemplo, o Município impõe uma servidão a um imóvel da União para a passagem de rede de esgoto.

A constituição das servidões administrativas pode ser feita de três formas: por acordo entre o particular e o Estado, antecedida de uma declaração de utilidade pública do bem imóvel; diretamente por lei, em que a constituição não depende de qualquer declaração do Poder Público (*vide* servidão ao redor dos aeroportos); ou por sentença judicial transitada em julgado, quando não haja acordo ou sejam adquiridas por usucapião.

As três formas de constituição de servidão administrativa inauguram o entendimento quanto à indenização. Quando for decorrente de sentença judicial ou de acordo, poderá caber a indenização, uma vez que foi uma limitação individualizada. Se decorre de lei, não caberia ressarcimento, já que, além de consentir com a limitação, a lei é abstrata e geral, atingindo um coletivo. Quando se coloca que o proprietário anuiu com a servidão, no caso da intervenção decorrer de lei, é porque o Poder Legislativo emana normas representando os anseios de toda a coletividade, logo, de forma implícita, está também traduzindo a vontade do proprietário.

Ainda que se trate de servidão por acordo ou sentença judicial, tal intervenção não gera automaticamente dever indenizatório ao Poder Público. Como se visualiza, na servidão não existe perda da propriedade como ocorre na desapropriação, mas tão-somente o dever do proprietário de suportar a utilização de seu imóvel para a execução de um serviço público, ou a favor de um bem que esteja afeto a uma utilidade pública.

Dessa forma, a indenização só ocorrerá se o proprietário comprovar os prejuízos sofridos, e o montante da indenização jamais poderá corresponder ao valor integral do imóvel, uma vez que, como resta explicitado, não houve a perda da propriedade.

Em geral, as servidões administrativas são consideradas definitivas. Enquanto subsistir o interesse público que se busca resguardar, a intervenção será mantida. A extinção poderá ocorrer, no entanto, em decorrência de fatos supervenientes, como a incorporação do bem gravado ao patrimônio da pessoa que se beneficia da servidão, o desaparecimento deste imóvel, e, principalmente, se a coisa dominante perder a sua finalidade pública.

Di Pietro analisando o instituto estabelece que a “servidão administrativa é o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública.” (pág. 140, 21ª Edição).

Nesse contexto, observe que a redação do enunciado já se mostra equivocada ao constar que a servidão independe autorização legal.

Quanto a indenização, como também já exposto, quando decorrer de sentença judicial em regra gerará dever indenizatório. Se valendo mais uma vez da lição de Di Pietro, tal autora coloca que “quando a servidão decorre de contrato ou de decisão judicial, incidindo sobre imóveis determinados, a regra é a indenização, porque seus proprietários estão sofrendo prejuízo em benefício da coletividade.” (pág. 143, 21ª Edição).

Destarte, o enunciado dessa questão também se mostra falso quando apregoa que não cabe indenização quando a servidão decorre de decisão judicial.

09 - Segundo reiterados julgados do STF, na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% ao ano. A referida Corte, ainda em matéria de desapropriação, entende que a área de terreno reservado é suscetível de indenização.

R: FALSO

Comentários:

A parte inicial do enunciado se mostra em consonância com o que dispõe a SÚMULA nº 618 do STF ao dispor que “NA DESAPROPRIAÇÃO, DIRETA OU INDIRETA, A TAXA DOS JUROS COMPENSATÓRIOS É DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO.”

Vide também, decisão recente do Supremo Tribunal Federal:

RE-AgR 562846 / SP - SÃO PAULO

AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 17/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação

DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008

EMENT VOL-02326-08 PP-01635

Parte(s)

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ

ADV.(A/S): SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL

AGDO.(A/S): JOSÉ FERNANDES E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S): SILVIO VALENTIM VALENTE E OUTRO(A/S)

Ementa

EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO. JUROS COMPENSATÓRIOS. TAXA. 12% AO ANO.

SÚMULA 618. 1. A jurisprudência do Supremo é firme no sentido de que, "na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos **juros compensatórios é de **12%** [doze por cento] ao ano". Agravo regimental a que se nega provimento.**

Decisão

A Turma, a unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma, 17.06.2008.

Insta lembrar, que juros compensatórios são os que visam compensar a antecipação da posse, pelo Poder Público, do bem a ser expropriado. Devidos no caso da ocorrência de imissão provisória na posse – computam-se os juros a partir da imissão e a sua base de cálculo é a diferença entre a oferta inicial do Poder Público e o valor efetivo da indenização.

