



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Chede Mamedio Bark

**O contraditório e a ampla defesa no processo
administrativo pertinente a serviço público
prestado mediante concessão**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
Programa de Pós-Graduação em
Direito Econômico e Social

Curitiba, agosto de 2005



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ

Chede Mamedio Bark

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO PERTINENTE A SERVIÇO PÚBLICO
PRESTADO MEDIANTE CONCESSÃO**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Econômico e Social.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Curitiba, agosto de 2005



Chede Mamedio Bark

**O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NO PROCESSO
ADMINISTRATIVO PERTINENTE A SERVIÇO PÚBLICO
PRESTADO MEDIANTE CONCESSÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da PUC/PR como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Social

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

Orientador

Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – PUC/PR

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Profª Drª Angela Cássia Costaldello

Curitiba, 23 de agosto de 2005

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização do autor, do orientador e da Universidade.

Chede Mamedio Bark

Graduou-se em Direito pela Universidade Católica do Paraná (1984). Em 1985, mediante concurso de provas e títulos, ingressou na carreira do Ministério Público do Estado do Paraná, atualmente ocupando o cargo de Promotor de Justiça Substituto de 2º. Grau. Especializou-se em Ciências Penais (UFPR) e em Direito Administrativo (ministrado pela FESP, ICSP e IBEJ), com complementação em Metodologia de Ensino Superior.

Ficha catalográfica

<p>Bark, Chede Mamedio B254c O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo pertinente 2005 a serviço público prestado mediante concessão / Chede Mamedio Bark ; orientador, Luiz Alberto Blanchet. -- 2005. iv, 127 f. ; 30 cm</p> <p>Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba, 2005 Inclui bibliografia 1. Direito administrativo. 2. Processos administrativos. 3. Controle administrativos. 4. Concessões administrativas. I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título. Doris - 4.ed. 341.3341.353</p>

Agradecimentos

Ao meu orientador Professor Dr. Luiz Alberto Blanchet, pela paciência e solidariedade, para realização deste singelo trabalho.

Ao Ministério Público do Estado do Paraná pelo incondicional e irrestrito apoio.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná que mais uma vez me acolheu.

Aos meus colegas Promotores e Procuradores de Justiça do Estado do Paraná pelo constante estímulo.

Em qualquer circunstância, meus agradecimentos aos integrantes da Banca Examinadora.

Ao corpo docente, e colegas do mestrado, pelos vitais ensinamentos e fraterno convívio.

A todos os professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social da Pontifícia Universidade Católica do Paraná pela especial atenção.

À equipe da Biblioteca do Ministério Público do Estado do Paraná.

Aos meus familiares e amigos que souberam compreender minha ausência e que, de uma forma ou de outra, me estimularam e ajudaram.

Dedico o presente trabalho aos meus pais,
Mamedio (*in memoriam*) e Lourdes, pelo
constante apoio e confiança depositados no
decorrer de toda a vida.

Resumo

Bark, Chede Mamedio; Blanchet, Luiz Alberto. **O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo pertinente a serviço público prestado mediante concessão**. Curitiba. 2005. 154 p. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

O vertente estudo pretende estabelecer um paralelo entre o processo administrativo do agente público e das empresas prestadoras de serviços públicos. Do cotejo entre o processo administrativo disciplinar e aquele das empresas prestadoras de serviços públicos analisaremos o controle administrativo, os serviços públicos, o processo administrativo, notadamente enfocando a diferenciação entre processo e procedimento, como também, a licitação, concluindo com a análise do princípio do contraditório e da ampla defesa, tudo com vistas à preservação do Devido Processo Legal, de molde a concebermos um possível processo administrativo regulador das empresas prestadoras de serviços públicos mediante concessão. O tema é de suma importância, na atual conjuntura, na medida em que, no nosso país, impera um crescente sentimento de impunidade, nos atos de improbidade, não só praticados por funcionários públicos, dentro da própria Administração Pública, como também, por empresas beneficiadas com tais atos delituosos, tendo em vista que, os agentes públicos, valendo-se de seus cargos públicos, infringem à lei, não sofrendo qualquer reprimenda, ou quando a sofrem, acabam por anular os atos de punição, quer seja no próprio âmbito da Administração Pública, ou mesmo, através de medidas judiciais, onde se venha a reconhecer à infringência dos consagrados Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. O processo administrativo, como meio de apuração e punição de irregularidades, cometidas por agentes públicos e empresas, envolvidos em atividades sob gerenciamento da Administração Pública, tem por escopo manter a supremacia do interesse público nos casos concretos em que o Direito a reconheça, submetendo-se a sua disciplina, tudo com vistas à preservação dos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, consagrados em nosso ordenamento jurídico, para a formação

de um verdadeiro **Estado Democrático de Direito** (artigo 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil).

Palavras-chave

Contraditório, ampla defesa, processo, procedimento, serviço público, licitação, concessão, processo administrativo, controle administrativo e auto-executoriedade.

Abstract

Bark, Chede Mamedio; Blanchet, Luiz Alberto. **The adversary proceeding and the full defense in the administrative procedure regarding public service provided through concession.** Curitiba, 2005, 154 p. MA Thesis – Legal and Social Sciences Center. *Pontifícia Universidade Católica do Paraná* [Catholic University of Paraná- PR-Brazil].

The study under discussion aims at setting forth a parallel between the administrative procedure of public agents and that of the companies which provide services. On the grounds of the comparison between the disciplinary administrative procedure and that of the companies which provide public services, we shall analyze the administrative controls, the public services, the administrative procedure, particularly highlighting the differentiation between procedure and proceeding, and the public bidding procedure, as well, and we shall conclude with the analysis of the adversary principle, always bearing in mind the preservation of the Due Process of Law, so as to be able to devise an eventual regulatory administrative procedure of the companies which provide public services through concession. The subject matter is highly important in the present situation, insofar as our country is being pervaded by a growing feeling of impunity regarding the acts of malfeasance, not only performed by public servants, within the Public Administration itself, but also by the companies which benefit from such criminal acts, bearing in mind that public agents, making use of their public positions, violate the law and do not undergo any sanctions, or when they do, such punishing acts are eventually nullified, whether in the range of the Public Administration itself, whether through judicial measures, where the infraction of the settled Constitutional Principles of Adversary Proceeding and Full Defense is acknowledged. The Administrative Procedure, as a means of verification and punishment of violating acts practiced by public agents and companies involved in activities under the management of the Public Administration, aims at sustaining the supremacy of the public interest in those concrete events in which the Law acknowledges such supremacy, submitting itself to its discipline, always targeting on the preservation of the Constitutional Principles of Adversary Proceeding and Full Defense, settled in our legal system,

so as to have a true Democratic Rule of Law established (article 1st of the Federative Republic of Brazil Constitution).

Key Words

Adversary proceeding, full defense, procedure, proceeding, public service, public bidding procedure, concession, administrative procedure, administrative controls and direct enforcement.

Sumário

Introdução	13
Capítulo I – Controle administrativo	17
Seção I – Conceito de controle	17
Seção II – Tipos e formas de controle	18
Seção III – Meios de controle	19
Capítulo II – Serviços públicos	22
Seção I – Conceito de serviço público	22
Seção II – Elementos de definição dos serviços públicos	23
Seção III – Princípios dos serviços públicos	27
Seção IV – Classificação dos serviços públicos	28
Seção V – Serviços públicos e sua prestação	37
Capítulo III – Processo administrativo	41
Seção I – Diferenciação entre processo e procedimento	41
Seção II – Espécies e princípios do processo administrativo	50
Seção III – Fases e modalidades do processo administrativo	51
Seção IV – Estruturação do processo administrativo disciplinar	53
Seção V – Jurisdicionalização do processo administrativo disciplinar	56
Seção VI – Vedação da aplicação da sanção disciplinar pela denominada <i>verdade sabida</i>	57

Capítulo IV – Licitação	59
Seção I – Conceito, modalidades e requisitos da licitação	59
Seção II – Relação entre licitação e o processo administrativo	63
Seção III – Obrigatoriedade da licitação	64
Seção IV – Dispensa e inexigibilidade da licitação	66
Seção V – Incidência do denominado <i>processo administrativo na licitação</i>	76
Capítulo V – Princípio do contraditório no processo administrativo	81
Seção I – Contraditório e processo inquisitório	81
Seção II – Contraditório e fases do processo administrativo	83
Seção III – Relação entre o princípio do contraditório e da ampla defesa	96
Capítulo VI – Princípio da ampla defesa no processo administrativo	101
Seção I – Ampla defesa e processo administrativo	101
Seção II – Ampla defesa e o direito à autodefesa e defesa técnica	107
Seção III – Recursos inerentes à ampla defesa	109
Seção IV – Atuação do Ministério Público frente aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa	115
Seção V – Auto-executoriedade	120
Capítulo VII – Conclusão	124
Referências bibliográficas	133
Anexos	138

Introdução

Guardadas as devidas proporções, o processo administrativo disciplinar, do agente público, é estendido às empresas que celebram contratos, de prestação de serviços, com o Poder Público.

Após um estudo preliminar, no Curso de Especialização em Direito Administrativo, que concluímos no Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ, cujo tema “Processo Administrativo Disciplinar frente aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa” despertou-nos inúmeras inquietações, sentimos a necessidade de aprofundar o estudo analisando não só o processo administrativo disciplinar, como também o processo administrativo nas relações com as empresas prestadoras de serviços públicos.

O artigo 5º. inciso LV, da Constituição Federal, regula que **“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**. Efetivamente, a norma constitucional, que regula a matéria, tem abrangência em todo o ordenamento jurídico, de molde a preservar não só o devido processo legal, como os demais princípios basilares do Direito, dentre os quais, podemos destacar: o contraditório e a ampla defesa. Em face do princípio da moralidade administrativa, mister se faz a instauração de procedimento administrativo adequado quando, em tese, há a ocorrência de qualquer irregularidade no âmbito do Poder Público, visando não só preservar o normal funcionamento da Administração Pública, como também, prevenir qualquer irregularidade, que possa comprometer a prestação do serviço público, em detrimento da sociedade e do próprio erário público que, sem sombra de dúvida, seria afetado. A par disso é inequívoco que o administrador público, ao tomar conhecimento de possível irregularidade na prestação do serviço público, deverá determinar a instauração de procedimento investigatório, visando apurar as responsabilidades, por imposição da própria lei, sob pena de caracterizar o delito de condescendência criminosa. Daí a importância de se conhecer o devido

processo legal, no âmbito do Direito Administrativo, para que se possa usar, convenientemente, o poder disciplinar, como fator adequado no aperfeiçoamento progressivo do serviço público. O **processo** administrativo, ou como queiram alguns processualistas, o **procedimento** administrativo, possui uma fase introdutória, integrada por atos que desencadeiam o procedimento propriamente dito, podendo iniciar-se de ofício ou a requerimento da parte interessada, mesmo porque, o processo administrativo, está jurisdicionalizado, isto é, o poder administrativo deve ser exercido dentro de determinadas formalidades, vale destacar, o contraditório(como corolário da ampla defesa), direito de defesa, a motivação da pena, a proibição de punir-se tendo por base documentos secretos, enfim tudo que possa ferir a garantia constitucional, no que toca a imposição de qualquer pena. Desse modo, o processo administrativo, envolve uma verdadeira jurisdicionalização, devendo ser exercido dentro das formalidades legais, entre as quais, urge destacar, o consagrado direito da ampla defesa, com vistas ao contraditório, fazendo prevalecer as garantias constitucionais referentes à imposição da sanção devida.

Sendo a licitação um procedimento administrativo formal que tem por escopo proporcionar, à coletividade, a obtenção de um bem (aquisição ou obra), uma venda ou uma **prestação de serviço** da forma mais vantajosa, respeitando os princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade, dentre outros, não pode a empresa, prestadora deste serviço público, ficar à mercê dos caprichos do Poder Público, sob pena de um enfraquecimento, não só da iniciativa privada, como de toda a sociedade produtiva, constituindo-se, esta proteção, como uma *garantia constitucional*.

Desse estudo preliminar, exsurge a necessidade de estabelecer-se semelhanças e diferenças, entre o processo administrativo, aplicado ao agente público, e aquele decorrente da imposição de sanções administrativas, às empresas habilitadas para a prestação de um serviço público, escolhidas num regular procedimento licitatório, de molde a concebermos um possível processo administrativo regulador das empresas prestadoras de serviço público.

O tema é de suma importância, na atual conjuntura, na medida em que, no nosso país, impera um crescente sentimento de impunidade, nos atos de improbidade, não só praticados por funcionários públicos, dentro da própria Administração Pública, como também, por empresas beneficiadas com tais atos delituosos, tendo em vista que, os agentes públicos, valendo-se de seus cargos públicos, infringem à lei, não sofrendo qualquer reprimenda, ou quando a sofrem, acabam por anular os atos de punição, quer seja no próprio âmbito da Administração Pública, ou mesmo, através de medidas judiciais, onde se venha a reconhecer à infringência dos consagrados princípios constitucionais do contraditório e da ampla Defesa. Na medida em que deve-se atentar para a realização do devido processo legal, quando há notícia de “irregularidades” no seio da Administração Pública, mister se faz, não descurarmos da estrita observância das formalidades legais, notadamente, da preservação do contraditório e da ampla defesa. Assim, curial, a nosso ver, a manifestação do Ministério Público, como “*custus legis*” (fiscal da lei), nos processos judiciais que envolvam funcionários públicos, a fim de verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido processo legal, sendo pois que, essa verificação importa em conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais, principalmente a oportunidade de defesa ao acusado, como também, no que pertine às empresas prestadoras de serviços públicos. Neste particular, o próprio artigo 127 da Constituição Federal, ao conferir que: **“o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado”**, também, incumbiu-lhe da **“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”**, tudo com vistas à preservação dos princípios constitucionais vigentes.

Hodiernamente, a tendência da “jurisdicalização” do poder disciplinar, que impõe condutas formais e obrigatórias, para a garantia dos acusados, inseridos neste contexto não só as pessoas jurídicas de Direito Público, mas também as empresas prestadoras de serviços públicos, contra os possíveis arbítrios da Administração Pública, assegura não só a oportunidade de defesa, como a observância do rito procedimental, estabelecido para o deslinde do processo.

Após a conclusão das fases que lhe são próprias (no processo administrativo), é permitido, ao Poder Judiciário, examinar se a sanção imposta é legítima e se, a apuração da infração, atendeu ao devido processo legal.

Com isto estão, não só a Administração Pública, como a própria empresa investigada, assegurados quanto à observância das normas legais, estabelecidas pela atual Constituição Federal.

O processo administrativo, como meio de apuração e punição de irregularidades, cometidas por agentes públicos e empresas, envolvidos em atividades sob gerenciamento da Administração Pública, tem por escopo manter a supremacia do interesse público nos casos concretos em que o Direito a reconheça, submetendo-se a sua disciplina, procurando preservar a própria moralidade administrativa que, fatalmente, seria atingida, caso não instaurado o devido processo legal, a ponto de comprometer toda a estrutura do Estado de Direito que, felizmente, de forma incipiente, ainda, persiste, em nosso ordenamento jurídico.

Das premissas traçadas, existe um paralelo entre o processo administrativo do agente público e da empresa que presta serviços públicos, que necessita ser delimitado, não só no âmbito prático como teórico.

Traçado, inicialmente, este paralelo é que partiremos a um estudo, mais aprofundado, entre as duas situações, de molde a tentar formar e/ou estabelecer um conceito para a formulação de um possível “Processo Administrativo das Empresas Prestadoras de Serviço Público”, tudo com vistas à preservação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, consagrados em nosso ordenamento jurídico, para a formação de um verdadeiro **Estado Democrático de Direito** (artigo 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil).

Capítulo I – Controle administrativo

Seção I – Conceito de controle

A Administração Pública, no exercício de suas funções, além de exercer controle sobre seus próprios atos, sujeita-se ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário.

O escopo do controle é que a Administração Pública passe a agir dentro dos princípios, impostos pelo ordenamento jurídico, dentre os quais podemos destacar: Princípio da Legalidade; Princípio da Moralidade; Princípio da Finalidade Pública; Princípio da Publicidade; Princípio da Motivação; Princípio da Impessoalidade; Princípio da Eficiência, entre outros.

Além do controle realizado pelo próprio Estado, a Constituição Federal outorga mecanismos, ao particular, para que exerça fiscalização, sobre os atos da Administração Pública, sendo o controle popular.

A par disso, podemos definir o controle administrativo como, o poder de fiscalizar, conferido a outros órgãos dos poderes constituídos, com o fito de garantir, a atuação administrativa, com observância dos princípios impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Hely Lopes Meirelles, define controle administrativo como sendo

“(…)todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de *legalidade* e de *mérito*. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com

legitimidade e eficiência, atingindo sua finalidade plena, que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais do administrado.”¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, conceitua o controle administrativo, como “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e de mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação.”²

Destarte, o controle é, em síntese, uma fiscalização, para ordenar, orientar e corrigir, os atos praticados pela Administração Pública, observando-se, para tanto, os princípios reguladores do ordenamento jurídico, exercidos não só pela Administração *per si*, mas por outros órgãos, componentes dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com a imprescindível atuação do particular, através do exercício do denominado *controle popular*.

A partir da conceituação de controle, existem inúmeros critérios para classificar os tipos e formas de controle, que serão abordados na seção seguinte.

Seção II – Tipos e formas de controle

Vários são os critérios para classificar as modalidades do controle administrativo.

Meirelles e Di Pietro³, ao se referir aos tipos e formas de controle administrativo, apresentam critérios de classificação semelhantes.

Segundo referidos autores, o controle da atividade administrativa varia segundo o Poder, órgão que o exerce, ou autoridade que o exercita, ou o fundamento, modo e o momento de sua efetivação. Assim considerado, ocorrerá o *controle administrativo ou executivo* (que é aquele da própria Administração sobre seus atos e agentes); o *controle legislativo ou parlamentar* (seria aquele do Legislativo sobre determinados atos ou agentes do Executivo); e finalmente, o

¹ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª. edição, São Paulo, Malheiros, 1998, p.548.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 10ª. edição, São Paulo, Atlas, 1999, p.490.

³ MEIRELLES, H.L. e DI PIETRO, M.S.Z.- obras citadas.

controle judiciário ou judicial (que seria a correção dos atos ilegais de qualquer dos Poderes pelo Judiciário, quando lesivos ao direito individual ou ao patrimônio público). Esses controles, conforme seu fundamento, serão *hierárquicos* (resulta automaticamente do escalonamento vertical dos órgãos do Executivo em que os inferiores serão subordinados aos superiores) ou *finalísticos* (é o que a norma legal estabelece para as entidades autônomas, indicando a autoridade controladora, as faculdades a serem exercitadas e as finalidades objetivadas). O controle, ainda, pode ser *interno* (aquele exercitado por cada um dos Poderes sobre seus próprios atos ou agentes) e *externo* (aquele exercitado por um dos Poderes sobre os outros). Quanto ao momento em que se efetua, pode ser *prévio* (é o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para sua eficácia); *concomitante* (é todo aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação) e *posterior* (é o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando corrigir-lhe defeitos, declarar a sua nulidade ou dar-lhe eficácia). E finalmente, o controle pode ser: *controle de legalidade ou legitimidade* (é o que objetiva verificar a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem) e *controle de mérito* (é todo aquele que visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado).

Sucintamente, estas seriam algumas formas e tipos de controle, empregados pela Administração Pública, em sentido amplo, nas diversas esferas dos Poderes.

Seção III – Meios de controle

Em nosso estudo, passaremos a analisar os meios de controle administrativo exercidos pelo Executivo sobre suas próprias atividades.

Os meios de controle administrativo, de um modo geral, bipartem-se em *fiscalização hierárquica e recursos administrativos*.

A *fiscalização hierárquica* é exercida pelos órgãos superiores sobre os inferiores da mesma Administração, visando ordenar, coordenar, orientar e corrigir suas atividades e agentes, sendo que suas características são a *permanência* e a *automaticidade*.

Os *recursos administrativos* em sentido amplo são todos os meios que podem se utilizar os administrados, para propiciar o reexame da decisão interna, feita pela própria Administração Pública.

Os *recursos administrativos* são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo administrado ou servidor atingido por qualquer ato da Administração⁴.

Os *recursos administrativos*, possuem inúmeras modalidades, das quais podemos destacar: a representação; reclamação administrativa; pedido de reconsideração; recursos hierárquicos próprios e impróprios e a revisão. A *representação* seria a denúncia de irregularidades feita perante a própria Administração, por quem quer que seja, à autoridade competente, para coibir a ilegalidade apontada. A *reclamação administrativa*, é a oposição expressa, a atos praticados pela Administração, que venham a afetar direitos e interesses, desde que legítimos, praticados pelo administrado. O *pedido de reconsideração* é aquele pelo qual, o administrado, solicita o reexame do ato, à própria autoridade, que o expediu. Já os *recursos hierárquicos* são todos aqueles pedidos, dirigidos à autoridade superior, da própria Administração, de molde a propiciar o reexame do ato inferior proferido pela mesma Administração. Os recursos hierárquicos podem ser: próprios (dirigidos à autoridade, imediatamente superior, do mesmo órgão que foi praticado o ato impugnado) ou impróprios (é dirigido à autoridade de outro órgão não integrado na mesma hierarquia que expediu o ato combatido). A *revisão* é o meio que se utiliza o servidor, punido pela Administração Pública, para o reexame da decisão, caso surjam fatos novos que demonstrem a sua inocência ou a inadequação da penalidade aplicada. A revisão pode ser requerida,

⁴ Agustín A. Gordillo, *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971, pp.159 e ss.; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1966, I/598 e ss.; Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1982, II/471 e ss.; Odete Medauar, "Recursos Administrativos", RT 583/9.

a qualquer tempo, pelo próprio interessado, procurador ou por terceiros, conforme dispuser a lei estatutária.

Finalmente, além desses controles, temos um terceiro meio que seria o da *supervisão ministerial*, segundo o qual poderia ser um meio atenuado de controle administrativo, geralmente, aplicável nas entidades da Administração Indireta vinculadas a um Ministério, de molde a ser limitada aos aspectos indicados na lei, para não suprimir a autonomia administrativa e financeira, das entidades vinculadas à Administração central.

Em linhas gerais, estes seriam os principais meios de controle administrativo.

Capítulo II – Serviços públicos

Seção I – Conceito de serviço público

É tarefa árdua a definição de serviço público⁵, posto que a sua noção sofreu inúmeras transformações no decorrer do tempo, tanto no aspecto de seus elementos constitutivos, quanto à sua abrangência. Sendo pois, que alguns autores preferem adotar um conceito mais amplo⁶, enquanto outros optam por um conceito mais restrito⁷. De qualquer maneira passaremos a analisar o conceito de serviço público, procurando focar os diversos entendimentos doutrinários, sem pretender estabelecer critérios valorativos entre a posição de cada doutrinador.

Conforme alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Do exposto, pode-se tirar algumas conclusões: 1. a noção de serviço público não permaneceu estática no tempo; houve uma ampliação na sua abrangência, para incluir atividades de natureza comercial, industrial e social; 2. é o Estado, por meio da **lei**, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, além da lei ordinária, a própria Constituição faz essa

⁵ Luiz Alberto BLANCHET, em seu *Curso de Direito Administrativo*, Juruá Editora, Curitiba, 2004, 3ª. edição, p.55, traz o conceito de serviço público, da seguinte forma: “É *serviço público* somente a atividade assim considerada pela Constituição da República ou pela lei, atividade esta prestada de forma permanente (ou *contínua*) submetida ao regime de direito público, executada concreta e diretamente pelo Estado, ou por aqueles a quem tal incumbência for delegada, visando à satisfação de necessidades ou à criação de utilidades, ambas de interesse coletivo”.

⁶ Dentre estes autores podemos destacar JOSÉ CRETELLA JÚNIOR e HELY LOPES MEIRELLES, sendo que para aquele autor o serviço público “é toda a atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”; já para este seria: “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.”(in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 10ª. edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999, p.81).

⁷ Dentre os que adotam o conceito mais restrito destacamos o professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que: “considera dois elementos como integrantes do conceito: o substrato **material**, consistente na prestação de utilidade pública ou comodidade fruível **diretamente** pelos administrados; e o substrato **formal**, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um regime jurídico de direito público, composto por princípios e regras caracterizadas pela supremacia do interesse público, sobre o particular e por restrições parciais. Para ele, *serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público- portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais- instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo*”(in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª. edição, Editora Atlas, São Paulo, 1999, p.81, *in fine*).

indicação nos artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, parágrafo 2º., alterados, respectivamente, pela Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; isto exclui a possibilidade de distinguir-se, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria; 3. daí outra conclusão: o serviço público varia não só no tempo, como também no espaço, pois depende da legislação de cada país a maior ou menor abrangência das atividades definidas como serviços públicos; 4. não se pode dizer, dentre os conceitos mais amplos ou mais restritos, que um seja mais correto que o outro; pode-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública. É neste último sentido que se utilizará a expressão doravante, de modo a distinguir o serviço público propriamente dito das demais atividades administrativas de natureza pública, ou seja, polícia, fomento e intervenção. Daí a nossa definição de serviço público como **toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.**⁸

Do mesmo modo assinala, Hely Lopes Meirelles, *in verbis*, que:

“(...)realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas⁹. Eis o nosso conceito: “*Serviço público* é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”¹⁰

Seção II – Elementos de definição dos serviços públicos

O artigo 175 da Constituição Federal¹¹ expressa a incumbência do poder público à prestação do serviço público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, na forma da lei, sempre através de licitação, remetendo à lei a

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. pp.83/84.

⁹ Para tanto em nota de rodapé, sob n.2, op. cit., p.285, o professor Meirelles cita: Rafael Bielsa, *Ciencia de la Administración*, Buenos Aires, 1995, pp.81 e ss.; Fernando Garrido Falla, ‘La crisis de la noción de servicio público’, in *Las Transformaciones del Régimen Administrativo*, Madrid, 1962, pp.141 e ss.; Agustín A. Gordillo, ‘Reestructuración del concepto y régimen jurídico de los servicios públicos’, in *Estudios de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1963, pp.33 e ss.; Auby e Ader, ‘La notion actuelle de service public’, in *Grandes Services Publics*, Paris, 1969, pp.23 e ss. Entre nós, v.: Odilon de Andrade, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, São Paulo, 1937; Luiz de Anhaia Mello, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, São Paulo, 1940; J.H. Meirelles Teixeira, *Os Serviços Públicos de Eletricidade*, São Paulo, 1950; Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, ‘Do serviço Público’, RDA 21/1; Rui de Souza, ‘Serviços do Estado e seu regime jurídico’, RDA 28/10; Carlos Roberto Martins Rodrigues, ‘A crise e a evolução do conceito de serviço público’, RDP 57-58/130; Celso Antonio Bandeira de Mello, *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª. ed., Ed. RT, 1979; Odete Medauar, ‘Serviço Público’, RDA 189/100.

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p.285.

¹¹ Dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, o seguinte: “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”.

disciplina das formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, especialmente a sua proteção contra a ineficiência e os abusos, a teor do artigo 37, parágrafo 3º, da Magna Carta¹².

Partindo dessa premissa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aponta os elementos de definição dos serviços públicos, da seguinte forma: 1º.) **Elemento Subjetivo** onde “a sua **criação** é feita por lei e corresponde a uma opção do Estado; este assume a execução de determinada atividade que, por sua importância para a coletividade, parece não ser conveniente ficar dependendo da iniciativa privada; a sua **gestão** também incumbe ao Estado, que pode fazê-lo **diretamente**(por meio dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios) ou **indiretamente**, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade”¹³; 2º.) **Elemento Formal** sendo, que: “o regime jurídico a que se submete o serviço público também é definido por lei. Para determinados tipos de serviços(não comerciais e industriais) o regime jurídico é de direito público: nesse caso, os **agentes** são estatutários; os **bens** são públicos; as **decisões** apresentam todos os atributos do ato administrativo, em especial a presunção de veracidade e a executoriedade; a **responsabilidade** é objetiva; os **contratos** regem-se pelo direito administrativo. Evidentemente, isso não exclui a possibilidade de utilização de institutos do direito privado, em determinadas circunstâncias previstas em lei, especialmente em matéria de contratos como os de locação, comodato, enfiteuse, compra e venda. Quando, porém, se trata de serviços comerciais e industriais, o seu regime jurídico é o de direito comum(civil e comercial), derogado, ora mais ou menos, pelo direito público. Em regra, o **pessoal** se submete ao direito do trabalho, com equiparação aos funcionários públicos para determinados fins; os **contratos** com terceiros submetem-se, em regra, ao direito comum; os **bens** não afetados à realização do serviço público submetem-se ao direito privado, enquanto os vinculados ao serviço têm regime

¹² O artigo 37, parágrafo 3º., da Constituição Federal, reza o seguinte: “Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(.....)

Parágrafo 3º.- A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:....”.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p.84.

semelhante ao dos bens públicos de uso especial; a **responsabilidade**, que até recentemente era subjetiva, passou a ser objetiva com a norma do artigo 37, parágrafo 6º., da Constituição de 1988. Aplica-se também o direito público no que diz respeito às **relações entre a entidade prestadora do serviço e a pessoa jurídica política** que a instituiu. Vale dizer, o **regime jurídico**, nesse caso, é **híbrido**, podendo prevalecer o direito público ou o direito privado, dependendo do que dispuser a lei em cada caso; nunca se aplicará, em sua inteireza, o direito comum tal qual aplicado às empresas privadas”¹⁴ e; 3º) **Elemento Material** que “quanto a esse elemento, parece haver unanimidade entre os autores, quer entre os que adotam conceito mais amplo, para abranger todas as atividades do Estado, quer entre os que preferem conceito mais restrito, que só inclui a atividade administrativa. Todos consideram que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público. É verdade que muitos particulares também podem exercer atividades de interesse geral; mas há dois aspectos a considerar: um é fato de raramente ser esse o seu objetivo primordial, pois o que move o particular é em regra o seu próprio interesse; outro aspecto é o fato de não ser suficiente o **objetivo de interesse público** para caracterizar o serviço público, pois é necessário que a **lei** atribua esse objetivo ao Estado. Daí ser correta a afirmação de que todo **serviço público visa atender a necessidades públicas**, mas nem toda a atividade de interesse público é serviço público.”¹⁵

Para finalizar, no Brasil adota-se o conceito mais restrito, que não abrange inúmeras atividades estatais, conforme alerta Marçal Justen Filho, ao definir serviço público da seguinte forma:

“Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.”¹⁶

O insigne professor, analisa cada um dos itens da mencionada definição, da seguinte forma:

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p.85.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p.85, *in fine*.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p.478.

“Serviço público é uma atividade: O serviço público é uma atividade, o que significa a necessidade de estruturas humanas e materiais para atuação permanente e sistemática. Sem essas estruturas organizacionais não existe serviço público.

pública: A natureza funcional da atividade de serviço público e a indisponibilidade dos direitos fundamentais acarreta usualmente a atribuição da titularidade do serviço público ao Estado. Essa é uma opção do direito positivo. Quando isso ocorre, o direito pode autorizar a delegação do serviço público à prestação por particulares. Mas isso não desnatura a existência de um serviço público, o qual será prestado por particulares delegados do Estado. Há uma forte tendência, apontada ao longo desta obra, a que o serviço público seja desempenhado também por particulares. A sociedade civil assume o compromisso de promover os direitos fundamentais, e surgem organizações não estatais comprometidas com atividades equivalentes às estatais. Tal como já afirmado, essas atividades sofrerão a influência dos princípios fundamentais do serviço público.

administrativa: O serviço público é uma atividade administrativa, o que exclui as atividades legislativas e jurisdicionais. Prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei.

de satisfação concreta de necessidades: O serviço público é uma atividade administrativa, mas nem todas as competências do Executivo são serviço público. O serviço público é a satisfação concreta de necessidades. Por isso, não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado, que traduzam o monopólio estatal da violência e outras competências reflexas, que se relacionam à concepção de que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente...”* (Constituição, art.1º., parágrafo único). Não se constituem em serviço público, por exemplo, as funções políticas do Chefe do Poder Executivo, a execução de sanções(inclusive penais), a fiscalização e arrecadação tributárias, os serviços de segurança pública(interna e externa).

individuais e transindividuais: O serviço público produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais(coletivas ou difusas). Isso significa não adotar a concepção de que apenas existiriam serviços públicos quando fossem produzidas utilidades fruíveis individualmente pelo usuário. Reputa-se que existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Varrer as ruas é um serviço público que não é fruível individualmente. Já o fornecimento doméstico de energia é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais. Aliás, há forte tradição em classificar os serviços públicos em fruíveis *uti singuli* e *uti universi*, o que influencia, inclusive, a disciplina tributária¹⁷.

materiais ou imateriais: O serviço público traduz-se numa atuação comissiva, que gera inovações no mundo natural. Não se configura numa omissão estatal nem na imposição pelo Estado de vedações à conduta individual. A atividade de serviço público consiste num fazer, que pode eventualmente abranger também um dar. Exterioriza-se na prestação de utilidades materiais e imateriais.Quando o Estado fornece cestas básicas para carentes, está prestando um serviço público. Mas também está prestando serviço público quando fornece assistência psicológica a pessoas portadoras de moléstias mentais. Outro exemplo é o serviço de radiodifusão de sons e imagens. As atividades de rádio e de televisão se configuram como serviço público, sem que se traduzam na oferta de utilidades materiais.

vinculadas diretamente a um direito fundamental: A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos humanos seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadada pela supremacia dos direitos fundamentais. Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso

¹⁷ Assim, o artigo 145, II, da Constituição reflete essa concepção, ao restringir a abrangência das taxas de serviço público aos serviços públicos específicos e divisíveis. A jurisprudência dos tribunais, com base nessa disposição, rejeita a cobrança de taxa vinculada a serviços públicos genéricos e não divisíveis – o que significa admitir sua existência.

significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos.”¹⁸

Seção III – Princípios dos serviços públicos

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁹ aponta princípios, que devem ser seguidos, e que seriam inerentes ao regime jurídico dos serviços públicos, quais sejam: o da continuidade do serviço público; o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários.

A ilustre professora faz as seguintes considerações:

“O princípio da **continuidade do serviço público**, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos **contratos administrativos** e ao **exercício da função pública**.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como conseqüências:

1. a imposição de prazos rigorosos ao contraente;
2. a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico financeiro do contrato e permitir a continuação do serviço;
3. a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração;
4. o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

Quanto ao exercício da **função pública**, constituem aplicação do princípio da continuidade:

1. as normas que exigem a permanência do servidor em serviço, quando pede exoneração, pelo prazo fixado em lei;
2. os institutos da substituição, suplência e delegação;
3. a proibição do direito de greve, hoje bastante afetada, não só no Brasil, como em outros países, como a França, por exemplo. Lá se estabeleceram determinadas regras que procuram conciliar o direito de greve com as necessidades do serviço público; proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escala os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início.

No Brasil, o artigo 37, inciso VII, da Constituição assegura o direito de greves aos servidores públicos, nos termos e nos limites a serem estabelecidos em lei complementar.

O **princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins** autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em decorrência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários dos serviços públicos, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à manutenção de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser alterado, os contratos também podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente para atender ao interesse público; o aumento das tarifas é feito unilateralmente pela Administração, sendo de aplicação imediata.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., pp.478 “usque” 481.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit. pp.86/87.

Pelo **princípio da igualdade dos usuários** perante o serviço público, desde que a pessoa satisfaça às condições legais, ele faz jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal.²⁰

Seção IV – Classificação dos serviços públicos

São adotados vários critérios, para a classificação dos serviços públicos, cabendo destacar, inicialmente, os adotados por Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Cretella Júnior, Marçal Justen Filho, Romeu Felipe Bacellar Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Hely Lopes de Meirelles nos ensina que, os serviços públicos, podem ser classificados em: *públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; “uti universi” e “uti singuli”*, da seguinte maneira:

“Serviços públicos: propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação de terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são dos de defesa nacional, os de polícia, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública: são os que a Administração, reconhecendo sua *conveniência* (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade, presta-os diretamente ou aquiesce em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários e autorizatários), nas condições regulamentadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração dos usuários. São exemplos dessa modalidade os serviços de transporte coletivo, energia elétrica, gás, telefone.

No primeiro caso (*serviço público*), o serviço visa a satisfazer necessidades gerais e essenciais da sociedade, para que ela possa subsistir e desenvolver-se como tal; na segunda hipótese (*serviço de utilidade pública*), o serviço objetiva *facilitar a vida do indivíduo na coletividade*, pondo à sua disposição utilidades que lhe proporcionarão mais conforto e bem-estar. Daí se denominarem, os primeiros, serviços *pró-comunidade* e, os segundos, serviços *pró-cidadão*, fundados na consideração de que aqueles (*serviços públicos*) se dirigem ao bem comum e estes (*serviços de utilidade pública*), embora reflexamente interessem a toda a comunidade, atendem precipuamente às conveniências de seus membros individualmente considerados.

Serviços próprios do Estado: são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão, só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares.

Tais serviços, por sua essencialidade, geralmente são gratuitos ou de baixa remuneração, para que fiquem ao alcance de todos os membros da coletividade.

Serviços impróprios do Estado: são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem interesses comuns de seus membros, e, por

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit. pp.86/87.

isso, a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais), ou delega sua prestação a concessionários, permissionários e autorizatários. Esses serviços, normalmente, são rentáveis e podem ser realizados com ou sem privilégio (não confundir com monopólio), mas sempre sob regulamentação e controle do Poder Público competente.

Serviços administrativos: são os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas e preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza.

Serviços industriais: são os que produzem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração, esta, que, tecnicamente, se denomina *tarifa* ou *preço público*, por ser sempre fixada pelo Poder Público, quer quando o serviço é prestado por seus órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários. Os serviços industriais são *impróprios* do Estado, por consubstanciarem atividade econômica que só poderá ser explorado diretamente pelo Poder Público quando ‘necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’ (CF, art. 173).

Serviços ‘uti universi’ ou gerais: são aqueles que a Administração presta sem ter usuários determinados, para atender à coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esses serviços satisfazem indiscriminadamente a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer administrado à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou para seu bairro. Estes serviços são indivisíveis, isto é, não mensuráveis na sua utilização. Daí por que, normalmente, os serviços *uti universi* devem ser mantidos por *imposto* (tributo geral), e não por taxa ou tarifa, que é remuneração mensurável e proporcional ao uso individual do serviço.

Serviços ‘uti singuli’ ou individuais: são os que têm usuários determinados e utilização particular mensurável para cada destinatário, como ocorre com o telefone, a água e a energia elétrica domiciliares. Esses serviços, desde que implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que se encontrem na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que devem ser remunerados por *taxa* (tributo) ou *tarifa* (preço público), e não por imposto.”²¹

Já outra classificação é apontada por José Cretella Júnior, que assim nos ensina:

“Entre as várias classificações que se fizeram dos *serviços públicos*, uma dentre todas, alcançou unânime aceitação por parte dos doutrinadores, posto ajustar-se de maneira perfeita à realidade, além de revestir-se de reconhecida utilidade prática. Trata-se de classificação dos serviços em *próprios* e *impróprios*, apresentada pelo professor italiano Arnaldo de Valles e divulgada em várias obras do professor argentino Bielsa a tal ponto que, na menção dos serviços públicos, em *próprios e impróprios*, alguns autores chegam a atribuir a este último a paternidade daquela divisão.

Dentro do pensamento de Arnaldo de Valles, desenvolvido e exemplificado pelo mestre argentino Bielsa, *serviços públicos próprios* são aqueles que o Estado executa *diretamente* (por seus agentes) ou indiretamente (regime de concessões).

Serviços públicos impróprios são os que, atendendo embora às necessidade coletivas, como os anteriores, *não são executados pelo Estado, nem direta, nem indiretamente*, se bem que recebam ‘autorização’, ‘permissão’ ou ‘concessão’ do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los.

‘Em princípio’, esclarece Villegas Basavilbaso, ‘é função própria da Administração satisfazer diretamente às necessidades coletivas pelo procedimento de direito público, mas nada obsta juridicamente a que certas necessidades coletivas – desde que a ordem jurídica e constitucional não o proíba – sejam satisfeitas pelo mesmo procedimento por

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. pp.286/288.

particulares, para o que é absolutamente preciso que a Administração delegue tal atribuição. Nesses casos, as necessidades coletivas são satisfeitas indiretamente pela Administração. Essa *delegatio* dá origem à figura jurídica denominada pela doutrina de *concessão de serviço público*. Assim, pois, a prestação do *serviço público* deve ser realizada pela Administração: diretamente, por seus órgãos, ou indiretamente por concessionários’.

As considerações precedentes permitem afirmar que o *serviço público* deve ser prestado direta ou indiretamente pela Administração; mas como existem necessidades coletivas e são satisfeitas por particulares, cujas prestações constituem verdadeiros serviços que a Administração autoriza, ou permite, sujeitando-os a regulamentação de *polícia*, é mister não confundi-los com os primeiros. A doutrina denomina os segundos de *serviços públicos impróprios*, que diferem dos serviços prestados pela Administração Pública, direta ou indiretamente, embora ambos tenham uma nota comum: ‘a satisfação das necessidades coletivas’.

Explicando a distinção entre *próprios* e *impróprios*, no que diz respeito à classificação estabelecida por Arnaldo de Valles, assim discorre Bielsa:

‘Para determinar quando um *serviço público* deve considerar-se próprio, isto é, realizado pelo Estado, é necessário considerar o interesse público relativo ao Estado, em seu conceito de necessária organização jurídico-política, e as necessidades dos habitantes, ou seja, a população, que é elemento essencial do Estado’.²²

E arremata, sobre o assunto da classificação dos serviços públicos José Cretella Júnior, da seguinte forma:

“Diante da realidade brasileira atual e levando em conta a nomenclatura do Decreto-lei n.200 e do n.900, poderemos dividir os serviços públicos em diretos, quando desempenhados pela Administração direta, a saber, o Estado (Estado-União, Estado-Estado, Estado-Distrito Federal e Estado-Município). Assim, se o Exército abre uma estrada temos o *serviço público direto federal*. Se os próprios funcionários estaduais organizam um curso e lecionam, temos *serviço público direto estadual*.

Entretanto, o mesmo serviço público, desempenhado pelas autarquias, será serviço público próprio, mas indireto. *Próprio*, porque a autarquia é o Estado, num instante de descentralização. *Indireto*, porque é pessoa administrativa, à qual a pessoa política transferiu aquele serviço.

Impróprios são os serviços públicos desempenhados pelos particulares, como, por exemplo, os exercidos por *concessionárias*.”²³

Temos, também, a classificação, preconizada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que aborda as demais classificações, da seguinte forma:

“Vários critérios têm sido adotados para classificar os serviços públicos:

1. Serviços públicos **próprios** e **impróprios**.

Esta classificação foi feita originariamente por Arnaldo de Valles e divulgada por Rafael Bielsa(cf. Cretella Júnior, 1980:50).

Para esses autores, serviços públicos **próprios** são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa **diretamente** (por meio de seus agentes) ou **indiretamente** (por meio de concessionários e permissionários). E serviços públicos **impróprios** são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele **autorizados, regulamentados** e **fiscalizados**; eles

²² CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pp.402/404.

²³ CRETILLA JÚNIOR, José. op. cit., p.405.

correspondem a atividades privadas e recebem **impropriamente** o nome de **serviços públicos** porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do poder público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.

Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio **não é serviço público** em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua ou, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a especial regime jurídico, tendo em conta a sua relevância. Exemplos: os serviços prestados por instituições financeiras e os de seguro e previdência privada (art. 192, I e II, da Constituição). São atividades **privadas** que dependem de autorização do poder público; são **impropriamente** chamadas, por alguns autores, de **serviços públicos autorizados**.

Hely Lopes Meirelles (1996:357) dá o exemplo dos serviços de táxi, de despachantes, de pavimentação de ruas por conta dos moradores, de guarda particular de estabelecimentos e de residências. Ele diz que não constituem atividades públicas típicas mas os denomina de **serviços públicos autorizados**.

Essa classificação carece de maior relevância jurídica e padece de um vício que justificaria a sua desconsideração: inclui, como espécie do gênero serviço público, uma atividade que é, em face da lei, considerada **particular** e que só tem em comum com aquele o fato de atender ao interesse geral.

É interessante observar que Hely Lopes Meirelles (1996:298) adota essa classificação, mas lhe imprime sentido diverso do original. Para ele, serviços públicos **próprios** 'são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde públicas) e para a execução dos quais a Administração usa de sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares'. Serviços públicos **impróprios** 'são os que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas satisfazem a interesses comuns de seus membros e por isso a Administração os presta remuneradamente, por seus órgãos, ou entidades descentralizadas (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais) ou delega a sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários'.

O que o autor considera fundamental é o tipo de interesse atendido, **essencial** ou **não essencial** da coletividade, combinado com o **sujeito** que o exerce; no primeiro caso, só as entidades públicas; no segundo, as entidades públicas e também as de direito privado, mediante delegação.

2. Quanto ao **objeto**, os serviços públicos podem ser **administrativos, comerciais ou industriais e sociais**.

Serviços **administrativos** 'são os que a Administração Pública executa para atender às suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza' (cf. Hely Lopes Meirelles, 1996:298).

A expressão é equívoca porque também costuma ser usada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas, distinguindo-as da legislativa e jurisdicional (cf. Cretella Júnior, 1980:59) e ainda para indicar os serviços que não são usufruídos **diretamente** pela comunidade, ou seja, no mesmo sentido do serviço público *uti universi*, adiante referido.

Serviço público **comercial** ou **industrial** é aquele que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica. Ao contrário do que diz Hely Lopes Meirelles (1996:299), entendemos que esses serviços não se confundem com aqueles a que faz referência o artigo 173 da Constituição, ou seja, não se confundem com a **atividade econômica** que só pode ser prestada pelo Estado em caráter suplementar da iniciativa privada.

O Estado pode executar três tipos de atividade econômica:

a) uma que é reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da Constituição e que o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; quando o Estado a executa, ele não está prestando serviço público (pois este só é assim considerado quando a lei o define como tal), mas intervindo no domínio econômico; está atuando na esfera de ação dos particulares e sujeita-se obrigatoriamente ao regime das empresas privadas, salvo algumas exceções contidas na própria Constituição;

b) outra que é considerada atividade econômica, mas que o Estado assume em caráter de monopólio, como é o caso da exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares (arts. 176 e 177 da Constituição, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 6 e 9, de 1995);

c) e uma terceira que é assumida pelo Estado como **serviço público** e que passa a ser incumbência do poder público; a este não se aplica o artigo 173 mas o artigo 175 da Constituição, que determina a sua execução **direta** pelo Estado ou **indireta**, por meio de concessão ou permissão; é o caso dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, parágrafo 2º, da Constituição, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; **esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado.**

3. Quanto à maneira como concorrem para satisfazer o interesse geral, os serviços podem ser: *uti singuli* e *uti universi*.

Serviços *uti singuli* são aqueles que têm por finalidade a satisfação **individual e direta** das necessidades dos cidadãos. Pelo conceito restrito de serviço público adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello, só esta categoria constitui serviço público: prestação de utilidade ou comodidade fruível **diretamente** pela comunidade. Entram nessa categoria determinados serviços comerciais e industriais do Estado (energia elétrica, luz, água, transportes) e de serviços sociais (ensino, saúde, assistência e previdência social).

Os serviços *uti universi* são prestados à coletividade, mas usufruídos apenas **indiretamente** pelos indivíduos. É o caso dos serviços de defesa do país contra o inimigo externo, dos serviços diplomáticos, dos serviços administrativos prestados internamente pela Administração, dos trabalhos de pesquisa científica, de iluminação pública, de saneamento.

4. Caio Tácito (1975:199) faz referência a outra classificação, que divide os serviços públicos em **originários** ou **congênitos** e **derivados** ou **adquiridos**; corresponde à distinção entre atividade **essencial** do Estado (tutela do direito) e atividade **facultativa** (social, comercial e industrial do Estado).

O autor observa que 'a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a **essencialidade** passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias de ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanadas dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal'. Mas, acrescenta que 'há, todavia, uma sensível diferença entre os serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais **originários** ou **congênitos**; aos últimos, de serviços estatais **derivados** ou **adquiridos**'.

Esta classificação corresponde à que Hely Lopes Meirelles faz entre **serviços públicos** e **serviços de utilidade pública** (1996:297).

5. Um último critério de classificação considera a exclusividade ou não do poder público na prestação do serviço; esse critério permite falar em serviços públicos **exclusivos** e **não exclusivos** do Estado.

Na Constituição, encontram-se exemplos de serviços públicos **exclusivos**, como o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X), os serviços de telecomunicações (art. 21, XI), os de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea, transportes e demais indicados no artigo 21, XII, o serviço de gás canalizado (art. 25, parágrafo 2º).

Outros serviços públicos podem ser executados pelo Estado ou pelo particular, neste último caso mediante **autorização** do poder público. Tal é o caso dos serviços previstos no título VIII da Constituição, concernentes à ordem social, abrangendo saúde (art. 196 a 199), previdência social (art. 201, parágrafo 8º), assistência social (art. 204) e educação (arts. 208 e 209).

Com relação a esses serviços **não exclusivos** do Estado, pode-se dizer que são considerados **serviços públicos próprios**, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados **serviços públicos impróprios**, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos à autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas; mas

impropriamente públicos porque falta um dos elementos do conceito de serviço público, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.”²⁴

Outra classificação, que não poderíamos deixar de nos referir, seria aquela citada por Marçal Justen Filho, que classifica os serviços públicos da seguinte forma:

“Os serviços públicos podem ser classificados segundo diversos critérios, tomando em vista a competência federativa, o grau de essencialidade e a necessidade a ser satisfeita.

1) Serviços públicos quanto à competência federativa: Os serviços públicos podem ser diferenciados em vista do ente federativo que os titulariza. A classificação é relevante não apenas para individualizar o ente federativo que deverá assumir a prestação do serviço como também a competência legislativa correspondente.

Poderiam ser diferenciados os serviços públicos de *competência comum* e os de *competência privativa*. Os de competência comum são aqueles atribuídos a todos os entes federativos em conjunto, tal como a educação e a saúde. Já os de competência privativa são de titularidade de determinada órbita federativa. A diferenciação se faz segundo os critérios gerais de discriminação de competências federativas ou em vista de regra constitucional específica.

Assim, a Constituição indica, de modo expresse, alguns serviços públicos como de titularidade da União (art.21, X a XII). Outros serviços são identificados segundo os critérios gerais. Assim, o transporte urbano de passageiros é de competência municipal. O transporte de passageiros interurbano estadual é de titularidade do Estado-membro. E a União é titular do transporte de passageiros interestadual e internacional.

2) Serviços públicos quanto ao grau de essencialidade: É costumeiro diferenciar serviços públicos essenciais e não essenciais. Trata-se de uma diferenciação muito problemática, já que todos os serviços públicos são, teoricamente, essenciais. Mas a diferença pode ser admitida em vista da característica da necessidade a ser atendida. Há necessidades cujo atendimento pode ser postergado e outras que não comportam interrupção. A distinção apresenta pertinência no tocante ao regime jurídico, especialmente quanto à impossibilidade de interrupção.

3) Serviços públicos quanto à natureza da necessidade a ser satisfeita: Quanto à natureza da necessidade satisfeita, os serviços públicos podem ser:

-**sociais:** aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade;

-**comerciais e industriais:** aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, tal como a água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações;

-**culturais:** os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro.”²⁵

Da mesma forma, não podemos olvidar a classificação mencionada por Romeu Felipe Bacellar Filho, que se apresenta da seguinte forma:

“**CLASSIFICAÇÃO:** - *Quanto à titularidade:* Os serviços públicos podem ser classificados quanto à sua titularidade, que é definida pelo sistema de repartição de competências constitucional: a) *União* – art.21, X (serviço postal); art.21, XI (telecomunicações); art.21, XII, a (radiodifusão sonora de sons e imagens); art.21, XII, b (energia elétrica), art.21, XII, c (navegação aérea), art.21, XII, d (transporte ferroviário e

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., pp.87/91.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 1ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, pp.498/499.

aquaviário), 21, XII, e (transporte rodoviário interestadual e internacional), art.21, XII, f (portos), art.21, XXIII (serviços nucleares); b) *Estados* – art.25, parágrafo 2º (serviço local de gás canalizado), art.25, parágrafo 3º (serviços públicos de interesse comum em regiões metropolitanas) e art.25, parágrafo 1º (competências implícitas para instituir todas as demais modalidades de serviço público, desde que não lhe tenham sido vedadas pela Constituição); c) *Municípios* – art.30, V (serviços públicos de interesse local).

- **Quanto ao destinatário:** a) *uti singuli* – são os serviços com destinatários determinados; b) *uti universi* – são os serviços que não têm destinatários determinados.

- **Quanto à execução:** a) *Exclusivos* – Com efeito, a Constituição Federal de 1988 traz expressos os serviços que define como públicos, quando, por exemplo, enumera as competências dos entes federativos (cf. arts. 21, 205 e 208).

Assim, há os serviços privativos do Estado que podem ser, contudo, concedidos à empresa sob controle acionário estatal (art.21, X, da CF), ou, ainda, prestados por determinados entes mediante autorização, permissão e concessão.

b) *Não exclusivos* – Ademais, note-se que nem todos os serviços que são de alçada do Poder Público são excluídos da iniciativa privada, os serviços públicos não privativos, como é o caso da saúde (art.199) e da educação (art.209), prestados tanto pelo Poder Público como pela iniciativa privada.”²⁶

Para finalizar, insta destacar a classificação, apontada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim se conduz:

“Serviços públicos por determinação constitucional – No que concerne à esfera federal, é que se passa com o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional (art. 21, X, da Constituição), com os serviços de telecomunicações²⁷, serviços de radiodifusão sonora – isto é, rádio - e de sons e imagens - ou seja, televisão, serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água, navegação aérea, aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais,²⁸ ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros,²⁹ exploração dos portos

²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu. *Direito Administrativo, Coleção Curso & Concurso, Coordenação Edilson Mougnot Bonfim*, São Paulo, Editora Saraiva, 2005, pp.156/157.

²⁷ Em nota de rodapé, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que: “O inciso XI do art.21 teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional 8, de 15.8.95, para excluir a exigência de que fossem prestados diretamente pelo Estado ou empresa sob controle acionário estatal. Outras três Emendas, patrocinadas pelo Executivo, foram aprovadas no primeiro ano da gestão do Presidente Fernando Henrique Cardoso. A primeira delas, de n.6, para eliminar o conceito e a proteção à empresa brasileira de capital nacional e para permitir a exploração mineral do subsolo brasileiro por empresas controladas e dirigidas por pessoas não residentes e domiciliadas no País; e a de n.7, para eliminar a proteção, em matéria de transporte marítimo, aéreo e terrestre, a armadores, proprietários, comandantes ou tripulantes brasileiros, assim como a navios de bandeira brasileira, e para permitir que o transporte de cabotagem e a navegação interior no Brasil pudessem ser feitos por embarcações estrangeiras; e a de n.9, para ‘flexibilizar’ o monopólio estatal do petróleo.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 634, nota de rodapé n. 23).

²⁸ Em nova nota de rodapé, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, volta a esclarecer que: “Simetricamente, se ditos serviços não forem entre portos ou fronteiras nacionais, realizando-se entre Municípios, serão estaduais, e, se se realizarem no interior do próprio Município, serão municipais.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 635, nota de rodapé n. 24).

²⁹ Em novo esclarecimento, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatiza em nota de rodapé: “Simetricamente, o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros é serviço público estadual e o transporte municipal é da alçada do Município; este último, aliás, está expressamente previsto no art.30, V.” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 635, nota de rodapé n. 25).

marítimos, fluviais e lacustres (art.21, XII, letras “a” a “f”), seguridade social (art.194), serviços de saúde (art.196), assistência social (art.203) e educação (arts.205 e 208).

A enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera públicos não é exaustiva.³⁰

Ademais, muitos serviços públicos serão da alçada exclusiva de Estados, Distrito Federal ou dos Municípios, assim como outros serão comuns à União e a estas diversas pessoas. Por exemplo: ‘cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência’(art.23,II), ou ‘proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência’(art.23,V), ‘promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico’(art.23,IX).

Também não se deve imaginar que todos os serviços postos à compita do Poder Público,e, por isto, qualificáveis como públicos, estejam, todos eles(salvo concessão ou permissão), excluídos do campo de ação dos particulares.

Com efeito, cumpre distinguir entre serviços públicos *privativos*, do Estado – que são os referidos no art.21, XI – ou mediante *autorização, concessão* ou *permissão* – que são os relacionados no art.21, XII, bem como quaisquer outros cujo exercício suponha necessariamente a prática de atos de império -, e os *serviços públicos não privativos do Estado*.

Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem.

Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão.

De acordo com a Constituição, são quatro estas espécies de serviços sobre os quais o Estado não detém titularidade *exclusiva*, ao contrário do que ocorre com os demais serviços públicos nela previstos. A saber: serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social.

Com efeito, embora a Lei Magna os declare um ‘dever do Estado’(arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma, também:

- a) ou que ‘são livres à atividade privada’(arts. 199 para a saúde, 209 para a educação);
- b) ou expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art.204, I, e II, para a assistência social);
- c) ou pressupõe uma atuação ‘complementar’ da iniciativa privada (art.202, para a previdência social).

Sem embargo, ficam todos eles submetidos a um tratamento normativo mais estrito do que o aplicável ao conjunto das atividades privadas. Assim, o Poder Público, dada a grande relevância social que possuem, os disciplina com um rigor especial.

Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos no Brasil – Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses:

- a) serviços de *prestação obrigatória e exclusiva do Estado*;
- b) serviços de *prestação obrigatória do Estado* e em que é também *obrigatório outorgar em concessão* a terceiros;
- c) serviços de *prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade*;
- d) serviços de *prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação*, tendo, pois que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros.

Vejamos quais os que se aloca em uma ou outra categoria.

a) *Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado*

Há duas espécies de serviços que *só podem ser prestados pelo próprio Estado*, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de *serviço postal e correio aéreo nacional*, como resulta do art.21,X.

Isto porque, ao arrolar no art.21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” a “f”) diversos serviços. A respeito

³⁰ Alude, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em nota de rodapé: “Isto significa que dentro de certos limites, mais ao diante abordados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão criar serviços públicos não mencionados na Constituição. Valha como exemplo, na esfera municipal, o ‘serviço funerário.’” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 635, nota de rodapé n. 26).

deles esclarece que a União os explorará diretamente ‘ou mediante autorização, concessão ou permissão’. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou.

b) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder

Há uma espécie de serviços públicos que o Estado, conquanto obrigado a prestar por si ou por criatura sua, é também obrigado a oferecer em concessão, permissão ou autorização: são os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão). Isto porque o art.223 determina que, na matéria, seja observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Se esta complementaridade deve ser observada, o Estado não pode se ausentar de atuação direta em tal campo, nem pode deixar de concedê-los, pena de faltar um dos elementos do trinômio constitucionalmente mencionado.

c) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade

Há cinco espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora e de sons e imagens, tudo conforme fundamentos constitucionais já indicados.

d) Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá que promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão.

Todos os demais serviços públicos, notadamente, os arrolados no art.21, XI, da Constituição, o Estado tanto pode prestar por si mesmo (mediante administração direta ou indireta) como transferindo seu desempenho a entidade privada (mediante concessão, permissão).”³¹

Das premissas aferidas nas diversas classificações, é patente a divergência doutrinária acerca da matéria, conforme se infere pela simples leitura dos escólios colacionados, a ponto de viabilizar uma constante mutação do tema, no âmbito de toda a doutrina, ao classificar os serviços públicos, conforme, aliás, alerta Odete Medauar, quando analisa a caracterização do serviço público, da seguinte forma:

“Saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção da política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição. A Constituição pátria considera como serviços públicos, por exemplo: o transporte coletivo, no art.30, V; serviços telefônicos, no art.21, XI; energia elétrica, no art.21, XII, *b*. Por sua vez, a lei federal 9.074, de 07.07.1995, indica os serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações como serviços públicos.

Tradicionalmente existe o chamado ‘núcleo pacífico dos serviços públicos’: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio.

Finalidades diversas levam a considerar certa atividade como serviço público, dentre as quais: retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico.

Em essência *serviço público* significa prestações; são atividades que propiciam diretamente benefícios e bens, aos administrados, não se incluindo aí as de preparação de

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, pp. 634 “usque” 638.

infra-estruturas (arquivo, arrecadação de tributos). Abrange prestações específicas para determinados indivíduos, água, telefone, e prestações genéricas, iluminação pública, limpeza de ruas.

No momento em que a atividade de prestação recebe a qualificação de serviço público, conseqüências advêm, em especial quanto ao regime jurídico, mesmo que fornecida por particulares.”³²

Seção V – Serviços públicos e sua prestação

A expressão *delegação de serviço público* adveio do direito francês³³, e dentre estas formas de delegação, a que mais se destaca, seria a concessão de serviço público, prevista no artigo 175 da Constituição Federal, através da qual, a prestação dos serviços “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão”³⁴; sendo pois que, a definição de concessão de serviço público, preconizada, de maneira peculiar, por Marçal Justen Filho, é bastante esclarecedora, *in verbis*:

“A concessão de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.

A concessão de serviço público é um contrato plurilateral

O contrato de concessão é pactuado entre três partes³⁵, que são (a) o ‘poder concedente’ (o ente federativo titular da competência para prestar o serviço), (b) a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade e (c) o particular (concessionário).

Daí não se infere que todas as partes sejam titulares de posições jurídicas homogêneas, nem que Estado e sociedade compartilhem poderes, direitos e deveres idênticos. Por isso, a triangularidade da concessão não significa que as competências reservadas ao poder concedente apenas possam ser exercitadas em conjunto com a sociedade. Nem traduz a concepção de que a sociedade seja uma espécie de ‘curadora’ do Estado. A validade dos

³² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 8ª. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp.372/373.

³³ A respeito veja-se XAVIER BEZANÇON, *Essai sur les contrats et de services publics – contribution à l’histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris: LGDJ, 1999, Bibliothèque de Droit Public, t.206.

³⁴ Conforme definição legal anteriormente citada (vide nota de rodapé n. 11 da presente dissertação).

³⁵ Em nota de rodapé, Marçal Justen Filho, esclarece: “Essa posição é absolutamente isolada na doutrina e na jurisprudência, que entendem que a concessão é pactuada apenas entre o poder concedente e o concessionário. Apesar de constituir voz isolada, nem por isso se reputa que a orientação é incorreta e se defende a orientação com a esperança de que venha ela a prevalecer no futuro.”(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo, 1ª. Edição, 2005, p. 501, nota de rodapé n.14).

atos praticados pelo Estado não depende de nenhuma ratificação social. A extensão dos efeitos da triangularidade será exposta adiante.

de natureza organizacional

O contrato de concessão apresenta natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando ao desempenho de atividade de interesse comum das partes.

e associativa

A prestação de serviço público adequado e satisfatório se configura como um objetivo comum, compartilhado pelo Estado, pela sociedade civil e pelo concessionário. A concessão é um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de serviços públicos. O intento de realizar o bem comum autoriza o Estado a estabelecer unilateralmente as regras acerca do serviço e a fiscalizar a atividade do concessionário. Mas o concessionário não é um 'inimigo' da Administração, tanto como não pode ser combatido como 'explorador' da comunidade.

Como apontam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNÁNDEZ, 'administração concedente e concessionário privado aparecem desse modo como colaboradores comprometidos na consecução de um mesmo fim, mais do que como antagonistas em uma pura relação de intercâmbio'.³⁶

Não se contraponha que o concessionário, como empresário privado, é vocacionado preponderantemente para o lucro. O intuito lucrativo é o objetivo indireto do concessionário. O objetivo direto e imediato de todas as partes é a prestação de serviços públicos satisfatórios. Nenhuma diferença se põe entre Estado, sociedade civil e concessionário: todos se dispõem a colaborar e a concentrar esforços e recursos para o desempenho satisfatório das atividades que configuram o serviço público.

por meio do qual a prestação de um serviço público

A concessão não acarreta a transformação do serviço em privado. A outorga da concessão não representa modalidade de desafetação do serviço, retirando-o da órbita pública e inserindo-o no campo do direito privado.

Havendo concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço público. O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado. Existe o dever-poder de o Estado fiscalizar, regular e retomar os serviços concedidos. Essa atividade deve ser realizada em conjugação com a sociedade civil, na condição de titular de um pólo da relação jurídica.

é temporariamente delegada pelo Estado

O regime da concessão importa, necessariamente, a temporariedade da concessão. Não se admitem concessões eternas, nem aquelas em que o concedente renuncie definitivamente ao poder de retomar o serviço.

O prazo da delegação é determinado e desempenha duas funções fundamentais. A primeira é a delimitação do período pelo qual o particular desenvolverá o serviço. Atingido o termo avençado, o serviço retornará ao concedente. A segunda é a garantia de que a extinção antecipada, sem culpa do concessionário, acarretará ampla indenização a ele.