A Medida Provisória nº 2.183/2001, em seu artigo 1º, acrescentou o artigo 15-A ao Decreto-Lei nº 3.365/41, estatuinto que na imissão provisória na posse, os juros compensatórios seriam de 6% ao ano. No entanto, tal redação foi suspensa liminarmente na ADIN 2.332-DF, uma vez que contrariaria a idéia de indenização justa balizada no texto constitucional.

No entanto a questão se mostra falsa quando coloca que desapropriação de área de terreno reservado é suscetível de indenização. A SÚMULA nº 479 do STF dispõe que “AS MARGENS DOS RIOS NAVEGÁVEIS SÃO DE DOMÍNIO PÚBLICO, INSUSCETÍVEIS DE EXPROPRIAÇÃO E, POR ISSO MESMO, EXCLUÍDAS DE INDENIZAÇÃO”.

Eis ainda decisão recente emanada pela Corte Constitucional:

RE 331086 / PR - PARANÁ

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MENEZES DIREITO

Julgamento: 02/09/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação

DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008

EMENT VOL-02339-05 PP-01033

Parte(s)

RECTE.: CESP - COMPANHIA ENERGÉTICA DE SÃO PAULO

ADVDS.: CARLOS EDUARDO CURY E OUTROS

RECDOS.: HUGO VIRMONDES BORGES E OUTRA

ADVDS.: ARGEMIRO DE CASTRO CARVALHO JÚNIOR E OUTROS

Ementa

EMENTA Desapropriação. Terreno reservado. Súmula nº 479 da Suprema Corte. 1. A área de **terreno reservado**, como assentado pela Suprema Corte na Súmula nº 479, é insuscetível de indenização. 2. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Decisão

A Turma conheceu do recurso extraordinário e lhe deu provimento, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 02.09.2008.

Os terrenos reservados encontram-se conceituados hoje no artigo 14 do Código das Águas que dispõe no sentido de que: “terrenos reservados são os que, banhados pelas correntes navegáveis, fora do alcance das marés, vão até a distância de 15 metros para a parte da terra, contados desde o ponto médio das enchentes ordinárias.

O termo terreno reservado se refere a servidão pública de trânsito, como já apontava a Lei nº 1.507/1867, em seu artigo 39 ao dispor que “fica reservada para a servidão pública nas margens dos rios navegáveis e de que se fazem os navegáveis, fora do alcance das marés, salvas as concessões legítimas feitas até a data da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinárias para o interior e o Governo autorizado para concedê-la em lotes razoáveis na forma das disposições sobre os terrenos da marinha.”

Relativamente aos consórcios públicos, julgue o item seguinte.

10 - No caso de constituir associação pública, o consórcio público adquirirá personalidade jurídica de direito público, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções. Nesse caso, a associação pública integrará a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados. A União somente participará de consórcios públicos de que também façam parte todos os estados em cujos territórios estejam situados os municípios consorciados.

R: VERDADEIRO

Comentários:

O consórcio público é tratado na Lei nº 11.107/05, que dispõe acerca de normas gerais de contratação de consórcio público, sendo que seu artigo 1º preceitua que “esta Lei dispõe sobre normas gerais para União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum (...)”.

De modo tradicional, o consórcio público sempre foi tratado como um acordo mútuo de vontade firmado entre pessoas de direito público, visando à realização de determinados objetivos, que seriam comuns às partes envolvidas.

Antes do advento da Lei nº 11.107/05, a posição equânime de nossos administrativistas era de que o consórcio público não adquiriria personalidade jurídica. Hely Lopes Meirelles lecionava, então, que os consórcios públicos, “como não são pessoas jurídicas, não têm capacidade para exercer direitos e assumir obrigações em nome próprio, pelo que é de toda conveniência a organização de uma entidade civil ou comercial, paralela, que administre seus interesses e realize seus objetivos, como desejado pelos consorciados”.

No entanto, mais uma vez, a visão doutrinária reinante sobre o tema foi desmoronada com a edição da aludida lei.

O art. 6º, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 11.107/05 dispõe o seguinte:

Art. 6º – O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

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

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

O art. 6º ousou ainda mais no trato da questão, ao dispor em seu § 1º que “o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados”.

Hoje, então, integrariam a administração indireta não apenas as autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, mas também os consórcios públicos que adquiram personalidade jurídica de direito público.