Ademais disso, o prazo determinado é um dos fatores para a fixação das condições econômicas da exploração, traduzindo-se num dos aspectos da equação econômico-financeira da avença.

a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil

Tradicionalmente se afirma que o concessionário presta o serviço por sua própria conta. Essa solução apenas pode ser admitida em termos. Afirmar que o concessionário presta o serviço por sua própria conta reflete uma concepção política e jurídica não mais vigente. A afirmação dos conceitos fundamentais de direito público tornou insustentável interpretar a fórmula literalmente.

³⁶ O professor Marçal Justen Filho, em nota de rodapé, cita: "Curso de derecho administrativo, Madrid: civitas, 1980, v.1, p.614, orig. em castelhano. No mesmo sentido, AGUSTÍN GORDILLO (Tratado de derecho administrativo, 4ª. ed., Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1997, t. 1, p. XI-46). No mesmo sentido e com precedência, LAUBADÈRE, MODERNE e DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris: LGDJm 1983, t. 1, p.288-91"(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 1ª. edição, 2005, p.502, nota de rodapé n.15).

Se o serviço permanece sendo público, não é possível afirmar que ele é prestado 'por conta' do concessionário. É evidente que o serviço delegado é prestado por conta do poder concedente. O concessionário atua em nome próprio e assume inúmeros direitos e deveres, mas é incorreto atribuir ao interesse privado do delegatário relevância central na avença.

Manter economicamente viável a concessão de serviço público é interesse também do concedente e da sociedade, uma vez que a frustração do empreendimento prejudicará a todos e colocará em risco a continuidade do serviço público.

mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos

A concessão de serviço público produz a exploração empresarial de um serviço público. Isso significa que o concessionário aplicará seus recursos e esforços para prestação do serviço público, mas visando a obtenção de lucro. Costuma-se afirmar que o concessionário assume o 'risco' do empreendimento, afirmativa que deve ser bem compreendida para evitar equívoco.

Somente seria possível atribuir o risco do empreendimento integralmente ao particular se a concessão transformasse o serviço em privado. Nesse caso, o insucesso da empresa seria algo pertinente apenas ao interesse particular.

Como o serviço continua a ser público e indispensável à promoção dos direitos fundamentais, é vedada sua interrupção. O serviço público deve ser mantido, o que conduz à impossibilidade de transformá-lo num instrumento de risco privado.

É essencial à concessão o vínculo entre a remuneração do particular e a exploração do serviço, o que significa que a remuneração será variável em vista da eficiência organizacional e do consumo dos usuários.

Se o serviço público objeto da delegação envolver elevados riscos ou apresentar margem reduzida de lucratividade, o Poder Público poderá contribuir para a remuneração do particular. Essa é a concepção vigorante em todos os países de tradição similar à nossa, tendo sido confirmada na jurisprudência comunitária, francesa e na orientação geral da União Européia.³⁷

Não há vedação constitucional a que recursos estatais sejam aplicados na manutenção de atividades concedidas³⁸. Quando se afirma que a concessão de serviços públicos implica a prestação de serviços por conta e risco do particular, quer-se dizer que não há total eliminação do risco empresarial. Se for assegurado ao particular um rendimento vinculado apenas a seu esforço, estará excluída uma característica essencial da concessão. Passará a se configurar uma empreitada, em que o direito do particular à remuneração deriva da execução da prestação dele exigida.

O risco não será, então, nem totalmente eliminado, nem ocorrerá a assunção completa dele pelo particular. Enfim, a concessão de serviço público significa um compartilhamento de riscos e proveitos entre o Estado, a sociedade e um particular."³⁹

De maneira mais sucinta, Luiz Alberto Blanchet, definiu o conceito de *serviço público*⁴⁰ e ao abordar a questão do serviço público, e concessão, alerta que:

³⁷ Em nova nota de rodapé, Marçal Justen Filho, esclarece que: "Para uma exposição mais minuciosa, confirmam-se as observações realizadas pelo autor em *Teoria geral das concessões de serviço público*, São Paulo: Dialética, 2003, p.85 e s."(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 1ª. edição, 2005, p. 504, nota de rodapé n. 16).

³⁸ Em nota de rodapé, o Professor Marçal Justen Filho, traz à lume, o seguinte esclarecimento: "BENEDICTO PORTO NETO vai ainda mais longe, em trabalho precursor sobre a matéria no direito brasileiro, ao asseverar que 'A Administração Pública pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço' (*Concessão de serviço público no regime da Lei n.8.987/95 – conceitos e princípios*, São Paulo: Malheiros, 1998, p.76)."(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 1ª. edição, 2005, p.504, nota de rodapé n.17).

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 1ª. edição, 2005, pp. 501 *usque* 504.

“Como a lei não fornece o conceito de *serviço público*, frequentemente este instituto é confundido com outras figuras jurídicas que, embora apresentem características de ordem material muito parecidas e sejam também de interesse coletivo, têm natureza jurídica diversa. Tais discrepâncias tornam imprescindível a identificação objetiva e precisa das atividades a que são aplicáveis as leis referentes a *serviços públicos*, tais como as pertinentes à concessão, por exemplo, uma vez que também esta não definem o que seja *serviço público*”⁴¹.

Disso temos que ter em mente que, a concessão (bem como a permissão), como forma indireta de prestação de serviço público, exige certas condições, das quais podemos destacar aquelas, aludidas pelo mencionado professor, que seriam: “1º) a atividade deve estar definida como serviço público pela Constituição ou por lei; 2º) é necessária prévia autorização legislativa, em razão do princípio da legalidade; 3º) deve haver possibilidade material da execução por particulares e; 4º) a prévia licitação é pressuposto de validade da outorga”⁴².

Partindo desses ensinamentos chegamos à conclusão de que a prestação dos serviços públicos, de maneira indireta, praticada pelo Poder Público, deve ser regulamentada constitucionalmente, de molde que se faz imperiosa a realização de prévia licitação, e dentro desta relação, entre o particular e a Administração Pública (além de outros possíveis interessados), poderão surgir conflitos que serão solucionados através do devido processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

⁴⁰ Cujo conceito está transcrito em nota de rodapé sob n. 05 da presente dissertação.

⁴¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Juruá: Curitiba, 3ª. edição, 2004, p.53.

⁴² BLANCHET, Luiz Alberto. op. cit.,p.59.

Capítulo III – Processo administrativo

Seção I – Diferenciação entre processo e procedimento

Tormentoso é o tema acerca da diferenciação entre processo e procedimento que, ainda, vem a causar acirradas discussões, cabendo citar, a respeito do assunto, o vetusto ensinamento de Alberto Xavier, diante de sua valiosa lição, *in verbis*:

“O termo processo, segundo Carnelutti, é de origem relativamente recente, tendo-se substituído à expressão ‘juízo’ (de ‘iudicium’). Esta última palavra não abarca porém a essência total da realidade que visa exprimir: é que ‘em juízo’ não se verificam apenas operações intelectuais cognoscitivas – o julgamento – mas também operações volitivas – a ordem ou comando por que as autoridades impõem o cumprimento do Direito; e litígios há em que a própria atividade de julgar, ou não existe, ou desempenha um papel de escasso relevo, como é o caso dos ‘litígios de pretensão insatisfeita’, em que se traduz a execução.⁴³

Em geral, processo (de ‘procedere’) significa uma sucessão de atos, fatos ou operações que se agrupam segundo uma certa ordem para atingir um fim. Mas, na linguagem jurídica científica o conceito tem sido empregado para exprimir apenas aquelas sucessões de atos, fatos ou operações cujo objetivo fundamental é a decisão de um conflito de interesses juridicamente relevantes.

Deste modo, abarca o mesmo grupo de atividades que a expressão juízo, mas tem sobre ela o mérito de melhor retratar o fenômeno, não deixando na sombra a função de comando da sentença, nem o processo executivo que assenta num conflito de interesses e constitui uma forma especial de lide. Acresce que o termo sugere com nítida vantagem a natureza dinâmica do instituto.

Demarcou-se assim o conceito de processo pela *função jurisdicional* que visa prosseguir: o processo em sentido rigoroso ou técnico seria mais especificamente apenas o que se desenrola perante os tribunais comuns, chegando Carnelutti a sugerir que a expressão ‘processo judicial’ envolve em si mesma uma tautologia.⁴⁴ Delimitando ainda mais

⁴³ Em nota de rodapé o Professor Alberto Xavier esclarece: “Conforme CARNELUTTI, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, 1936, vol. I, pág. 44. Efetivamente, no direito romano do período das ‘legis actiones’ o ‘iudicium’, dentro da ‘manus injectio’ limitava-se a operações cognoscitivas; mais tarde, a ‘actio iudicati’ representava apenas uma ação obrigacional que não dava imediatamente lugar à execução. Também no direito germânico o ‘juízo de conhecimento’ era uma fase incidental da execução pela qual o executado impugnava o direito do exequente. Mantem-se assim, durante certo tempo, o sentido originário da expressão, só mais tarde passando a designar o conjunto das atividades que se desenrolaram no tribunal. Sobre este ponto, conforme JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, Coimbra, 1943, vol. I, págs. 69 e seguintes”(XAVIER, Alberto, *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.8, nota de rodapé n.1).

⁴⁴ Em nova nota de rodapé, o Professor Alberto Xavier, aponta: “Conforme Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, cit., pág. 44. Em sentido semelhante: Leo Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesual Civil*, tomo I (trad. esp.), pág. 1; Calamandrei, *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*, Pádua I, 1943, pág. 156; Redenti, *Diritto Processuale Civile*, Milão, 1947,

restritamente o conceito, Chiovenda define o processo como ‘o conjunto de atos coordenados para a finalidade de realização da vontade concreta da lei por parte dos órgãos da jurisdição ordinária’⁴⁵.

A doutrina tradicional desenvolvida pelos processualistas completa-se logicamente com a distinção entre *proceso* (definido segundo os critérios acima indicados) e *procedimento*. Para Couture, Guasp e José Frederico Marques, o procedimento seria a mera sucessão de atos, independentemente do fim a que se dirige, mas já o processo seria aquela mesma sucessão teleologicamente orientada para a realização da função jurisdicional⁴⁶; e idéias semelhantes acabam por exprimir os autores, como João Mendes Júnior, que consideram o primeiro como o lado externo, o aspecto formal, e o segundo o lado interno, a própria substância da atividade jurisdicional.⁴⁷

Se para estas doutrinas o procedimento não passa de um particular aspecto do fenômeno processual, compreende-se bem que tenha sido possível estender o conceito de modo a abranger outras realidades estranhas ao ‘processo’, mas em que também se verifica aquela mesma sucessão de atos e formalidades. Poder-se-ia falar de um procedimento legislativo, de um procedimento administrativo, uma vez que reles é de regra o cumprimento ordenado de certos trâmites para a formação dos atos que se destinam a produzir; mas já não lhes quadraria bem o termo processo, que em linguagem técnica deveria ser reservado à função judicial ou, quando muito, jurisdicional.⁴⁸

As várias opiniões formuladas sobre a distinção entre processo e procedimento harmonizam-se pois logicamente, revelando mais divergências de pura forma, do que de conteúdo. E, deste modo, a doutrina processualista tradicional apresenta um corpo de idéias e conceitos dotado de certa coesão e homogeneidade.”⁴⁹

Não se pode confundir, o conceito de processo com o de procedimento, pois enquanto aquele seria o conjunto de atos pré-ordenados para a obtenção de

pág. 57”(XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.9, nota de rodapé n.2).

⁴⁵ Em nota de rodapé, o Professor Alberto Xavier, cita: “Conforme Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (trad. esp.) 1936, pág. 38.”(XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.9, nota de rodapé n.3).

⁴⁶ Nesta nota de rodapé, o Professor Alberto Xavier, faz citação da seguinte forma: “Conforme Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª. edição (póstuma), 1958, págs. 8 e 202; Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, pág. 18; José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, I, São Paulo, 1974, págs. 8-9, 116-117; ID.; *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, 1974, pág. 227; ver ainda Contreiras de Carvalho, *Processo Tributário Administrativo*, São Paulo, 1974, pág. 22.”(XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.10, nota de rodapé n. 4).

⁴⁷ O Professor Alberto Xavier, em nota de rodapé, aponta: “Conforme João Mendes Júnior, *Direito Judiciário Brasileiro*, pág. 264; ver também Fiorini, *Procedimento Administrativo y Recurso Jerárquico*, Buenos Aires, 1971, pág. 13 e segs.; Héctor Escola, *Tratado General de Procedimento Administrativo*, Buenos Aires, 1973, pág. 7.”(XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.10, nota de rodapé n.5).

⁴⁸ Em nota de rodapé, o Professor Alberto Xavier, esclarece: “José Frederico Marques afirma que ‘só por antonomásia fala-se em processo administrativo para a designação de procedimentos formados em repartições públicas, no tocante a atividades diversas que ali realizam órgãos da administração. Em tais casos o que existe é apenas procedimento administrativo. E o mesmo se diga do denominado processo legislativo, que é apenas o conjunto de formas e regras de tramitação procedimental para constituírem-se leis e atos normativos.’ (conforme *Manual de Direito Processual Civil*, I, São Paulo, 1974, pág. 9).”(XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.11, nota de rodapé n.6).

⁴⁹ XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, pp. 07 ‘usque’ 11. Em nota de rodapé, sob n. 7, o professor Alberto Xavier, esclarece que: “E não só processualistas aderem ao conceito restrito. Também administrativistas da envergadura de Agustín Gordillo, *Procedimento y Recursos Administrativos*, 2ª. edição, Buenos Aires, 1971, págs. 19-20.” (XAVIER, Alberto. *Do Procedimento Administrativo*, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, p.11, nota de rodapé n.7).

um resultado no âmbito administrativo, este seria o modo como “caminha” o processo. Disso resulta que, o processo, pode ser realizado através de diferentes procedimentos, de acordo com a natureza da causa ou do objetivo da decisão. Hely Lopes Meirelles, analisando a situação, afirma que, embora tecnicamente correto denominar-se *procedimento administrativo*, pela prática, opta por *processo administrativo*⁵⁰.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “o procedimento compreende várias manifestações de vontade sucessivas, de diferentes órgãos administrativos, exteriorizando atos jurídicos autônomos, que constituem etapas a antecederem a manifestação de vontade, consubstanciada no ato jurídico final, a que se ligam.”⁵¹

No mesmo caminho, é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que compreende o procedimento administrativo como “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendente todos a um resultado final e conclusivo.”⁵²

Já Celso Ribeiro Bastos, não obstante considerar, o procedimento administrativo, não só um mero conjunto de atos administrativos, mas o nexo lógico que os une tornando cada um deles, uma peça necessária para o ato final, admite que “é preciso reconhecer que a Administração pratica também atos processuais e, mais do que isso, ela vê-se forçada em determinadas circunstâncias somente a girar debaixo da instauração de um processo, cujo andamento não fica

⁵⁰ “Para evitar divergência terminológica entre a teoria e a prática, continuaremos a chamar de processo administrativo o que, no rigor da doutrina, seria procedimento administrativo”(MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 587).

⁵¹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello(*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2ª. edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1975, volume I, p.536), observa, ainda, que os atos jurídicos, constituindo etapas a antecederem a manifestação de vontade, consubstanciam-se no ato jurídico final, sendo que “aqueles atos perfazem o ciclo para a prática deste. Por isso se chamam atos preparatórios. São pressupostos do ato jurídico conclusivo. Aliás, após este, pode, ainda, continuar o procedimento, com os atos jurídicos complementares”.

⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 4ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 212-213) conclui que “ (...) daí a figura do procedimento administrativo, isto é, a noção de procedimento administrativo, que, justamente, reporta-se a esta hipótese em que os resultados pretendidos são alcançados por via de um conjunto de atos encadeados em sucessão itinerária até desembocarem no ato final”.

ao seu talante, mas que tem que respeitar determinadas formalidades e seqüências previstas na lei.”⁵³

Dentro do Direito Administrativo, não há uma nítida distinção, entre processo e procedimento, o que não ocorre com o Direito Processual, que já consolidou tal distinção.

Egon Bockmann Moreira aponta a diferenciação, entre processo e procedimento, da seguinte forma:

“O processo pode ser examinado sob dois ângulos: por um lado, é relação jurídica entre as partes que nele interagem (aspecto interno); por outro, consubstancia rito ou seqüência predefinida (aspecto superficial).

Na medida em que se trata de relação jurídica específica, o processo configura vínculo entre pessoas derivado de previsões normativas próprias, cujo objeto é precisamente o motivo (fático ou jurídico) em razão do qual a relação processual se constitui e se desenvolve.

No processo o objeto da relação jurídica é, com exatidão, a gama de direitos e deveres de caráter processual puro. Segundo Chiovenda: ‘A relação processual é uma relação *autônoma* e *complexa*, pertencente ao *direito público*. *Autônoma*, porque tem vida e condições próprias (...). *Complexa*, por não inserir um só direito ou obrigação, mas um conjunto indefinido de direitos (...); todos, porém, direitos coordenados a um objetivo comum, que enfeixa numa unidade todos os atos processuais’.

Não se confunde a relação processual com a ação (ou pretensão) processual, nem tampouco com a relação jurídica material que une as partes.

Tal relação jurídica processual desenvolve-se justamente através do rito denominado *procedimento*. Trata-se da forma de se concretizar o processo – tramitação ou seqüência de atos na qual se desenvolve a relação processual. É o procedimento realidade essencial e inerente ao conceito de processo.

Assim, processo e procedimento têm clássica diferenciação quanto ao seu conteúdo jurídico: o primeiro retrata *relação jurídica* específica, de caráter processual em sentido estrito; já o segundo define puramente o desenrolar dos atos e fatos que configuram o começo, meio e fim do processo – realidade que, de direito (positivo e cientificamente), não significa *relação jurídica*. São conceitos *jurídicos* que designam fenômenos diversos no mundo do Direito.”⁵⁴

Conforme observa, com precisão, Odete Medauar a resistência ao uso do vocábulo processo, no Direito Administrativo, deve-se ao receio de confusão com o processo judicial. No entanto, apesar do uso difundido de procedimento, melhor seria utilizar-se a expressão *processo administrativo*⁵⁵.

⁵³ Celso Ribeiro Bastos (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, pp. 331-333) afirma que “o verdadeiro processo administrativo [é] aquele que tem dentro de si uma carga de litigiosidade e que se submete em consequência a um procedimento específico”.

⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, Malheiros Editores: São Paulo, 2000, pp.33/34.

⁵⁵ Para Odete Medauar (A Processualidade no Direito Administrativo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993, pp. 41-422), “utilizar a expressão *processo administrativo* significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o

Ao abordar o tema Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, optaram pela expressão “*processo administrativo*”, sem, no entanto, deixar de alertar a situação do problema, apontando o estágio atual para tentar resolver esta dicotomia entre os termos *processo* e *procedimento*, da seguinte forma:

“*A opção pela expressão ‘processo administrativo’*”

Ao que se viu, o conceito de processo contempla a idéia de um caminho e a factualidade de diversos atos, lógica e juridicamente encadeados. Isto é, há, no plano conceitual, duas realidades abarcadas na palavra ‘processo’, em seu contexto jurídico (mas não só, registre-se): uma realidade maior, o todo, panoramicamente identificado num conjunto, teleologicamente concebido, que parte de uma provocação ou requerimento e, por conseqüência inelutável, caminha, mediante a prática de atos instrumentais, para a produção do resultado inevitável, qual seja, a decisão; uma realidade atomizada, concretizada no caminho que vai do início ao fim do processo, isto é, exatamente na série de atos, encadeados lógica e juridicamente. À realidade maior se aplica, por tradição na teoria geral do Direito – mas não só, consoante se vai ver -, o nome ‘processo’; à realidade atomizada, que compõe e, sobretudo, o viabiliza, a teoria geral do Direito após o nome de ‘procedimento’ (é claro que estamos a cuidar do tema em face do Direito Brasileiro, tão apenas).

Situando o problema

A querela nominal processo/procedimento é, em nosso direito administrativo, antiqüíssima. Passemos por cima do corte histórico e fixemo -nos na atualidade. Não sem uma ponderação inicial, que tomamos por empréstimo de Rogério Soares: ‘É evidente que com uma denominação ou outra o mundo continua a girar. Só que um nome ou outro pode exprimir mais ou menos vivamente a realidade que lhe subjaz ou das intenções, pretensões ou ilusões de quem procurou denominá-la. E, por isso, pode vir a causar erros e más interpretações, ou mesmo determinar regimes inconvenientes’ (*Direito Administrativo*, p,182).

É inequívoco que, em nossos dias, avulta na doutrina o rol dos autores que vêm prestando sua prestigiosa adesão à expressão ‘processo administrativo’ para indicar o conjunto maior a que antes nos referimos. Tais doutos reservam a palavra ‘procedimento’ para identificar o complexo dos atos que compõem o processo, ou seja, o *iter* que vai da instauração à decisão.

Acentue-se que o problema é de velho conhecimento dos processualistas, aqui e alhures. Mas também nessa frondosa galharia do jurismo acabou por se afirmar cediça a dicotomia processo/procedimento, com os contornos traçados no parágrafo anterior.

O estágio atual

Sobrevive, contudo, embora minoritária, valiosa corrente (que a lei paulista abraçou) que opta conscientemente pela denominação ‘procedimento administrativo’ tanto para a realidade maior, antes descrita, quanto para a menor (procedimento, em senso estrito). Aí afirmam os arautos que o fazem exatamente para apartar os dois fenômenos análogos, segundo o estrato estatal perante o qual deflagrado: em suma, usam ‘processo’ para o processo (perdão pela redundância) judicial ou jurisdicional; usam ‘procedimento’ para o processo administrativo.

verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública. E todos os elementos do núcleo comum da processualidade podem ser detectados no processo administrativo, assim: a) os elementos IN FIERI e pertinência ao exercício do poder estão presentes, pois o processo administrativo representa a transformação de poderes administrativos em atos; b) o processo administrativo implica sucessão encadeada e necessária de atos; c) é figura jurídica deveras do ato, quer dizer, o estudo do processo administrativo não se confunde com o estudo do ato administrativo; d) o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que desemboca; e) há um resultado unitário a que se direcionam as atuações interligadas dos sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto em esquema de contraditório”.