Não se admite, por opção do legislador, um consórcio que reúna apenas União e Municípios, já que o art. 1º, § 2º, reza que “a União somente participará de consórcios públicos em que também façam parte todos os Estados em cujos territórios estejam os municípios consorciados”, e, em face da vedação dos incisos III e V do § 1º do art. 4º, também não se aceita contrato de consórcio celebrado por um Estado com Município de Estado diverso.

Assim, redação desta questão está em inteira conformidade com a redação dos artigos 6º e 1º, § 2º da citada Lei nº 11.107/05.

Relativamente aos critérios de delimitação do âmbito do Direito Administrativo, julgue os itens a seguir.

11 - Na França, formou-se a denominada Escola do Serviço Público, inspirada na jurisprudência do Conselho de Estado, segundo a qual a competência dos tribunais administrativos passou a ser fixada em função da execução de serviços públicos.

R: VERDADEIRO

Comentários:

Um dos critérios que busca definir o direito administrativo é o do serviço público. Criou-se na França a escola do Serviço Público. Eis a lição de Di Pietro:

“Inspirou-se na jurisprudência do Conselho de Estado francês que, a partir do caso Blanco, decidido em 1873, passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos.” (pág. 43; 21ª Edição) A autora prossegue que “qualquer que seja o sentido que se atribua à expressão serviço público, ela não serve para definir o objeto do Direito Administrativo. Pelo conceito de uns ultrapassa o seu objeto e, pelo conceito de outros, deixa de lado matérias a ela pertinentes.”

A questão se mostra assim totalmente associada à visão histórica e doutrinária desta teoria.

12 - Pelo critério teleológico, o Direito Administrativo é considerado como o conjunto de normas que regem as relações entre a administração e os administrados. Tal critério leva em conta, necessariamente, o caráter residual ou negativo do Direito Administrativo.

R: FALSO

Comentários:

Nos critérios doutrinários que buscam a conceituação do Direito Administrativo encontramos o “critério das relações jurídicas” que trata o Direito Administrativo como conjunto de normas que regem a relação entre a Administração e os Administrados. Já o “critério teleológico” trata o Direito Administrativo como o conjunto de princípios que disciplinam a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins. Na lição de Di Pietro normas que disciplinam a atividade concreta do estado para consecução de fins de utilidade pública. (pág. 45; 21ª Edição).

Já o critério residual ou negativo, apregoa que o Direito Administrativo tem por objeto as atividades estatais, excluindo-se a legislação e a jurisdição. Para Maria Sylvania Di Pietro este critério estaria ligado ao teleológico.

A questão se mostra falsa no momento em que define o critério teleológico com a noção própria do critério das relações jurídicas.

Com base na jurisprudência do STJ, julgue os itens a seguir.

13 - O instituto do tombamento provisório não é uma fase procedimental antecedente do tombamento definitivo, mas uma medida assecuratória da eficácia que este último poderá, ao final, produzir. A caducidade do tombamento provisório, por excesso de prazo, não é prejudicial ao tombamento definitivo.

R: VERDADEIRO

Comentários:

A questão se mostra coadunada com a visão do Superior Tribunal de Justiça como demonstra o aresto a seguir transcrito:

Processo

RMS 8252 / SP
RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
1997/0008407-8

Relator(a)

Ministra LAURITA VAZ (1120)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

22/10/2002

Data da Publicação/Fonte

DJ 24/02/2003 p. 215

Ementa

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERRA DO GUARARÚ.
TOMBAMENTO. DISCUSSÃO QUANTO À PRECEDÊNCIA DO PROCESSO DE
TOMBAMENTO
PROVISÓRIO AO DEFINITIVO. INCOERÊNCIA.

1. O instituto do **tombamento provisório** não é fase procedimental precedente do **tombamento** definitivo. Caracteriza-se como medida assecuratória da eficácia que este poderá, ao final, produzir.
2. A **caducidade** do **tombamento provisório**, por excesso de prazo, não prejudica o definitivo, Inteligência dos arts. 8º, 9º e 10º, do Decreto Lei 25/37.
3. Recurso ordinário desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto da

Ministra-Relatora. Votaram com a Relatora os Ministros Paulo Medina, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon.
Ausente, ocasionalmente, o Ministro Franciulli Netto.
Presidiu a sessão a Ministra Eliana Calmon.

A título elucidativo, aduz o art. 10 do DL n° 25/37 que o tombamento será provisório a contar da notificação do proprietário, e considerado definitivo após a inscrição do referido bem no competente livro tomo. De acordo com o parágrafo único do mencionado artigo, para todos os efeitos, o tombamento provisório será equivalente ao definitivo, salvo quanto à transcrição no registro de imóveis, que apenas ocorrerá com o tombamento definitivo.

14 - Para sua configuração, a responsabilidade do Estado demanda os seguintes pressupostos: conduta comissiva ou omissiva, ocorrência de dano, bem como nexo de causalidade entre a conduta e o dano. No caso de responsabilização do Estado, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, no percentual de 12% ao ano.

R: FALSO

Comentários:

A responsabilidade civil se traduz na obrigação de ressarcir danos de natureza patrimonial.

Com base em tal premissa, pode-se afirmar *que a responsabilidade civil do Estado é aquela que impõe à Fazenda Pública a obrigação de repor um dano patrimonial causado a terceiros, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições.*

Na lição de Maria Sylvia Di Pietro, tal responsabilidade é aquela que “corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos”.

É importante, ainda, que não se confunda o dever indenizatório imposto ao Estado em razão de dano cometido no patrimônio de terceiros, cuja responsabilização encontra-se preceituada na própria Constituição Federal, em seu art. 37, § 6° (que denominamos de responsabilização pública ou extracontratual), com a responsabilidade contratual oriunda de contratos administrativos celebrados pelo Estado.

Com fulcro na teoria publicista da responsabilidade objetiva, adotada na Carta Constitucional em seu artigo 37, § 6°, o Estado estaria obrigado a indenizar os danos provocados

no patrimônio de terceiros, independentemente de falha na prestação do serviço, ou de ter havido dolo ou culpa na conduta do agente.

O particular que sofre um desfalque patrimonial provocado pelo Estado não precisa se preocupar em demonstrar os aspectos subjetivos da conduta do agente, ou ainda o mau funcionamento de um serviço público, bastando comprovar a ocorrência do nexos de causalidade, ou seja, que sofreu um dano e que este dano foi oriundo de uma conduta administrativa.

Os juros moratórios realmente fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual do Estado, como consta na Súmula 54/STJ.

Assim, a parte inicial da questão se mostra correta ao tratar dos requisitos ensejadores da responsabilidade do Estado, e ao definir que os juros moratórios incidem a partir do evento danoso.

No entanto, a assertiva presente na questão se mostra errônea ao apregoar que os juros moratórios incidirão no percentual de 12% ao ano, uma vez que no âmbito do Superior Tribunal de Justiça prevalece a incidência do percentual de 6% ao ano, como demonstram os julgados a seguir transcritos:

Processo

REsp 770030 / SC
RECURSO ESPECIAL
2005/0119547-5

Relator(a)

MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (8135)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

03/06/2008

Data da Publicação/Fonte

DJe 17/06/2008

Ementa

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. JUROS DE MORA.** AÇÃO AJUIZADA APÓS A EDIÇÃO DA MP

2.180-35/01. PERCENTUAL DE 6% AO ANO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO INDICAÇÃO EXPRESSA **DO** DISPOSITIVO LEGAL TIDO POR VIOLADO. INCIDÊNCIA **DO** ENUNCIADO SUMULAR Nº 284/STF. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência dominante **do** Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que os **juros moratórios** sobre as condenações contra a Fazenda Pública, nas causas iniciadas após a edição da Medida Provisória nº 2.180-35/01, devem incidir no percentual de 6% ao ano.

2. No tocante ao suposto valor excessivo fixado a título de indenização a não indicação **dos** dispositivos legais tidos por violados impede a apreciação **do** recurso quanto à hipótese constante na alínea 'c' **do** permissivo constitucional, incidindo, neste particular, o enunciado sumular nº 284 **do** Eg. Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa extensão, PROVIDO.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Segunda Turma **do** Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente **do** recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos **do** voto **do(a)** Sr(a). Ministro(a)-Relator(a). Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Processo

REsp 1018636 / ES
RECURSO ESPECIAL
2007/0307756-8

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

08/04/2008

Data da Publicação/Fonte

DJe 24/04/2008

Ementa

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE DO ESTADO. AÇÃO ILÍCITA.**