Poder-se-ia até identificar uma subcorrente aqui: Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso*, adotou a palavra ‘procedimento’, mas corajosamente alertou que estava a fazê-lo tão apenas por ser essa a tradição do nosso direito administrativo, não negando, entretanto, o acerto do título ‘processo administrativo’ para a categoria de que estamos a cogitar (aliás, identicamente fizera Diogo Freitas do Amaral, *Direito Administrativo*, v. IV, pp.14-15).⁵⁶

Enfoque, também, que não poderíamos deixar de citar, seria aquele preconizado, por Romeu Felipe Bacellar Filho, que analisou a questão, com peculiar maestria, da seguinte forma:

“O procedimento é a forma de concretização do agir estatal. É o *iter* percorrido para uma manifestação ou atuação estatal. Mesmo a produção de atos administrativos simples envolve uma seqüência de atos direcionados a um fim, ao que se denomina procedimento. É, pois, uma sucessão ordenada, seqüencial e legal de atos e operações que conduzem a um ato final almejado pela Administração Pública.

Quando do procedimento puderem advir efeitos à esfera jurídica das pessoas e estas vierem a participar sob o prisma do contraditório, ou ainda quando externar uma acusação, tem-se o processo. Assim, do procedimento, se formulada alguma acusação ou constatada a participação de interessados em contraditório, pode resultar um processo, de modo que todo processo é procedimento, mas a recíproca não é verdadeira. Afirma-se, deste modo, que procedimento é gênero e processo é espécie.

Saliente-se que esta posição funda-se no texto constitucional, conforme se depreende do art.5º, LV, da CF: ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’.

Destas definições advém uma importante consideração: o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional. Sem dúvida, ele é utilizado no direito administrativo com as peculiaridades inerentes a este ramo do direito, mas também apresenta características comuns de ordem constitucional – núcleo comum de processualidade – como a presunção de inocência, o princípio do juiz natural, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.⁵⁷

Marçal Justen Filho, tece amplo comentário a respeito do tema, quando traz a definição de procedimento, e faz alusão ao processo, porquanto analisa a questão dos atos administrativos, da seguinte forma:

“O procedimento consiste numa seqüência predeterminada de atos, entre si relacionados por vínculos lógicos, em que o exaurimento da etapa anterior é pressuposto de instauração da etapa posterior e cujo resultado final deve guardar compatibilidade lógica com os atos antecedentes.

O procedimento configura-se numa fragmentação da competência decisória, a qual é pulverizada em uma pluralidade de atos formalmente diversos, mas logicamente inter-relacionados. O procedimento impõe que a função administrativa se traduza numa série de atos dissociados, o que pode envolver inclusive a produção de atos por particulares. A complexidade da questão a ser decidida será solucionada a partir de decisões limitadas. Há um ato decisório final, mas seria juridicamente impossível dissociar esse ato daqueles

⁵⁶ FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 1ª. edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp.32/33.

⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo, Coleção Curso e Concurso (coordenador Edilson Mougenot Bonfim)*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.79.

que o antecederam. O ato final é o resultado das etapas anteriores, de modo inclusive a impedir que a validade dele seja avaliada sem considerar o conjunto dos atos praticados. Lembre-se que o instituto do procedimento não é peculiar ao direito administrativo. Não é sequer originário dele, encontrando suas origens no direito constitucional e seu pleno desenvolvimento a partir do direito processual (judiciário).”⁵⁸

Ao prosseguir na análise do tema, o ilustre professor, nos ensina que:

“Em suma, o processo é o instrumento de grande relevância para o controle do poder estatal. Tomando-se a expressão *controle* no sentido de *fiscalização*, o processo permite a verificação da regularidade dos atos decisórios. É possível determinar se a decisão foi precedida das formalidades indispensáveis, com observância dos princípios jurídicos pertinentes. A infração ao procedimento acarreta, como regra, presunção de invalidade da decisão adotada. Os terceiros ou a própria autoridade que emitiu o ato dispõem da possibilidade de reconstrução histórica da formação e exteriorização da vontade decisória. Mas o processo também propicia o *controle* na acepção de determinação e influência sobre a conduta futura dos agentes estatais. Seja pela possibilidade de fiscalização posterior acerca da regularidade dos atos praticados, seja pelo dever de coerência com os atos passados, a evolução do processo elimina a prática de atos abusivos.⁵⁹ Nesse sentido, a decisão final é produto dos eventos ocorridos no curso do processo.”⁶⁰

Mais amiúde, Marçal Justen Filho, traça a distinção entre processo e procedimento, destacando o seguinte:

“A tentativa de distinção entre procedimento e processo administrativo tem preocupado os doutrinadores. Adotou-se a opção de privilegiar o conceito de procedimento. Assiste razão a ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO quando afirma que procedimento não é uma espécie abrangida no gênero processo⁶¹, ao contrário do que propugna grande parte da doutrina.

Há uma característica que diferencia, de modo absoluto, o processo judicial. Trata-se da posição do juiz, que integra a relação processual, mas que não é titular dos interesses em conflitos.

O processo jurisdicional se funda na **duplicação** de relações jurídicas, característica da função jurisdicional. Na jurisdição há o direito de ação, que não se confunde com a relação jurídica litigiosa. O direito de ação consiste no direito de exigir um provimento jurisdicional que extinga o litígio. Em virtude do direito de ação, instaura-se uma segunda relação jurídica, da qual participa o juiz. O juiz não é parte na relação jurídica em que surge o litígio⁶².

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.216.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.217.

⁶⁰ Em nota de rodapé o Professor Marçal Justen Filho esclarece: “Como assinala ODETE MEDAUAR, ‘No âmbito estatal, a imperatividade característica do poder, para não ser unilateral e opressiva, deve encontrar expressão em termos de paridade e imparcialidade no processo pré-ordenado’ (Direito administrativo moderno, 8ª. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 195).” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 217, nota de rodapé n. 23).

⁶¹ *Processo administrativo disciplinar, cit., p.51.*(JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.221, nota de rodapé n.28).

⁶² Em nota de rodapé, o Professor Marçal Justen Filho, explica: “Ousa-se afirmar, então, que a tese da existência de um ‘processo administrativo’ pressupõe a adoção da teoria civilista do direito de ação, segundo a qual o direito de ação está contido na relação jurídica em que surge o litígio.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.222, nota de rodapé n.29).

Justamente por isso, o juiz é **imparcial**. Ele não é titular dos interesses sobre os quais decide. Ele personifica o Estado-jurisdição, que é parte na relação processual. Essa relação processual é peculiar, uma vez que congrega três partes (usualmente) e tem por objeto obter uma solução para o litígio existente em outra relação jurídica.

Adota-se o entendimento, então, de que o processo se identifica não com a mera existência de um litígio, a ser composto com a observância de um procedimento que respeite o contraditório e a ampla defesa. O processo consiste na instauração de uma segunda relação jurídica **além** daquela em que se contrapõem interesses.

Apenas seria inadmissível aludir a '*processo administrativo*' se houvesse órgãos independentes com competência para conduzir a solução da controvérsia na via 'administrativa'. Logo, o sujeito encarregado da função de julgar não mais se integraria na própria Administração. Estaria criado o contencioso administrativo, e o procedimento administrativo ter-se-ia transformado em processo. Mais precisamente, estar-se-ia diante de situação não comportada pela ordem constitucional vigente no Brasil. Afinal, o sistema brasileiro alicerça-se na unidade da jurisdição, atribuída ao Poder Judiciário. Supor a existência de processo com cunho de jurisdicionalidade, fora do âmbito do Poder Judiciário, é contrário à Constituição⁶³.

Mas nada impede alguém de afirmar que, em sua concepção, processo existirá sempre que houver 'procedimento' somado a 'controvérsia'. Essa afirmativa não se pode fazer nem certa nem errada. Tratar-se-á de opção semântica, insuscetível de juízo de reprovação.

Mas tal escolha será irrelevante, na medida em que não autoriza a afirmar que existe um gênero (processo), com espécies (processo jurisdicional e processo administrativo). Todas as regras peculiares ao processo jurisdicional (não administrativo) relacionam-se com a duplicação das relações jurídicas, com a natureza triangular da relação jurídica e com a posição de não-parte do juiz. Essas regras e esses princípios não poderão ser transferidos para a atividade administrativa desenvolvida no âmbito dos aludidos 'processos administrativos'. Ou seja, haverá dois (no mínimo)⁶⁴ institutos jurídicos inconfundíveis. Denominar um deles 'processo administrativo' será inócuo e não incluirá o objeto indicado por meio da expressão no âmbito do 'processo jurisdicional'.

Sob esse ângulo, segue-se a trilha de ALBERTO XAVIER, quando afirma que a disputa sobre o processo ou procedimento tem natureza muito mais terminológica do que de substância. O ilustre autor acrescenta que a expressão '*processo administrativo*' indica três traços essenciais: garantia de duplo grau, princípio do contraditório e princípio do efeito vinculante para a Administração⁶⁵. Assim concebida a questão, não há dificuldade em adotar a concepção de um 'processo administrativo'. No corpo desta obra, a expressão será utilizada nesse sentido.

Aí reside o grande problema que se tem verificado no âmbito do dito 'processo administrativo'. Trata-se da tentativa de aplicar no campo da atividade administrativa os princípios processuais desenvolvidos a propósito da atividade jurisdicional. Acaba-se por supor que o '*processo administrativo*' seria um processo igual ao jurisdicional, com a única peculiaridade de ser conduzido pela própria Administração.

Essa concepção deve ser rejeitada. Há diferenças insuprimíveis entre a atividade jurisdicional e a atividade administrativa. Certas peculiaridades essenciais do processo jurisdicional não podem ser aplicadas ao procedimento administrativo (e vice-versa).

⁶³ Porém em nota de rodapé, o Professor Marçal Justen Filho, esclarece que: "A única exceção se põe quando a atividade jurisdicional é constitucionalmente atribuída não ao Judiciário, como se passa no caso do art.52, I e II, da CF/88, que atribui função jurisdicional ao Senado Federal." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.222, nota de rodapé n.30).

⁶⁴ Em nova nota de rodapé, o professor Marçal Justen Filho, vem a esclarecer que: "É duvidosa a possibilidade de reconhecer como categoria unitária um 'processo judicial', tendo em vista as sensíveis diferenças entre o processo civil e o penal. Mas essas diferenças não retiram de ambas as figuras a natureza processual, derivada da natureza triangular." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p. 223, nota de rodapé n. 31).

⁶⁵ *Do lançamento: teoria geral do procedimento e do processo tributário*, 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 313-4 (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p. 223, nota de rodapé n. 32).

Adota-se entendimento segundo o qual a disciplina do *'procedimento administrativo'* não pode fazer-se à luz dos princípios constitucionais do processo propriamente dito. A regulação infraconstitucional acerca do procedimento administrativo não pode ser atacada por meio da arguição de incompatibilidade com as regras que disciplinam a atividade jurisdicional do Estado. Enfim, o Estado-Administração não desempenha atividade jurisdicional".⁶⁶

Por fim, o processo é o conjunto ordenado de atos que manifestam as funções públicas, visando um determinado fim, sendo desenvolvido através de um procedimento, que é o rito pelo qual "anda" o processo. Inobstante, os atos administrativos, terem que observar os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, contraditório, ampla defesa, dentre outros, mister se faz que haja, em todos os processos administrativos, um rito procedimental pré-determinado, a fim de se evitar a violação do consagrado Princípio Constitucional do Devido Processo Legal(artigo 5º., inciso LIV, da Constituição Federal), não perdendo de vista a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ao abordar o assunto, nos traz valiosas lições, *in verbis*:

"Procedimento administrativo ou processo administrativo é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo. Isto significa que para existir o procedimento ou processo cumpre que haja uma seqüência de atos conectados entre si, isto é, armados em uma ordenada sucessão visando a um ato derradeiro, em vista do qual se compôs esta cadeia, sem prejuízo, entretanto, de que cada um dos atos integrados neste todo conserve sua identidade funcional própria, que autoriza a neles reconhecer o que os autores qualificam de 'autonomia relativa'. Por conseguinte, cada ato cumpre uma função especificamente sua, em despeito de que todos co-participam do rumo tendencial que os encadeia: destinarem-se a compor o desenlace, em um ato final, pois estão ordenados a propiciar uma expressão decisiva a respeito de dado assunto, em torno do qual todos se polarizam.

*Temos, até o presente, nos referido a procedimento ou processo porque os autores e até as leis mencionadas divergem sobre a terminologia adequada para batizar tal fenômeno. Não há negar que a nomenclatura mais comum no Direito Administrativo é *procedimento*, expressão que se consagrou entre nós, reservando-se, no Brasil, o *nomen juris* processo para os casos contenciosos, a serem solutos por um 'juízo administrativo', como ocorre no 'processo tributário' ou nos 'processos disciplinares dos servidores públicos'. Não é o caso de armar-se um 'cavalo de batalha' em torno de rótulos. Sem embargo, cremos que a terminologia adequada para designar o objeto em causa é 'processo', sendo 'procedimento' a modalidade ritual de cada processo. É provável, ou ao menos possível, que a partir da lei federal, em sintonia com ela, comece a se disseminar no País a linguagem 'processo'. Quanto a nós, tendo em vista que não há pacificação sobre este tópico e que em favor de uma milita tradição ('procedimento') e em favor de outra a recente terminologia legal ('processo'), daqui por diante usaremos indiferentemente uma ou outra."⁶⁷*

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, pp.221/223.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2004, pp. 446/447.

Seção II – Espécies e princípios do processo administrativo

O processo administrativo é o gênero, que se reparte em várias espécies, dentre as quais se destacam o processo administrativo disciplinar e o processo administrativo fiscal, dos quais, aquele sofrerá a devida análise no momento oportuno.

José Cretella Júnior, assim define o processo administrativo: “é possível concluir que o processo administrativo, *lato sensu*, é o conjunto de atos e formalidades que, antecedendo e preparando o ato administrativo, permite que o Estado atinja seus fins, concretizando a vontade da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por provocação do particular ou do funcionário lesado em seus direitos.”⁶⁸

A Teoria Geral do Processo, no Direito Administrativo, está sujeita a princípios comuns aos processos administrativo e judicial, cabendo destacar os seguintes: 1º) *Princípio da Publicidade* - Através do qual, a atividade da Administração por ser pública, deve ser aberta, quanto aos processos que desenvolve, ao acesso dos interessados, desde que seja exercido sem qualquer abuso, de molde a não tumultuar o andamento dos serviços públicos; 2º) *Princípio da Oficialidade* - É aquele que assegura a possibilidade de instauração do processo por iniciativa da Administração Pública, embora a sua provocação possa ser do particular; 3º) *Princípio do Informalismo* - Ocorre para dispensar formas rígidas, para o processo administrativo, desde que sejam observadas as formalidades necessárias para obtenção da certeza jurídica e da segurança procedimental; 4º) *Princípio da Gratuidade* - Desde que a Administração Pública é interessada decorre a gratuidade do processo administrativo, em oposição ao processo judicial que é oneroso; 5º) *Princípio da Pluralidade de Instâncias* - Através do qual se pretende que, a Administração Pública, possa rever seus atos, quando reputados ilegais, reexaminado os atos de seus subordinados, tantos quantos forem as autoridades com atribuições superpostas, na estrutura

⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª. edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 572.

hierárquica, até chegar à autoridade máxima da organização administrativa em que se pretende reexaminar o ato impugnado; 6º) *Princípio da Economia Processual* - Onde se pretende evitar formalismos excessivos, a não ser os essenciais à legalidade do procedimento, aproveitando-se os atos processuais praticados; 7º) *Princípio da Verdade Material* - Onde autoriza o administrador à valer-se de qualquer prova, de que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça transladar para o processo, onde se visa buscar a verdade material em oposição à verdade formal; 8º) *Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório* - Está expresso no artigo 5º., inciso LV da Constituição Federal. Por garantia ampla de defesa deve entender-se, não só a observância do rito adequado, como a garantia de cientificação do interessado, oportunidade para contestar a acusação, produzir provas, acompanhar os atos da instrução, utilizando-se dos recursos cabíveis, enfim, praticar todos os atos legais que entender necessário para a sua defesa. Daí a observação de Gordillo de que: “*El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo*”⁶⁹.

Estes seriam, apenas, alguns princípios, que se completam, através de uma análise, “principiológica”, decorrente do texto constitucional maior vigente, que abarca todo o ordenamento jurídico.

Seção III – Fases e modalidades do processo administrativo

As fases, do processo administrativo, desenvolvem-se da seguinte maneira: *instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento.*

A *instauração* dá início ao processo, consubstanciada em ato emanado pela Administração Pública, podendo ocorrer através de portaria, auto de infração ou despacho de autoridade, sendo provocado (com requerimento ou petição) ou “de ofício”. A peça inaugural do processo, sendo iniciada, pela Administração,

⁶⁹ Agustín A. Gordillo. “*La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo*”, RDP 10/16.

deve conter a narração do fato e todas as suas circunstâncias, visando especificar o objeto da controvérsia, de molde a gerar efeitos legítimos, sob pena de nulidade.

A fase de *instrução* é aquela onde se produz a prova, com a inquirição de testemunhas, depoimentos das partes, perícias, juntada de documentos públicos ou particulares, acareações, indícios e outras provas que se fizerem necessárias, em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

A *defesa* é a garantia constitucional inerente a todo o ato administrativo, onde o acusado toma ciência da acusação, acompanhando os atos instrutórios, em sua plenitude, de molde a exercer a contradita das testemunhas, oferecendo documentos, requerendo diligências, perícias e outras provas, para esclarecimento pleno dos fatos, culminando com a defesa escrita, após regular e conclusiva instrução processual.

Já o *relatório* seria a síntese ou o resumo de tudo que foi apurado, no decorrer processual, onde a Comissão Processante, ou o responsável pela condução dos autos, faz uma análise do fato, das provas produzidas, opinando, conclusivamente, para a decisão da autoridade competente.

No entanto, o relatório, é uma peça informativa, na qual, a autoridade julgadora, não está vinculada ao entendimento da comissão; devendo, contudo, justificar sua decisão, para viabilizar o controle interno(da própria Administração) e o controle externo(realizado pelo Poder Judiciário).

Finalmente, o *juízo*, seria a decisão proferida pela autoridade administrativa competente, diante do conjunto probatório carreado aos autos, devendo, obrigatoriamente, ser motivada, conforme estatuído pela Magna Carta.

As modalidades, do Processo Administrativo, estariam compreendidas, segundo Hely Lopes Meirelles, em: *processo de expediente; processo de outorga; processo de controle e processo punitivo.*

O *processo de expediente*, seria aquele onde se praticam atos de praxe, sendo informal, não tendo efeito vinculante, para a parte, ou para a Administração. Exemplo: pedido de certidão.

O *processo de outorga*, é aquele onde se pleiteia algum direito, ou alguma situação individual, perante a Administração Pública. Exemplo: procedimento de licitação.

O *processo de controle*, é aquele onde, a Administração, realiza determinados atos fiscalizatórios, declarando situações, direitos ou condutas, para o administrado ou o servidor, tendo caráter vinculante. Exemplo: prestação de contas, fiscalização, lançamento tributário.

O *processo punitivo*, verifica-se quando há infração de lei, regulamento ou contrato, com imposição de penalidade a ser promovida pela própria Administração Pública.

Dentro do Processo Administrativo Punitivo, deve-se observar o contraditório, ampla defesa e o devido processo legal (*Due Process Of Law*). O Processo Punitivo abrange, toda a apuração de irregularidade, no âmbito administrativo.

Seção IV – Estruturação do processo administrativo disciplinar

Antes de adentrarmos propriamente no *processo administrativo das empresas prestadoras de serviço público*, mister se faz tecermos algumas considerações, acerca do processo administrativo disciplinar, posto que este, além de regular as relações funcionais (no âmbito interno), e por conseguinte, disciplinares, entre o Poder Público e o agente público, também exerce grande influência no *processo administrativo das empresas prestadoras de serviço público*, por regulamentar e orientar o desenvolvimento entre a Administração Pública e estes tipos de empresas prestadoras.

Para tanto, não podemos perder de vista o andamento processual, neste tipo de processo administrativo (disciplinar), que por excelência exerce enorme influência, em todas as demais espécies do gênero, não podendo olvidar, conforme destacamos no decorrer do presente estudo, que existe um paralelo entre o processo administrativo do agente público e o da empresa prestadora de serviço público.

Com o advento da nova ordem constitucional, implantada após a promulgação da atual Constituição Federal e, em especial, com o surgimento da Emenda Constitucional no. 19/98, o processo administrativo disciplinar passou a ser mais abrangente, pois além de ser um processo administrativo punitivo ou sancionador, dirigido aos servidores públicos, passou a abranger, também, o processo administrativo destinado a apurar o desempenho insuficiente do servidor, “comprovadamente **ineficiente** no desempenho dos encargos que lhe competem ou **desidioso** no cumprimento de seus deveres.”⁷⁰

A par disso, o processo administrativo disciplinar, que é obrigatório para a aplicação de penas que impliquem na imposição de *demissão* ao funcionário *estável*, conforme preceito do artigo 41, parágrafo 1º., da Constituição Federal, é da mesma forma, estendido ao funcionário *efetivo*, ainda que em estágio probatório, segundo entendimento jurisprudencial⁷¹. Para os demais servidores, o ato de demissão, dependerá da cada estatuto ou de normas especiais, podendo a apuração da falta ser realizada por *meios sumários*, desde que, naturalmente, assegurada a mais ampla defesa.