1. O **Estado** responde administrativa e civilmente por morte provocada por tiros disparados por policial no cumprimento de diligências, quando a ação foi considerada ilícita.
2. Prescreve em cinco anos a ação de indenização contra o **Estado**, pela prática de ato ilícito **dos** seus agentes.
3. Tratando-se de ato ilícito criminal, o prazo prescricional somente começa a correr da data em que o agente foi condenado por sentença transitada em julgado.
4. Espécie em que a prescrição está consumada. Sentença criminal condenatória transitada em julgado na data de 03.01.1989. Ação proposta em 31.10.1996.
5. É imprescritível a ação de indenização quando a parte autora é menor impúbere.
6. Extinção **do** processo sem pronunciamento **do** mérito quanto à autora capaz (esposa da vítima).
7. Indenização na base de um salário mínimo, a título de pensão, a partir **do** evento, em benefício **do** menor, até completar 25 (vinte e cinco anos), que se mantém.
8. Danos morais reconhecidos. Redução **do** valor para R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) pelo acórdão de segundo grau. Manutenção.
9. Correção monetária aplicada sobre o valor **dos** danos morais a partir da data da sentença. Jurisprudência **do** STJ nesse sentido.
10. **Juros moratórios** de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da data **do** evento ilícito.
11. Recurso parcialmente provido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma **do** Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos **do** voto **do** Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e

Denise Arruda (Presidenta) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Relativamente aos bens públicos, julgue os itens seguintes.

15 - As terras devolutas são espécies de terras públicas que, por serem bens de uso comum do povo, não estão incorporadas ao domínio privado. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados-membros, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. Constituem bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

R: FALSO

Comentário:

A questão já se mostra equivocada ao tratar as terras devolutas como bens de uso comum do povo. As terras devolutas por não terem nenhuma afetação pública, são tratadas na classificação dos bens públicos como bens dominicais.

A parte da questão que coloca que “são indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos estados-membros, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais”, é uma compilação literal do que dispõe o artigo 225, § 5º, da CF/88.

Já a parte final da questão que pregoa nos sentido de que “Constituem bens da União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei,” trata, mais uma vez, de mera reprodução do artigo 20, inciso II, da CF/88.

A questão realmente se mostra falsa quando trata terras devolutas como bens de uso comum do povo.

Acerca do denominado terceiro setor, julgue o item que se segue.

16 - As entidades de apoio são pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, que podem ser instituídas sob a forma de fundação, associação ou cooperativa, tendo por objeto a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado. Tais entidades mantêm vínculo jurídico com a administração pública direta ou indireta, em regra, por meio de convênio. Por sua vez, os serviços sociais autônomos são entes paraestatais, de cooperação com o poder público, prestando serviço público delegado pelo Estado.

R: FALSO

Comentários:

Tanto as entidades de apoio como os serviços sociais autônomos, são entidades que não integram a Administração Pública, mas atuam ao lado do Estado no desempenho de certas atribuições sociais, não lucrativas, o que faz com que autores como Celso Antônio Bandeira de Mello denominem também estas entidades de paraestatais.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro, “por entidades de apoio podem-se entender as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por servidores públicos, porém em nome próprio, sob forma de fundação, associação ou cooperativa, para a prestação, em caráter privado, de serviços sociais não exclusivos do Estado, mantendo vínculo jurídico com entidades da administração direta ou indireta, em regra por meio de convênio”.

Já os Serviços sociais autônomos são entidades se enquadram como entes de cooperação com a Administração, integrando, na visão dos doutrinadores da reforma do Estado, o denominado terceiro setor.

Na conceituação clássica de Hely Lopes Meirelles “serviços sociais autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade jurídica de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônios próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias”.

Na definição consagrada de serviço social autônomo, observamos a presença de todas as características inerentes a entidades que integram o terceiro setor.

Trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que receberá uma ajuda do Poder Público para desempenhar alguma atividade de interesse público.

Não se trata de um serviço público que foi descentralizado a uma pessoa diversa, tanto que os serviços sociais autônomos não integram a administração indireta. Na verdade, eles atuam de forma paralela ao Estado, cooperando no desempenho de tarefas que são de interesse de determinados grupos sociais.

Observe nesse contexto, que a questão se mostra falsa no momento em que coloca que os Serviços Sociais Autônomos prestam um serviço público delegado pelo Estado.

Relativamente à administração indireta, julgue o item seguinte.

17 - As agências reguladoras são autarquias sob regime especial, as quais têm, regra geral, a função de regular e fiscalizar os assuntos relativos às suas respectivas áreas de atuação. Não se confundem os conceitos de agência reguladora e de agência executiva, caracterizando-se esta última como a autarquia ou fundação que celebra contrato de gestão com o órgão da administração direta a que se acha hierarquicamente subordinada, para melhoria da eficiência e redução de custos.

R: FALSO

Comentários:

Fiscalização e regulamentação são duas atividades típicas da Administração Pública. De acordo com a doutrina majoritária, são indelegáveis, ou seja, não podem ser transferidas a qualquer pessoa jurídica de direito privado.

Para o Estado Brasileiro, a solução para exercer essas funções da maneira mais isenta e eficaz possível foi importar do direito americano a figura das Agências Reguladoras.

Estas, devido à necessidade de terem natureza pública, foram criadas na forma de autarquias. Porém, as Agências Reguladoras não são autarquias comuns ou ordinárias. Elas apresentam peculiaridades que as diferenciam das demais autarquias. Com isso, são chamadas autarquias de regime especial. O art. 7º da Lei nº 9.478/97 expressa esta denominação:

“Art. 7º – Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia.”

As funções desempenhadas pelas Agências Reguladoras têm maior ênfase na *fiscalização e regulamentação* de atividades econômicas que antes do processo de privatização eram executadas diretamente pelo Estado. Ressalte-se que as demais autarquias, ditas comuns, podem exercer tais funções, porém não se trata de regra típica como nas Agências.

Outra peculiaridade, destarte mais famosa, é o mandato fixo dos dirigentes das Agências, e a possibilidade de obterem receitas próprias.

A regra de mandato fixo para os dirigentes das Agências Reguladoras produz um resultado positivo no escopo da administração. As decisões emanadas do corpo técnico das Agências geram maior segurança, uma vez que não há interferência política no comando destas pessoas públicas.

Por mais impopular que seja uma decisão, embasada por um estudo técnico dos servidores das Agências, os dirigentes desta entidade não poderão ser exonerados à vontade do Chefe do ente político instituidor da Agência.

Após o estudo da natureza jurídica das Agências Reguladoras e as peculiaridades que as diferenciam das autarquias comuns, pode-se dizer que as *Agências Reguladoras são autarquias de regime especial, cujos dirigentes são dotados de mandato fixo, que desempenham a fiscalização e a regulamentação de determinadas atividades econômicas e serviços públicos.*

Já as Agências executivas referem-se às autarquias e fundações preexistentes e que, ao obedecerem aos requisitos expostos na Lei nº 9.649/98, vieram a celebrar um contrato de gestão com o Poder Público. Frisa-se que não se trata de entidades recém-criadas, como ocorre nos casos das Agências Reguladoras. Na hipótese em apreço, apenas se quis dar uma nova roupagem a estas autarquias e fundações, valendo-se para isso da sofisticação de uma terminologia nova, “agências”, importada do direito norte-americano.

A Lei nº 9.649/98, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, em seus arts. 51 e 52, estatuiu que as autarquias e as fundações que vierem a ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento e que hajam celebrado contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor serão qualificadas, pelo Presidente da República, como agências executivas, dispondo ainda que serão criados mecanismos específicos que auxiliem a ampliação da autonomia e o conseqüente desempenho de metas previstos no contrato de gestão, sendo que, em tal caso, o contrato não poderá ter prazo inferior a um ano.

A questão no entanto se mostra falsa quando coloca que agência executiva, caracteriza-se como autarquia ou fundação que celebra contrato de gestão com o órgão da administração direta a que se acha hierarquicamente subordinada. Ora, as autarquias e fundações não possuem relação de subordinação com os órgãos da Administração Direta, mas mera vinculação.

A subordinação estará presente na desconcentração que é um mecanismo interno de distribuição de competências no âmbito de uma mesma pessoa. Autarquias e fundações, possuem personalidade jurídica própria e resultam de um processo de descentralização, mantendo, por via de consequência, uma relação tão somente de vinculação com o ente central.

Acerca da advocacia pública consultiva, julgue o item a seguir.

18 - No que tange às repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico, o STF entende que: quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, de modo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; por outro lado, quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; por fim, quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa, não podendo a decisão do administrador ir de encontro à conclusão do parecer.

R: VERDADEIRO

Comentários:

A questão se mostra em plena conformidade com a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da presente matéria, como demonstra o aresto a seguir transcrito:

Comentários: **MS 24631 / DF - DISTRITO FEDERAL**

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 09/08/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008

EMENT VOL-02305-02 PP-00276

Parte(s)

IMPTE.(S): SEBASTIÃO GILBERTO MOTA TAVARES

ADV.(A/S): JOSÉ ANTONIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA SILVA

ADV.(A/S): JOYRE CUNHA SOBRINHO

IMPDO.(A/S): TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Ementa

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

Decisão

O Tribunal, à unanimidade, deferiu a ordem, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau e, neste julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente). Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Vice-Presidente). Plenário, 09.08.2007.