Disso fica estabelecido que o processo administrativo disciplinar é o instrumento destinado à apuração de responsabilidade administrativa do servidor, por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as prerrogativas do cargo ou função que exerça, punível com sanção de *demissão*.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 414.

⁷¹ STF, RDA 54/198; TFR, RDA 23/89, 31/154; TJ/SP, RDA 51/155, 54/199, 59/156; TASP, RDA 58/92, 63/108, 293/427, 302/589, 309/748, 320/360.

O processo administrativo disciplinar deve ser instaurado por portaria, da autoridade a qual o funcionário está subordinado, descrevendo os atos ou fatos a serem apurados, designando-se a comissão processante (especial ou permanente) que deverá ser constituída por funcionário efetivo, de categoria igual ou superior à do acusado, para que não ocorra a “quebra” do princípio hierárquico.

Esta comissão processante tem plena liberdade na colheita das provas, valendo-se de assessores técnicos e peritos, para auxiliá-la no que couber, examinando qualquer documento relacionado com o objeto da investigação, ouvindo testemunhas e apurar outros tipos de provas que entender necessário. É neste conhecimento da acusação, com oportunidade de defesa (com apresentação de contraprovas e presença no ato instrutório) é que se consubstancia o Princípio Constitucional da *Ampla Defesa* (artigo 5º., LV da CF), sem o qual, o julgamento, torna-se nulo, sendo que esta garantia constitucional estende-se a **todo e qualquer** procedimento acusatório (judicial ou administrativo) consubstanciando-se no *Devido Processo Legal* (*due process of law*).

Concluída a instrução, a comissão processante, motivadamente, relatará o apurado e opinará pela absolvição ou condenação do acusado, indicando os dispositivos legais infringidos, podendo, inclusive, divergir da acusação inicial, sugerindo a instauração de outros processos e apontando providências complementares, de interesse da Administração Pública.

Finalmente, no julgamento, a autoridade competente, fundamentando sua decisão, não estará adstrita ao parecer da comissão, podendo adotá-lo ou não, desde que o faça motivadamente, não se admitindo o julgamento sem fundamentação, ainda que sucinta. Concluído o processo, pela absolvição ou condenação, cabe, neste caso, o pedido de reconsideração e os recursos hierárquicos, além da revisão admitida na legislação estatutária.

Seção V - Jurisdicionalização do processo administrativo disciplinar

Atualmente, está presente a *jurisdicionalização* do poder disciplinar (no sentido de formalização e não no sentido judicial), ao impor condutas formais e obrigatórias, para a garantia dos acusados, contra os possíveis abusos e/ou arbítrios da Administração Pública, de maneira a assegurar-lhe não só a oportunidade de defesa, como a observância do rito, previamente e legalmente, estabelecido para o processo.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

“Permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz.”⁷²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, escorada por Carlos Schmidt de Barros Júnior, indica três sistemas pelos quais se pode fazer a repressão disciplinar:⁷³

1º) o **sistema hierárquico**, em que o poder disciplinar é exercido, exclusivamente, pelo superior hierárquico; ele apura a falta e aplica a pena; é o sistema que se usa, às vezes, para a apuração de faltas leves ou para aplicação do princípio da verdade sabida;

2º) o **sistema de jurisdição completa**, no qual a falta e a pena são estritamente determinadas em lei e a decisão cabe a um órgão de jurisdição que funciona segundo regras de procedimento jurisdicional; este sistema não existe no direito brasileiro;

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 569.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., pp. 413/414.

3º) **sistema misto ou de jurisdicionalização moderada**, em que intervêm determinados órgãos, com função geralmente opinativa, sendo a pena aplicada pelo superior hierárquico; além disso, mantém-se certo grau de discricionariedade na verificação dos fatos e na escolha da pena aplicável; é o sistema adotado no Brasil relativamente aos processos administrativos disciplinares.

No direito brasileiro, os meios de apuração, dos ilícitos administrativos, são o processo administrativo disciplinar e os meios sumários, que compreendem a sindicância e a verdade sabida.

Destarte, diante da adoção do sistema misto ou de jurisdicionalização moderada, procurou-se estabelecer um sistema intermediário, em que não há absoluta intervenção do administrador, nem tampouco, completa aplicação de um sistema procedimental jurisdicionalizado.

SEÇÃO VI – Vedação da aplicação da sanção disciplinar pela denominada *verdade sabida*

Diante da norma do artigo 5º., inciso LV, da Constituição Federal, que exige o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, a *verdade sabida* (conhecimento pessoal e direto, pela autoridade competente, da falta praticada pelo servidor, para aplicar a pena) não mais prevalece, sendo que, mesmo antes, do referido texto constitucional vigente, tal já era previsto na esfera administrativa, em face do artigo 153, parágrafo 16, da Constituição anterior.

Por conseguinte, a *verdade sabida* seria “o conhecimento pessoal da infração pela própria autoridade competente para punir o infrator”⁷⁴, tratando-se de um meio sumário, para elucidação de determinado fato ou aplicação de penalidades disciplinares de menor potencialidade, ou mesmo, comprovadas em estado de flagrância, que só seriam admissíveis para as penalidades, cuja a imposição, não exija processo administrativo disciplinar.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p. 570.

Embora sem rigor formal, para se enquadrar a falta na verdade sabida, mister que se possibilite o direito de defesa, sendo essencial o seu conhecimento direto pela autoridade competente para puni-la, ou sua notoriedade irretorquível.

Dessume-se que, efetivamente, ocorre uma vedação legal à utilização da denominada *verdade sabida*, no âmbito do processo administrativo disciplinar, máxime quando aplicada alguma sanção disciplinar.

Capítulo IV – Licitação

Seção I – Conceito, modalidades e requisitos da licitação

O vocábulo licitação é originário do termo latino *licitatio*, que significa “venda por lances”, tendo idéia de uma atividade desenvolvida na formulação de lances.

Licitação é um procedimento administrativo formal que tem por escopo, proporcionar à Administração, uma aquisição, uma venda, ou uma prestação de serviços, da forma mais vantajosa, para isso, respeitando os princípios constitucionais da legalidade, isonomia, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A licitação visa garantir a moralidade dos atos administrativos, e, conseqüentemente, dos procedimentos da Administração Pública, com a valorização pela igualdade, na oportunidade de prestar serviços, como também, comprar ou vender ao Poder Público.

Hely Lopes Meirelles, assim define a licitação: “*Licitação* é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.”⁷⁵

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro, amparada por José Roberto Dromi, define a licitação, da seguinte forma: “Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi(1972:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pela qual um ente público, no exercício de função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 237.

convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.”⁷⁶

De maneira sucinta, também o Professor José Cretella Júnior, procurou definir o instituto da licitação: “*Licitação* é, pois, o processo geral, prévio e impessoal empregado pela Administração para selecionar, entre várias propostas apresentadas, a que mais atende ao interesse público.”⁷⁷

A partir de tais conceitos, podemos apontar duas finalidades da licitação, quais sejam: 1º.) proporcionar, às pessoas submetidas à licitação, obtenção da proposta mais vantajosa e; 2º.) dar igual oportunidade aos que desejam contratar com as pessoas submetidas ao procedimento da licitação. Não podemos olvidar que mesmo obtida a melhor proposta, não estaria a Administração Pública obrigada a contratar, sendo, aliás, permitida a revogação do procedimento por motivo de conveniência e oportunidade da própria Administração Pública, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles, ao tratar da matéria, *in verbis*: “Assim, a *licitação* é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao contrato, mas apenas uma *expectativa de direito*. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor.”⁷⁸

A licitação, sendo o gênero, compreende cinco modalidades, as quais seriam as espécies: 1º.) Concorrência; 2º.) Tomada de Preços; 3º.) Convite; 4º.) Concurso e; 5º.) Leilão, sendo, pois, que cada uma dessas modalidades possui requisitos que lhe são peculiares, que serão analisados adiante, e cujas modalidades estão previstas, expressamente, no artigo 22, incisos I a V, da Lei de Licitações(n. 8666/93).

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 254.

⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. op.cit., p.387.

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p.236.

A primeira modalidade de licitação seria a concorrência⁷⁹, definida como: “a modalidade de licitação própria para contratos de grande valor, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital, convocados com a antecedência mínima prevista na lei, com ampla publicidade pelo órgão oficial e pela imprensa particular.”⁸⁰

Os requisitos peculiares da concorrência, segundo Hely Lopes Meirelles⁸¹ são: a) *universalidade*; b) *a ampla publicidade*; c) *a habilitação preliminar e*; d) *o julgamento por comissão, admitindo a participação internacional de concorrentes, o consórcio de firmas e a pré-qualificação dos licitantes*.

Já a Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, aponta como características básicas da concorrência a *ampla publicidade* e a *universalidade*.⁸²

Para ambos os doutrinadores, a *universalidade*⁸³ seria possibilidade de participação quaisquer interessados na concorrência, desde que comprove os requisitos mínimos de qualificação exigidos pelo edital, independentemente de registro cadastral na Administração que a realiza, ou em qualquer outro órgão público; sendo que além da capacitação jurídica, técnica e financeira, como também, regularidade fiscal, inadmissível a exigência de outros requisitos para participar do referido certame.

A *publicidade* visa dar a maior amplitude possível para a divulgação, a todos os interessados, do aviso de edital, de molde que seja de conhecimento

⁷⁹ Em nota de rodapé o Professor Hely Lopes Meirelles esclarece e adverte: “O legislador mudou a antiga denominação *concorrência pública* para, simplesmente, *concorrência*, substituindo, ainda, *concorrência administrativa* por *tomada de preços*. É necessário, pois, que as Administrações adotem a terminologia legal certa em suas licitações”(MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, São Paulo, 23ª. edição, p.273, nota de rodapé n. 105).

⁸⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. p.273.

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p.273.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit. p. 276.

⁸³ Hely Lopes Meirelles em nota de rodapé esclarece: “O princípio que denominamos *universalidade da concorrência* é designado na doutrina francesa *príncipe de la libre concurrence*”(MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 273, nota de rodapé n. 106).

público, onde poder-se-á utilizar de todos os meios de informação, para essa divulgação, tantas vezes quantas forem necessárias.

A habilitação preliminar, no caso da concorrência, é realizada após a abertura do procedimento licitatório, enquanto que, na tomada de preços e no convite, é anterior a este procedimento.

O julgamento por comissão se faz mister, posto que é esta comissão que atua como órgão julgador da concorrência, tendo função decisória estabelecida por lei.

A *tomada de preços* é a licitação realizada entre interessados, previamente cadastrados, com observância da necessária qualificação, convocados com antecedência mínima prevista na lei, sendo que, em muitos aspectos, assemelha-se à concorrência, posto que passou a exigir a publicação do aviso, além de permitir o cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas.

O que caracteriza e distingue a tomada de preços, com a concorrência, é a existência de habilitação prévia dos licitantes, através de *registros cadastrais*, para verificação de que os inscritos possuam real capacidade operativa e financeira, exigida pelo edital, sendo de se destacar, a respeito da matéria, através do magistério de Hely Lopes Meirelles, a seguinte lição:

“O *certificado de registro cadastral*, por sua vez, deve refletir fielmente a situação do inscrito, trazendo, além dos dados identificadores do profissional ou empresa e do prazo de validade do registro, a categoria ou grupo a que pertence; a quantidade e qualidade do aparelhamento técnico; o nível da equipe técnica e administrativa; o montante do capital realizado; o faturamento do exercício anterior e o lucro líquido; a indicação do desempenho em contratos anteriores; e demais elementos esclarecedores que propiciem o pleno conhecimento do pretendente à contratação licitada.”⁸⁴

O *convite* seria uma modalidade de licitação menos complexa, destinada para contratação mais simples, de cadastrados ou não, escolhidos e convidados, pela Administração, através de carta-convite, para que apresentem suas propostas com antecedência de cinco dias úteis, sendo a única modalidade que a lei não

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., pp. 279/280.

exige a publicação de edital, porém determina que a cópia do instrumento convocatório seja afixada em local apropriada, como forma de resguardar o princípio da publicidade.

O *concurso* é a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, destinado à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, predominantemente de criação intelectual, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, dispensando as formalidades específicas da concorrência, exaurindo-se com a classificação dos trabalhos e o pagamento dos prêmios, não conferindo qualquer direito a contrato com a Administração.

Por fim, temos a modalidade do *leilão* que seria a espécie de licitação, entre qualquer interessado, utilizada para a venda de bens móveis, e em alguns casos, semovente e imóveis, muito embora a legislação mostre-se omissa a respeito, não havendo a necessidade de qualquer habilitação prévia, devendo o bem ser apregoado, por leiloeiro oficial, onde os lances são verbais.

A Lei Federal n. 10.520/2002 instituiu uma nova modalidade de licitação que seria o *pregão*, destinada à aquisição de bens e serviços comuns, cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, de acordo com o parágrafo único, artigo 1º da mencionada lei.

Seção II – Relação entre a licitação e o processo administrativo

Vimos que a licitação representa o procedimento administrativo, por meio do qual se seleciona, em razão de critérios previamente estabelecidos, proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de interesse da Administração Pública.

Ocorre que na seleção, para a apuração da proposta mais vantajosa, poderá surgir uma divergência, entre a Administração Pública e os interessados, ou entre os próprios interessados, de molde que mister, não raras vezes, se faz a instauração de processo administrativo para dirimir o conflito.

Dentro deste chamado *processo administrativo*, as denominadas *partes* são entendidas da seguinte forma, segundo ensinamento do professor José Cretella Júnior, ao analisar a relação processual administrativa e as partes do processo administrativo, cujo ensinamento está delineado nestes termos:

“Não obstante se trate de *binômio*, não de *trinômio* (como no direito processual civil), as partes em ação, na realidade são contrapostas (contra: Villar Y Romero, *Derecho Procesal Administrativo*, 1944, p. 18 e 55), defendem não raras vezes interesses antagônicos: os administrados, pleiteando os direitos que a lei lhe faculta, a Administração velando para que os deveres sejam observados, ambos, enfim, em última análise, fornecendo elementos para que a justiça figure sempre em primeiro plano e o Estado atinja do melhor modo o fim elevado a que propõe realizar. Enfim, de um modo geral, sob a rubrica genérica de *administrados*, que podem ser funcionários, do quadro ou fora do quadro, e simples particulares, compreendemos todos aqueles que estão ‘dentro do processo’, à mercê da Administração: ora, quando os administrados, por qualquer motivo, integram a relação jurídico-processual administrativa podem receber o nome de partes, interessados (sobre o conceito de *partes* e *interessados*, em direito administrativo, ver: Spiegel, o.p. cit., p. 120 et seq.), concorrentes, indiciados, réus, sem prejuízo de que se reserve também a denominação de *parte* à própria Administração, em numerosos casos.”⁸⁵

Denota-se que existe uma relação processual-administrativa, no relacionamento processual que passa a se formar entre a Administração Pública e o interessado (ou interessados), quando do desenvolvimento do certame licitatório.

Seção III – Obrigatoriedade da licitação

Dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o seguinte:

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

.....inciso 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

⁸⁵ CRETILLA JÚNIOR, José. *Prática do Processo Administrativo*, 3ª. edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, pp. 40/41.

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.”

E a Lei de Licitações (lei federal n. 8666/93), vai de encontro ao mencionado texto constitucional, ao impor, via de regra, a obrigatoriedade da licitação, para a aquisição de bens, como para que haja prestação de serviços para a Administração Pública, tendo como fundamento legal seu artigo 2º.⁸⁶

Consoante depreende-se, dos referidos textos legais (da Constituição e da norma infraconstitucional) a regra, dentro do Direito Administrativo Brasileiro, é a da obrigatoriedade da licitação, somente podendo ser dispensada nas hipóteses legais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar este tópico, nos ensina que: “Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública **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 (art. 1º., parágrafo único).

Quanto às entidades da administração indireta, o artigo 119 da Lei n. 8.666 determina que editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos às disposições da lei”.⁸⁷

Da mesma forma, para finalizar, a respeito do assunto, não podemos olvidar o alerta de Hely Lopes Meirelles, *in verbis*: “A expressão *obrigatoriedade de licitação* tem um duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da *modalidade prevista em lei para a espécie*,

⁸⁶ O artigo 2º. da Lei Federal n. 8.666, de 21.06.93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) dispõe o seguinte: “As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da administração pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p.264.

pois atenta contra os princípios de moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art.23, parágrafos 3º. e 4º.).”⁸⁸

A seguir, passaremos a analisar, os casos, de dispensa e inexigibilidade, da licitação.

Seção IV – Dispensa e inexigibilidade da licitação

Antes de adentrarmos nos casos de *dispensa* e da *inexigibilidade* da licitação, não poderíamos deixar de ressaltar que há a pouco comentada *inaplicabilidade*⁸⁹, sendo pertinente destacar os ensinamentos de Luiz Alberto Blanchet, que se pronuncia, a respeito da matéria, da seguinte forma:

“Se a licitação, ‘ressalvados os casos especificados na legislação’ (dispensa e inexigibilidade), é obrigatória sempre que a situação concreta (motivo de fato) subsumir-se à hipótese da norma (motivo legal), já se pode concluir que existe uma terceira situação, além da dispensa e da inexigibilidade, para a qual não é obrigatória a prévia licitação: a *inaplicabilidade da norma*, o que sucede sempre que a situação concreta não se subsume à hipótese da norma, como são exemplos os contratos de financiamento, comodato, etc., que, por não se enquadrarem entre as espécies enumeradas pela norma, não precisam ser precedidos de licitação. Sua semelhança com a dispensa reside no fato de ser, a dispensa, uma opção de conteúdo político do legislador (pois se ele não tivesse excetuado, seria materialmente possível licitar-se em casos típicos de dispensa), mas na elaboração da lei optou por excluir *explicitamente* a situação. No caso da *inaplicabilidade*, embora também fosse materialmente possível licitar, o legislador sequer incluiu a hipótese entre aquelas para as quais seria necessário licitar. As situações de *inaplicabilidade* não foram consideradas pelo legislador sequer na regra geral, o que tornou desnecessário excetuá-las explicitamente. Assim, enquanto a dispensa e inexigibilidade são exceções à regra, a *inaplicabilidade* não é sequer alcançada pela regra.”⁹⁰

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 242.

⁸⁹ Dentre os doutrinadores podemos destacar os professores LUÍS ROBERTO BARROSO e LUIZ ALBERTO BLANCHET que defendem o caso da *inaplicabilidade* da licitação.

⁹⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*, 3a. edição, Curitiba: Juruá Editora, 2004, pp. 108/109.

Tanto os casos de dispensa, como de inexigibilidade da licitação estão, expressamente, previstos na Lei das Licitações (n.8666/93), sendo que este estatuto permite como ressalva, à obrigação de licitar, a contratação direta através destes meios (dispensa e inexigibilidade) desde que preenchidos os requisitos previstos na referida lei.

A dispensa da licitação seria a possibilidade de celebração direta de contrato, entre a Administração Pública e o particular, nos casos estabelecidos no artigo 24, da Lei 8.666/93, sendo que este rol seria taxativo e não exemplificativo.

Já a hipótese, da inexigibilidade da licitação, ocorre quando há inviabilidade de competição, de molde a ser impossível promover-se à competição, tendo em vista que um dos contendores reúne qualidades, que o tornam único, ou seja, *sui generis*, a ponto de inibir os demais participantes, sendo de se destacar que, o rol normativo que prevê a inexigibilidade, tem natureza exemplificativa e está previsto no artigo 25 do Estatuto das Licitações, diferenciando-se da dispensa que, como vimos, teria natureza taxativa.

O certame licitatório, tem por escopo reger as relações da Administração Pública com terceiros, com vistas a realizar o “melhor negócio” e possibilitar a efetiva participação, de eventuais interessados, em igualdade de condições, sendo que tal decorre do disposto pelo artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, de molde que a licitação seria a regra que somente comporta exceções, nos casos, expressamente, previstos pelo ordenamento jurídico vigente, qual seja, Lei 8.666/93.

O professor Marçal Justen Filho⁹¹ assevera que é o “interesse público quem fundamenta a exigência, como regra geral, de licitação”, havendo situações onde, para a satisfação do interesse público, a realização de licitação tornaria impossível ou frustraria a busca desses interesses, razão pela qual, a própria Constituição Federal autorizou a contratação de terceiros, sem a adoção do

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 7ª edição, São Paulo: Dialética, 2000, p.228.

procedimento licitatório, o que, no entanto, não fica ao alvedrio do agente público, mas nas hipóteses previstas pelo legislador ordinário⁹².

Embora possa haver a dispensa da licitação, isto não induz à dispensa do procedimento administrativo, que se destina a assegurar a observância princípios norteadores da Administração Pública, mormente o da legalidade e do interesse público, decorrendo daí que a dispensa da licitação não enseja a dispensa do processo administrativo licitatório.

Nos termos da Lei Federal n. 8.666/93⁹³, as situações de dispensa de licitação, estão estabelecidas no artigo 24, da mencionada lei, e são as seguintes:

“Artigo 24 – É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea *a* do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjuntamente e concomitantemente⁹⁴;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea *a*, do inciso II do artigo anterior, e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez⁹⁵;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento

⁹² “(...) Os casos de dispensa de licitação estão explicitamente previstos na Lei n.8.666/93, cabendo aos agentes administrativos a responsabilidade administrativa, civil e penal quando não procederem conforme determina a legislação.(...)”(TRF 5. R. – AC 102.991 –(96.05.20720-6) – RN – 1ª. Turma – Relator Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante – DJU 16.03.2001).

⁹³ Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

⁹⁴ Redação dada pela Lei n. 9.648/98.

⁹⁵ Redação dada pela Lei n. 9.648/98.

de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180(cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normatizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços⁹⁶;

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado⁹⁷;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional⁹⁸;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia⁹⁹;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

⁹⁶ O parágrafo único, do artigo 48, foi renumerado para parágrafo 3º, por força da Lei n. 9.648/98.

⁹⁷ Inciso VII com redação dada pela Lei n. 8.883/94.

⁹⁸ Regulamentado pelo Decreto n. 2.295/97.

⁹⁹ Redação dada pela Lei n. 8.883/94.

XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia¹⁰⁰;

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos¹⁰¹;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público¹⁰²;

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade;

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico¹⁰³;

XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia¹⁰⁴;

XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exigüidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea *a* do inciso II do art.23 desta Lei¹⁰⁵;

¹⁰⁰ Redação dada pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰¹ Redação dada pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰² Redação dada pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰³ Acrescentado pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰⁴ Acrescentado pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰⁵ Acrescentado pela Lei n. 8.883/94.

XIX - para as compras de materiais, de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto¹⁰⁶;

XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado¹⁰⁷;

XXI - para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisas credenciadas pelo CNPq para esse fim específico¹⁰⁸;

XXII - na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica¹⁰⁹;

XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado¹¹⁰;

XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão¹¹¹.

Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo, serão de 20%(vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedades de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas¹¹².

¹⁰⁶ Acrescentado pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰⁷ Acrescentado pela Lei n. 8.883/94.

¹⁰⁸ Acrescentado pela Lei n. 9.648/98.

¹⁰⁹ Acrescentado pela Lei n. 9.648/98.

¹¹⁰ Acrescentado pela Lei n. 9.648/98.

¹¹¹ Acrescentado pela Lei n. 9.648/98.

¹¹² Acrescentado pela Lei n. 9.648/98.

As hipóteses previstas nos mencionados incisos são exaustivas, sendo pois que, a margem de aplicação, da discricionariedade administrativa, estaria entre realizar ou não a licitação, com fundamento nos referidos incisos, tratando-se, de atos administrativos vinculados, ou seja, onde a escolha pela dispensa seja devidamente motivada e fundamentada, não bastando, para tanto, a simples fundamentação no dispositivo legal, mas também, a motivação, conforme lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao afirmar que se mostra “*imprescindível a efetiva e expressa motivação factual do ato de dispensa, não sendo suficiente, para tanto, a simples indicação de artigo de lei em que se afirme*”¹¹³.

Destarte, a fundamentação e a motivação, do ato de dispensa da licitação, mostra-se como requisito de validade do ato administrativo, até como forma de controle da legalidade e observação dos limites da discricionariedade da Administração Pública, cabendo, ao agente público responsável pela dispensa do certame, demonstrar a existência de tais requisitos de validade do ato.

Além do mais, afigura-se necessário, ainda que a Administração nos casos de dispensa possa contratar com quem melhor lhe aprouver, justificar os motivos que a levaram à escolha daquele que foi ou será contratado, diante da dispensa da licitação, de molde a privilegiar os princípios norteadores da Administração Pública, dentre os quais, o da moralidade administrativa, da impessoalidade, da probidade e do interesse público, de molde que, nas situações de dispensa da licitação, a discricionariedade somente atinge quem será contratado, mas não a forma de contratar.

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁴ entende que a realização, ou não, do certame licitatório dependerá da presença de pressupostos ensejadores do procedimento, a ponto de que a falta de qualquer um dos pressupostos da licitação, tornaria sem efeito a abertura do processo de competição, mormente

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; SANTOS, Márcia Walquíria dos; e, D’AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 4ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2000.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 13ª. edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, pp.482 e segs.

porque não atenderia a finalidade do instituto “licitação”, sendo que mister se fariam presentes os seguintes pressupostos: “*o lógico, o jurídico e o fático*”. O pressuposto lógico traduziria a existência de vários objetos e ofertantes, vale dizer, somente será viável a realização, do certame licitatório, quando existir objetos que possam ser fornecidos por várias pessoas, sendo que, a inviabilidade da licitação por falta deste pressuposto se dará quando o objeto a ser contratado será, nos termos da lei,¹¹⁵ de natureza singular, portanto inexistente objeto equivalente, bem como, quando mesmo existindo vários objetos, apenas um dos interessados reúne condições de atender ao chamamento da Administração Pública. Já o pressuposto jurídico, estaria traduzido na aptidão da licitação para a satisfação do interesse e objetivo da Administração, ou seja, quando o procedimento licitatório possa atender ao interesse público, conforme, expressamente, nos ensina o citado professor, *in verbis*: “(...) a licitação não é um fim em si mesmo; é meio para chegar utilmente a um dado resultado: o travamento de uma certa relação jurídica. Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, seria descabido realizá-la. Embora fosse logicamente possível realizá-la, seria ilógico fazê-lo em face do interesse jurídico a que se tem que atender”.¹¹⁶

O último pressuposto seria o fático, traduzindo-se na existência de interessados em contratar com a Administração Pública, sendo que se inexistir a pluralidade de eventuais interessados, inviável a realização do procedimento licitatório. De fato, desde que se pretende buscar o melhor negócio e propiciar uma efetiva e concorrida participação em contratar com a Administração, a ausência de pluralidade de licitantes e objetos, devem servir para justificar a não realização do certame, sendo, no entanto, que a aplicação de tais justificativas devem sofrer mitigação na sua aplicação, para tanto se fazendo necessário que se demonstre, de maneira inequívoca, a inoccorrência dos pressupostos ensejadores do certame, bem como, a presença do interesse público na contratação, tratando-se de uma obrigatoriedade da motivação e fundamentação do ato de dispensa ou

¹¹⁵ Inciso II, artigo 25, Lei 8.666/93.

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit., p.482.

inexigibilidade, até como forma de dar cumprimento ao *caput* do artigo 26 da Lei 8.666/93¹¹⁷.

Ao passo que, a dispensa da licitação, possui um rol taxativo, previsto em lei¹¹⁸, diversamente ocorre nos casos de inexigibilidade de licitação, diante da hipótese legal (inviabilidade de competição), prevista no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Artigo 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:”¹¹⁹

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a transferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

¹¹⁷ Artigo 26 - As dispensas previstas nos parágrafos 2º. e 4º. do art. 17 e nos incisos III a XXIV do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art.25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no parágrafo único do art.8º., deverão ser comunicados dentre de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

¹¹⁸ Artigo 24 da Lei 8.666/93.

¹¹⁹ Na realidade, em seus incisos, este artigo enumera, não hipóteses, mas meros exemplos, e mais uma vez, para reforçar o estudo do tema, nos socorremos do escólio do Professor Luiz Alberto Blanchet, que nos ensina que: “A inexigibilidade ocorre sempre que houver *inviabilidade de competição*, em qualquer situação. A lei limita-se a arrolar ‘exemplos’ e não hipóteses como nos casos de dispensa, consubstanciando-se, assim, em enumeração *exemplificativa* ou *numerus apertus*, A hipótese normativa da inexigibilidade refere-se em verdade, apenas e simplesmente a *situações em que a competição seja inviável*”(BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª. edição, Curitiba: Juruá Editora, 2004, p.108).

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º. Nas hipóteses deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Efetivamente, os casos previstos anteriormente, em sede de inexigibilidade são exemplificativos, conforme escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, que nos ensina que: “A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, não excluindo, portanto, outros casos não previstos em seus incisos”¹²⁰. Acrescenta o festejado professor que toda a vez que a realização da licitação significar a inviabilidade do cumprimento da atividade fim da Administração Pública, estaremos diante de situações excludentes do certame licitatório.

O professor Toshio Mukai assevera que: “A inviabilidade de competição que embasa a inexigibilidade de licitação, prevista no *caput* do artigo 25, deve ser suficiente e bem fundamentada, demonstrando-se a existência de uma real e efetiva inviabilidade de competição.”¹²¹

¹²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. Cit. p.489.

¹²¹ MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*, 5ª. edição, São Paulo, Saraiva, 2000, p.45.

Para finalizar este tópico, tanto nos casos de dispensa como de inexigibilidade, a Administração Pública, deve observar os princípios norteadores da função administrativa, notadamente, o princípio constitucional da licitação, de molde a iniciar o procedimento administrativo, que seria o próprio procedimento administrativo licitatório, desenvolvendo-se naturalmente até culminar com o não prosseguimento, de sua fase externa, posto que poderá se deparar com uma das situações, quais sejam, de dispensa ou de inexigibilidade. Vale dizer, portanto, que vigora a regra geral da licitação, sendo que, a dispensa e inexigibilidade, atuam como exceções a esta regra geral, de molde a prevalecer a assertiva de que, a Administração Pública, somente poderá contratar, da maneira direta, quando restar inviabilizada a licitação, por conseguinte, inviabilizando a abertura do certame(fase externa), encontrando tal assertiva respaldo no artigo 38, inciso VI da Lei n.8.666/93.¹²²

De todo o exposto, convém ressaltar que a Administração Pública somente poderá dispensar ou inexigir, a realização do certame, após a formação do processo administrativo.

Seção V – Incidência do denominado *processo administrativo na licitação*

Conforme vimos anteriormente, mister se faz a formação do processo administrativo, de molde a viabilizar o encaminhamento da licitação. Dentro deste enfoque, ao estudarmos a licitação, não poderíamos deixar de analisar seus princípios gerais, além de suas fases para podermos melhor visualizar seus princípios informadores e entendermos o mecanismo de seu funcionamento, notadamente no âmbito de sua legislação própria (Lei n. 8666/93).

¹²² Artigo 38. O procedimento de licitação será **iniciado** com a **abertura de processo administrativo**, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta do objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente: (.....)
inciso VI – pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, **dispensa ou inexigibilidade**(.....) (grifamos).

Para Hely Lopes Meirelles¹²³ os princípios que regem a licitação, em qualquer uma de suas modalidades, seriam: 1^o.) *Procedimento formal*; 2^o.) *Publicidade de seus atos*; 3^o.) *igualdade entre os licitantes*; 4^o.) *sigilo na apresentação das propostas*; 5^o.) *Vinculação ao edital ou convite*; 6^o.) *Julgamento objetivo e*; 7^o.) *Adjudicação compulsória ao vencedor*.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁴, aponta como princípios informadores da licitação os seguintes princípios: 1^o.) *Igualdade*; 2^o.) *Legalidade*; 3^o.) *Impessoalidade*; 4^o.) *Moralidade e Probidade*; 5^o.) *Publicidade*; 6^o.) *Vinculação ao Instrumento Convocatório*; 7^o.) *Julgamento Objetivo*; 8^o.) *Adjudicação Compulsória*; 9^o.) *Ampla Defesa e economicidade*.

No dizer de Celso Ribeiro Bastos¹²⁵, “esta discussão encontra-se superada”, em virtude do artigo 3^o. da Lei n. 8.666/93¹²⁶, que já indica quais os princípios informadores do processo licitatório, excluídos os princípios de índole constitucional, que também informam a licitação.

No que concerne às fases que envolvem as licitações, conforme escólio de Marçal Justen Filho¹²⁷, aponta duas fases, quais sejam: 1^o) *Fase interna*- por dizer respeito apenas ao âmbito interno da Administração Pública, descrita no artigo 38 da Lei de Licitações¹²⁸ e: 2^o) *Fase externa* – é assim chamada por descrever os atos destinados diretamente a selecionar contratante e proposta mais vantajosa, cuja fase está descrita no artigo 43, incisos I a VI da Lei de Licitações¹²⁹.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. pp. 238/240.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., pp. 257/264.

¹²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p.47.

¹²⁶ O artigo 3^o. da Lei n. 8666/93, reza o seguinte: A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 5^a edição, São Paulo: Dialética, 1998, p.348.

¹²⁸ Dispõe o artigo 38 da Lei de Licitações (n.8666/93), o seguinte: “O procedimento de licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:.....

¹²⁹ Dispõe o artigo 43 da Lei de Licitações (n.8666/93), e incisos, o seguinte: “Artigo 43- A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: I – abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes e sua apreciação; II –

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁰, o processo licitatório pode ser resumido nas seguintes fases:

- a) edital: ato pelo qual são convocados os interessados e estabelecidas as condições que irão reger o certame;
- b) habilitação: ato pelo qual são admitidos os ofertantes aptos;
- c) julgamento com classificação: ato pelo qual são organizadas as propostas admitidas;
- d) homologação: ato pelo qual é examinada a regularidade do desenvolvimento do procedimento anterior e;
- e) adjudicação: ato com o qual se seleciona o ofertante que tenha apresentado proposta tida como satisfatória.

Após percorrer as fases que lhe são próprias e encerrados os trabalhos da comissão de licitação, os autos do processo administrativo de licitação deverão ser remetidos à autoridade administrativa, que detém a competência para a aprovação do procedimento e deliberações adotadas pela comissão, de molde a ultrapassar a fase da adjudicação, que conforme nos ensina Carlos Ari Sundfeld¹³¹ seria a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos que utiliza a expressão: *aprovação do procedimento*, para determinar a fase posterior à adjudicação.

Ao aprovar a licitação, a autoridade administrativa, poderá contratar o licitante, observados os prazos legais, sendo, no entanto, que poderá ocorrer situação inversa, conforme regra inserta no disposto pelo artigo 49, parágrafo 3º.

devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação; III –abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos; IV- verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; V julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; VI- deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª. edição, São Paulo: Malheiros, 1998, p.370.

¹³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo, de Acordo com as Leis ns. 8.666/1993 e 8883/1994*. São Paulo: Malheiros, 1994.

da Lei de Licitações¹³², onde estão previstos os casos de revogação e anulação do certame, possibilitando aos licitantes o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Se, entretanto, o ato de anulação ou revogação for produzido, sem a oitiva de qualquer um dos interessados, não será considerado válido por vício procedimental¹³³, ensejando sua invalidade, tanto pela via administrativa, como judicial, não olvidando que o recurso administrativo não obsta o exercício do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário (direito de ação) previsto na Carta Magna Republicana de 1988, no artigo 5º., inciso XXXV¹³⁴.

A vontade do Poder Público de anular, total ou parcialmente, ou mesmo, ainda, de revogar a licitação, depende de ampla publicidade, assegurando o efetivo exercício do direito inerente àqueles envolvidos no processo administrativo ou judicial, sendo mister que, a própria Administração Pública, leve ao conhecimento dos licitantes quais os motivos que a levaram a proceder pela anulação ou revogação.

Para se falar propriamente num *processo administrativo* na licitação, não podemos olvidar os princípios constitucionais que a regem, sendo que, estes princípios, que estruturam o processo administrativo, devem ser obrigatoriamente observados, sob pena de macular todo o desenrolar da licitação.

Diógenes Gasparini definiu, o processo administrativo, como sendo: “o conjunto de atos ordenados, cronologicamente, praticados e necessários a produzir

¹³² Dispõe o seguinte: “Artigo 49 - A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício, ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (.....) Parágrafo 3º. – No caso de desfazimento do processo licitatório fica assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

¹³³ *Direito Administrativo – Licitação - Anulação - Ausência de contraditório -Impossibilidade.* A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recursos providos.(STJ-MS 9738-RJ, 1ª Turma, Relator Ministro Garcia Vieira - DJU 07.06.99, p.42).

¹³⁴ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, reza: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa.”¹³⁵, apontando alguns princípios, que informam o processo administrativo, que são os seguintes: “legalidade objetiva, oficialidade, informalismo, publicidade”.¹³⁶

O processo administrativo, a exemplo no que ocorre no processo judicial, deve zelar pelas garantias dos interessados sendo, em processo administrativo licitatório, de se atentar à lição de Marçal Justen Filho, no sentido de que: “a licitação é uma série preordenada de atos”¹³⁷, no sentido de que os atos praticados, no curso do processo licitatório, não podem ser considerados de maneira isolada, mas, constituindo-se num procedimento ordenado e regulado pela lei e pelo edital respectivo.

O referido autor aponta as características da licitação enquanto um “devido procedimento legal”, em manifesta referência ao “devido processo legal”, consagrado constitucionalmente através do Estado Democrático de Direito, de molde que o “devido processo licitatório” tem por escopo evitar o cometimento de arbitrariedades, por parte dos condutores do processo, por meio da observância incondicional das formalidades da lei de regência, pontuando com exatidão que este “devido processo licitatório” acaba por estabelecer “freios e contrapesos aos poderes do julgador”, pois mesmo antes de “examinar se a decisão é justa e compatível com o direito, cabe definir se ela foi produzida com observância de todas as formalidades.”¹³⁸

Dos ensinamentos anteriormente colacionados, podemos deduzir que, a licitação, não poderá ser desenvolvida, somente, com fundamento na sua lei de regência, mas, também, em simetria, de interpretação e aplicação, com os comandos normativos e princípios constitucionais, dentre os quais, podemos destacar os da ampla defesa e do contraditório, que serão abordados, adredemente, no decorrer do presente estudo.

¹³⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 6ª. edição, revista, atualizada e aumentada. São Paulo, Editora Saraiva, 2001, p.781.

¹³⁶ GASPARINI, Diógenes, op. cit., p. 784.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª. edição, revista e atualizada. São Paulo. Dialética, 1998,p. 82.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p.82.

Capítulo V – Princípio do contraditório no processo administrativo

Seção I – Contraditório e processo inquisitório

Dentre os vários princípios constitucionais vigentes, um dos mais que se destaca seria o Princípio do Contraditório que está, expressamente, disposto no artigo 5º., inciso LV, da Constituição Federal.

Ao invocar o magistério de Liebman (cf. *Manuale di diritto processuale civile*), v. I/10 e 11, José Afonso da Silva¹³⁹, ao analisar o direito de ação e defesa, diz: “O poder de agir em juízo e o de defender-se de qualquer pretensão de outrem representam garantia fundamental da pessoa para a defesa de seus direitos e competem a todos indistintamente, pessoa física e jurídica, italianos [brasileiros] e estrangeiros, como atributo imediato da personalidade e pertencem por isso à categoria dos denominados *diritti cívicos*”.

Tal invocação resulta dizer que, como direito fundamental, o direito de defesa, nele compreendido o contraditório, não pode ser postergado a mero corolário do processo inquisitório, eis que são incompatíveis entre si, pois enquanto, no processo inquisitório a gestão da prova está, intimamente, vinculada a uma único órgão julgador(que inicia de ofício o processo, recolhe as provas e após julga); já, no processo contraditório, há a participação dos contendores na formação da prova.

Daí a lição de Celso Ribeiro Bastos:

“O contraditório, por sua vez, se insere dentro da ampla defesa. Quase que com ela se confunde integralmente na medida em que uma defesa hoje em dia não pode ser senão contraditória. O contraditório é pois a exteriorização da própria defesa. A todo o ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe

¹³⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª. edição, São Paulo, Malheiros , 1998, p. 432.

convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquele feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz. É por isto que o contraditório não se pode limitar ao oferecimento de oportunidade para produção de provas. É preciso que o próprio juiz avalie se a quantidade de defesa produzida foi satisfatória para a formação de seu convencimento. Portanto, a ampla defesa não é aquela que é satisfatória segundo os critérios do réu, mas sim aquela que satisfaz a exigência do juízo.”¹⁴⁰

Ao analisar o tema, Romeu Felipe Bacellar Filho, expressa que:

“O contraditório, princípio que também é assegurado pelo art.5º, LV, da Constituição Federal e acolhido expressamente pelo artigo 2º da Lei n. 9.784/99, traduz-se na efetiva participação do acusado na instrução do processo, ativa e crítica, de modo que ele produza suas próprias razões e provas e que possa contestar argumentos e formação probatória que lhe sejam desfavoráveis. O contraditório reflete um diálogo, uma alternância bilateral da manifestação das partes conforme a fase do processo e a decisão final. A eficiência do contraditório depende que seja sopesada a dialética processual. A decisão do processo deve ser tomada em vista dos pensamentos contrapostos e do cotejo das posições distintas. O contraditório permite que todos os envolvidos tenham as mesmas oportunidades de convencimento. Assim como a ampla defesa, ele é um princípio inerente ao devido processo legal.”¹⁴¹

Para arrematar, novamente, nos socorremos do escólio de Romeu Felipe Bacellar Filho, que ao analisar contraditório e processo inquisitório, nos aponta a diferença, com peculiar maestria:

“O contraditório (entendido como participação dos contendores na formação da prova) guarda dois sentidos: é útil a favorecer o bom resultado da instrução probatória, e, em outra perspectiva, é moralmente necessário uma vez que um processo sem contraditório, ainda que garantida a justiça da decisão, seria um produto ideologicamente deteriorado. A deterioração ideológica advém do mito do juiz infalível. O contraditório é incompatível com o processo inquisitório. Neste, a função de acusar, defender e julgar converge em um único órgão, excluindo a bilateralidade processual (fundamento lógico do contraditório). Resta seriamente ferido em um processo onde o órgão julgador detenha a competência exclusiva ou quase exclusiva da gestão probatória, porque a unilateralidade da prova comprometerá a estrutura dialógica do juízo.”¹⁴²

¹⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 20ª. edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1999, p. 227.

¹⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo, Coleção Curso & Concurso (coordenador Edilson Mougnot Bonfim)*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.82.

¹⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1998, p. 211.

Seção II – Contraditório e fases do processo administrativo

Inobstante o tema tratado no vertente estudo, do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo das empresas prestadoras de serviço público, imprescindível procedermos considerações, no que pertine ao processo administrativo de índole disciplinar (dos agentes públicos), diante da convergência de tais institutos jurídicos.

A caracterização do contraditório, no processo administrativo disciplinar, tem como estrutura a bilateralidade do processo, sendo que a essência do contraditório, exige, pelo menos, dois sujeitos processuais (Administração e Servidor).

Tanto a Administração Pública, como o servidor, que responde ao processo administrativo disciplinar, deverão colocar-se no mesmo plano de equivalência, sendo que não pode haver a supremacia daquela sobre este, sob pena da não caracterização do contraditório.

Como mero “juízo de opinião”¹⁴³, a acusação realizada pela Administração Pública, confrontada com a “opinião” do acusado, ensejará a decisão administrativa, onde ambos (Administração e acusado) detêm posição ativa no processo, a ponto de não haver qualquer subordinação entre uma ou outra posição processual.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, salienta que “a justiça está garantida mediante a exata medida de facultar-se ao administrado o enfrentamento com a Administração, em qualquer jurisdição, como parte e não como poder.”¹⁴⁴

Diante disso, conclui-se que, o equilíbrio do contraditório está, intrinsecamente, relacionado com a igualdade das partes e no dizer de Dinamarco:

¹⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p.212.

¹⁴⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p.29.

“Com efeito, a igualdade das partes liga-se ao equilíbrio do contraditório, tudo se faz para que haja uma igualdade de oportunidades das partes no processo.”¹⁴⁵

Mais uma vez, seguindo lições de Romeu Felipe Bacellar Filho, analisa o equilíbrio do contraditório, no processo administrativo disciplinar afirmando que: “O equilíbrio do contraditório, no processo administrativo disciplinar, exigirá que o servidor acusado ou litigante possua, no mínimo, instrumentos para contrapor-se à competência da autoridade administrativa prescrita em lei. Averbese-se, outrossim, que o tema guarda íntima conexão com a estabilidade do objeto do processo, vedando a possibilidade dos sujeitos processuais modificarem o *thema disputandum* a seu talante no curso do processo.”¹⁴⁶

Referido autor¹⁴⁷, em nota de rodapé sob n. 589, esclarece: “A vedação à modificação arbitrária do *thema disputandum* no curso do processo guarda também relação com o princípio do formalismo moderado. Explique-se. Na Argentina, COMADIRA deduz que o princípio inserido no artigo 1º, inc. c, da LPA em que se autoriza a escusa de observância pelos interessados de exigências formais não essenciais que podem ser cumpridas posteriormente, deve ser compreendido como princípio do formalismo moderado ou *debilitamiento de la preclusion* e não como princípio do informalismo. COMADIRA, *Derecho...*, op. cit., p. 131-132. Ao contrário, no Peru, BACACORZO inclui uma característica geral do procedimento administrativo o informalismo e a flexibilidade (inaplicável, de forma excepcional, no caso de licitação), concluindo por afirmar a inoperância legal e freqüente da *preclusión* que é princípio do processo judicial e não do procedimento administrativo. BACACORZO, *Tratado...*, op. cit., p.40. Embora com pontos de vista distintos, é claro, situados em sistemas jurídicos distintos, COMADIRA e BACACORZO ligam o formalismo ou informalismo com o tema da preclusão processual. Entendendo, como postulamos, que, no Brasil, tem acolhida o princípio do formalismo moderado disto decorre que, embora no processo administrativo não haja um sistema tão rígido de preclusão como no processo judicial, há um sistema de

¹⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Princípio do Contraditório, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 19, dez.81/dez.82, p. 36.

¹⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p.217.

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p. 217/218.

preclusão a impedir, por exemplo, a modificação arbitrária do *thema decidendum* no curso do processo”.

Do que foi exposto, converte-se o contraditório em “garantia de *efetiva possibilidade*, conferida a todos os sujeitos processuais, de influir na formação do convencimento do órgão julgador. Desde logo, imperioso afirmar como insuficiente a simples oportunidade de participação no debate antes da decisão final, impondo-se tal oportunidade com antecedência a qualquer decisão processual, capaz de afetar a esfera jurídica e individual do sujeito. O contraditório incide, assim, sobre todas as fases do processo, sob pena de ser um simulacro de contraditório.”¹⁴⁸

A partir dessas premissas acerca do contraditório, passaremos a analisar as suas fases.

A primeira fase seria a denominada **fase de constituição**, onde a primeira exigência do contraditório, consistiria na informação, através dos atos de comunicação processual, que seriam: a citação e a intimação.

Sem a comunicação ao servidor investigado, não há que se falar em participação pois: “se o servidor acusado ou litigante não tiver acesso ao conhecimento dos atos e documentos processuais, não estará proporcionado o movimento de ‘ações, reações e controle recíprocos’, caracterizadores da situação de *status* processual ativo”¹⁴⁹.

A citação seria o ato inicial, onde o servidor seria chamado, ao processo administrativo disciplinar, não só para defender-se, mas, também, para integrar o processo em que é sujeito processual.

O contraditório tem início com o ato citatório, exigindo citação adequada e oportuna, sem o que, não terá validade, erigindo sua falta em nulidade processual absoluta, pois o processo sem citação é nulo.

¹⁴⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p.220.

¹⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p.221/222.

Sem a citação não estará formada, validamente, a relação processual, constituindo exigência lógica da estrutura do contraditório.

Da exigência do contraditório, na fase constitutiva do processo administrativo disciplinar, decorrem três principais conseqüências¹⁵⁰: “1) a motivação suficiente do ato de instauração do processo administrativo disciplinar(‘processo disciplinar’, ‘sindicância’ para aplicação de pena leve, ‘procedimento de avaliação periódica de desempenho’, processo para exoneração de servidor em estágio probatório por motivo de reprovação na ‘avaliação especial de desempenho’ e o processo para exoneração de servidor estável por excesso de quadros), 2) a citação do servidor acusado ou litigante imediatamente posterior ao ato de instauração, porque todos os atos processuais devem ser postos em movimento através do diálogo, 3) o ato de citação deve não somente chamá-lo a juízo, mas também informá-lo dos fatos a ele imputados, a devida fundamentação e sanção cabível, delimitando tempo oportuno para que, antes da instrução, possa manifestar-se sobre os elementos que compõem a pretensão da Administração(que enseje acusação ou litígio),participando na delimitação do objeto da prova”.

Em nota de rodapé, sob n. 607¹⁵¹, informa: “A citação adequada, no processo administrativo, como decorrência das garantias processuais é confirmada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: ‘A validade do processo expropriatório fica comprometida se a notificação para a vistoria prevista no art. 2º., da LC 76/93, não for feita pessoalmente ao proprietário do imóvel ou a seu procurador. Segurança concedida face ao reconhecimento, na espécie, de ofensa ao princípio da ampla defesa e do devido processo legal(CF, art. 5º., LIV e LV). Precedente citado: MS 22.165-MG(Pleno, 26.10.95 - ratificado no Informativo n.11)’. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22.164- SP. Relator: Ministro Celso de Mello. 30 out. 1995. Informativo n. 12 do STF”.

¹⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit., p.223/224.

¹⁵¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, op. cit., p. 224.

A própria Lei 8112/90¹⁵², afirma que quando a Administração Pública, chega a “instaurar” o processo disciplinar, está reconhecendo que há responsabilidade administrativa a ser apurada (ilicitude do fato), bem como, sua autoria, sendo pois que, tecnicamente, tal afirmação corresponde, praticamente, a uma “acusação”.

O ato de instauração, de processo disciplinar, corresponde a uma das possíveis decisões finais da sindicância, sendo que a direta instauração, sem a prévia sindicância, estaria a indicar elementos suficientes para presumir o cometimento de ilícito e sua autoria, fazendo-se, necessário, a adequada motivação, para tal instauração, pois a mencionada lei (8112/90) dispõe que a “instauração” constitui-se na primeira fase do processo disciplinar¹⁵³.

Disso resulta que, a instauração, no processo disciplinar, passa a funcionar como a denúncia, no processo penal, sendo necessário já a formação do contraditório.

Hely Lopes Meirelles, citado por Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁵⁴, nos ensina que: “O processo disciplinar deve ser instaurado por portaria da autoridade competente na qual se descrevam os atos ou fatos a apurar e se indiquem as infrações a serem punidas, designando-se desde logo a comissão processante, a ser presidida pelo integrante mais categorizado”.

A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar deve indicar os elementos necessários para a identificação do funcionário acusado, a figura infracional caracterizada pelo comportamento descrito, a sanção, em tese, cabível, não bastando a referência genérica da irregularidade, nem tampouco, a simples indicação do dispositivo legal que teria sido violado, pois ninguém pode defender-se de uma simples capitulação jurídica, devendo estar indicado um

¹⁵² O artigo 148 da Lei 8112/90 diz: “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

¹⁵³ Veja-se a respeito o inciso I, do artigo 151 da Lei 8112/90, que dispõe da seguinte forma: Artigo 151 “O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I *instauração*, com a publicação do ato que constituir a comissão”(destacamos).

¹⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p. 227.

comportamento singular do servidor, identificável no tempo, espaço e na forma de concretização¹⁵⁵.

Como o contraditório, está presente **em todas as fases do processo administrativo disciplinar**, a validade dos atos processuais, depende da citação, que deverá ser oportuna, ou seja, com a devida antecedência, a fim de garantir a participação do acusado na instrução processual, conforme interpretação do artigo 156 e parágrafo 1º., do artigo 161, ambos da Lei 8112/90¹⁵⁶.

O resultado desses dispositivos legais é que, não há citação posterior à instrução, sendo que o servidor passa a ser, praticamente, “convocado” para integrar a relação jurídica processual e não, simplesmente, para “acompanhar o processo”.

Como frisamos, além de oportuna, a citação deverá ser adequada, devendo propiciar, ao servidor acusado ou litigante, o inteiro conhecimento da acusação(e dos autos do processo), com vistas a delimitar o prazo de manifestação a respeito da acusação; sendo que, o ato citatório, não deve, somente, chamar o servidor acusado ao processo, mas, também, informá-lo dos fatos lhe imputados, a devida fundamentação e a sanção aplicável.

Após ter acesso à portaria de instauração (ou outro ato equivalente emanado pela Administração Pública), o servidor estará capacitado para participar da fase instrutória.

A segunda fase seria a denominada **fase de instrução**, sendo oportuno repetir a lição de Calmon de Passos, citada por Romeu Felipe Bacellar Filho¹⁵⁷, sobre processo judicial, aplicável em tema de processo administrativo disciplinar: “O contraditório, como garantia do devido processo legal, por seu turno, não se

¹⁵⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p. 228.

¹⁵⁶ Artigo 156 da Lei 8112/90: “É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial”.

Parágrafo 1º. do Artigo 161 da Lei 8112/90: “O indiciado será citado por mandado expedido pelo presidente da Comissão para apresentar defesa escrita, no prazo de 10(dez) dias, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição”.

¹⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p. 236.

cumpra com a mera citação do réu, mas reclama complementar-se a ciência do interessado com o direito, reconhecido aos litigantes, de participação para provar e de alegação para esclarecer e convencer”.

E prossegue o mencionado autor:

“Graças ao contraditório, o processo caracteriza-se na visão de Lafayette PONDÈ como *‘aquele em que é assegurado às partes interessadas o direito de contestar a pretensão que lhes for contrária, de modo que nenhum elemento novo pode nele ser introduzido sem prévio conhecimento delas’*. Aponta como regras da instrução contraditória: a garantia da imparcialidade administrativa dos agentes que exercem a função administrativa, a garantia de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, compreendida nesta o direito de conhecer por inteiro todos os atos e elementos informativos do processo, fazer prova de suas alegações, assistir pessoalmente e com advogado a inquirição de testemunhas, podendo reperguntá-las.

As ponderações acima oferecem a exata dimensão da fase de instrução onde se pretende garantir a audiência do acusado, a publicidade do conteúdo dos autos do processo, vários direitos ligados à prova (a produção de prova, de contraprova, controle da prova realizada por outro sujeito processual) e a possibilidade de apresentação de alegações.

Marco fundamental na questão foi posto, na doutrina italiana, por Franco CORDERO ao situar a instrução como atividade instrumental à decisão. Justamente porque o *thema decidendum* compreende uma questão histórica e jurídica, no conceito de instrução regressa, portanto, a procura e a formação da prova como a descoberta da possível premissa normativa.

Baseado nesta premissa, Franco CORDERO pode observar que não há prova formada fora do contraditório (*‘e cioè ammesso che non siano prove quelle formate fuori del contraddittorio’*). O contraditório (qualificado pela efetividade e não um simulacro) configura condição de todo ato de formação da prova¹⁵⁸.

Do que foi ponderado, nesta fase instrutória, compreendidas a defesa e o relatório, vislumbra-se uma primeira preparação para a decisão final. No regime da Lei 8112/90, a fase da produção probatória é sempre anterior à defesa, não se confundindo a fase de instrução, do processo disciplinar, com a fase probatória, sendo pois que, o estudo desta fase pressupõe o conhecimento do sentido de prova no sistema processual contraditório.

Romeu Felipe Bacellar Filho, socorre-se de alguns ensinamentos, para desenvolver a idéia de que não há prova sem contraditório, tecendo as seguintes ponderações:

“Na definição de Odete MEDAUAR, ‘o contraditório significa a faculdade de manifestar o próprio ponto de vista ou argumentos próprios ante fatos, documentos ou pontos de vista apresentados por outrem’. Para Luiz Guilherme MARINONI, o direito à prova é

¹⁵⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., pp.236/237.

corolário do princípio do contraditório à medida que ‘de nada adianta a participação sem a possibilidade do uso dos meios necessários à demonstração das alegações. O direito à prova, destarte, é resultado da necessidade de se garantir à parte a adequada participação no processo’. De igual forma, COUTURE sustenta que ‘o procedimento da prova não é senão uma manifestação particular do contraditório. Como não se concebe um processo sem debate, tampouco se pode conceber que uma parte produza uma prova sem a rigorosa fiscalização do juiz e do advogado’(traduzido). Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO acentua a imprescindibilidade da prova para a garantia da defesa: ‘não há defesa, nem eficácia quanto aos efeitos dela, sem que a matéria de prova assumia condição de relevo jurídico na orientação dogmática do processo administrativo’. Vincenzo VIGORITI critica a Corte Constitucional Italiana a partir da lição da jurisprudência americana. Esta reconhece a relevância da prova para o exercício de defesa e efetividade do contraditório.”¹⁵⁹

A **fase do relatório ou das alegações finais**, no regime da Lei 8112/90, marca a última fase do inquérito administrativo, onde a Comissão de Inquérito, conclui pela inocência ou responsabilidade do servidor, indicando o dispositivo legal transgredido, sendo, o relatório, peça fundamental do processo disciplinar, pois, a autoridade julgadora, poderá dele divergir quando contrário à prova dos autos(artigo 168 da Lei 8112/90).

A **fase de julgamento** deve levar em conta o resultado do contraditório, devendo corresponder a uma síntese, ao que foi debatido e rebatido entre os sujeitos processuais.

Em linhas gerais, estas seriam as fases postas, quando do processo administrativo disciplinar.

Da mesma forma no processo administrativo das empresas prestadoras de serviço público, tanto o contraditório e a ampla defesa, decorrem da cláusula do devido processo legal, a teor do estabelecido no inciso LIV, do artigo 5º., da atual Constituição Federal¹⁶⁰, sendo que seu campo de incidência deverá ser observado em todas as esferas do Direito, daí advindo a advertência de Celso Ribeiro Bastos¹⁶¹: “o processo, no mundo moderno, é manifestação de um direito da pessoa humana”.

¹⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., p.239.

¹⁶⁰ O inciso LIV, dispõe da seguinte forma: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹⁶¹ BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição Promulgada em 5 de outubro de 1988*. volume II. São Paulo, Saraiva, 1989, p.260.

Por conseguinte, extrai-se dessa afirmação de que seria através do processo, que se procura proteger o indivíduo, contra eventuais arbitrariedades do Estado, de molde que a abrangência do Princípio do Devido Processo Legal culmina por se desdobrar em vários outros direitos, os quais também gozam da proteção constitucional, sendo que no processo se dá a materialização dos diplomas legais vigentes, onde as ações estatais se legitimam, não sendo por acaso o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho¹⁶²: “(...) processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido e o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade”.

Ainda, com relação ao devido processo legal, não poderíamos deixar de citar os ensinamentos de Rogério Lauria Tucci¹⁶³ ao asseverar que: “(...) constituindo marcante página da história da liberdade, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se verifiquem todas as formalidades e exigências em lei previstas.”

Também Celso Ribeiro Bastos, destacou a importância do direito ao devido processo legal, nos ensinando que:

“O direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito. Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. Colima-se, portanto, a aplicação da lei.

O princípio se caracteriza pela sua excessiva abrangência e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado.

É por isto que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição.

A doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do ‘devido processo legal’: a) o princípio da publicidade dos atos processuais; b) a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito; c) o postulado do juiz natural; d) contraditório; e) procedimento regular.

O *due process of law* se concretiza para a parte a partir do momento em que ela tenha acesso ao Judiciário e possa se defender amplamente.

¹⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1998, p.449.

¹⁶³ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

Contudo, a sua enunciação no Texto Constitucional não é inútil, pelo contrário, ele tem permitido o florescer de toda uma construção doutrinária e jurisprudencial que tem procurado agasalhar o réu contra toda e qualquer sorte de medida que o inferiorize ou impeça de fazer valer as suas autênticas razões.

A origem histórica data da Carta Magna que tornava certo que ninguém seria despojado de sua vida, de sua liberdade ou propriedade senão em virtude do devido processo legal (art.39).”¹⁶⁴

Nesse toar segue o inciso LV, do artigo 5º. da atual Constituição Federal que confere, **a todos os envolvidos**, em processo judicial **ou administrativo**, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes, *verbis*: “**LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes**”.

Ora, sendo o procedimento licitatório um clássico processo administrativo, nada poderá impedir que os licitantes utilizem-se de todos os recursos administrativos, previstos em lei, colocados à disposição para o exercício de seus direitos; e caso esgotadas as vias administrativas, poderão valer-se do Poder Judiciário para dirimir ou corrigir eventual lesão ou ameaça de lesão a direito que entenda possuir, com fundamento no texto constitucional vigente¹⁶⁵.

Ademais, não podemos olvidar que em sede de licitação, por ser essencialmente um processo administrativo, a não observância aos licitantes, pela Administração Pública, do contraditório e da ampla defesa, das decisões tomadas em seu bojo, culminam por comprometer a legalidade do procedimento, e não raras vezes vir a ensejar sua nulidade, sendo pois que, a observância da cláusula do devido processo legal no processo licitatório representa fator de julgamento isento, conferindo às partes envolvidas garantia e observação de seus direitos, sendo um mandamento constitucional.

Insta destacar que o contraditório está inserido no Princípio da Ampla Defesa, sendo, pois, a defesa formalizada, sendo pertinente a afirmação de Manoel

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva: São Paulo, 20ª edição, 1999, p.226.

¹⁶⁵ O inciso XXXV, do artigo 5º. da Constituição Federal é bem claro: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Gonçalves Ferreira Filho¹⁶⁶: “O Princípio do Contraditório traz em si um dos aspectos da ampla defesa, livre debate e livre apreciação de provas”.

Afigura-se relevante destacar que o princípio do contraditório enseja a assertiva de que, diante da ação operada, por uma das partes, deverá ser formada uma dialeticidade, onde deverá ser dada oportunidade à outra parte, de molde que possa opor-se e apresente a sua versão.

Odete Medauar¹⁶⁷, afirma que o contraditório, ao propiciar ao interessado o conhecimento dos fatos, dados, argumentos, documentos e outros elementos constantes do processo, com o fim de reagir e apresentar fatos, dados, argumentos e documentos em contrariedade, aos constantes dos autos, culmina por se destacar “como elemento ínsito à caracterização da processualidade”.

Em matéria de licitações, na busca da verdade, o órgão julgador, e em última análise, a autoridade administrativa, deverá zelar para que a produção e qualidade de defesa sejam suficientes para dirimir a controvérsia, visando não só se satisfazer com as razões declinadas pelos concorrentes ou pelo próprio Poder Público, mas também, atuar para que a produção processual se conduza de molde a possibilitar um melhor convencimento, para formação de seu juízo de valor e conseqüente legitimação de sua decisão, sendo oportuno citar o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar que:

“A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – civil, penal, trabalhista, ou mesmo não-jurisdicional(art.5º., inciso LV)-, significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Mas significa também, que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se, portanto, num direito das partes e deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.”¹⁶⁸

¹⁶⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988, p.66.

¹⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 5ª. edição, revista e atualizada, São Paulo:Revista dos Tribunais, 2001, p.200.

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª. edição, São Paulo:Malheiros, 2000, p.124.

Entretanto, diante do procedimento especial, a que está submetida a Lei de Licitações, deverá sofrer temperamentos, sem no entanto afetar as garantias do pleno contraditório e da ampla defesa, impondo à Administração Pública determinados cuidados, onde o processo administrativo licitatório deverá sofrer a efetiva participação e intervenção de todos os interessados e licitantes a partir da abertura da sua fase externa, ou seja, a partir da publicação do Edital, fazendo com que, a própria Administração Pública, possa legitimar seus atos e via de consequência o exercício de seu Poder, conforme escólio de Cândido Rangel Dinamarco¹⁶⁹, *in verbis*: “A participação a ser franqueada aos litigantes é uma expressão da idéia, plantada no mundo político, de que o exercício do poder só se legitima quando preparado por atos idôneos segundo a Constituição e a lei, com a participação dos sujeitos interessados.”

Segundo o aludido professor, a legitimação do poder, decorre do contraditório e do devido processo legal, sendo que para se dar cumprimento à garantia constitucional do contraditório, os processos descritos em lei e todos os procedimentos desenvolvidos, devem ser estabelecidos de modo que, cada um dos envolvidos, tenha oportunidade para pedir, alegar e provar, conforme esclarece, da seguinte forma: “Essa é a dinâmica do pedir-alegar-provar, em que se resolve o contraditório posto à disposição das partes. Essa participação torna-se criticamente necessária para a defesa dos direitos em juízo quando surge algum ato contrário ao interesse do sujeito. Diz-se então que o contraditório exerce mediante reação aos atos desfavoráveis, seja eles venham da parte contrária ou do juiz.”¹⁷⁰

A fim de legitimar o processo licitatório, após a abertura da fase externa do procedimento, deve a Administração Pública levar ao conhecimento dos licitantes todo e qualquer ato por ela praticado ou em vias de praticar, bem como, qualquer ato praticado por qualquer um dos licitantes, que venham a importar em tomada de posição pelo Poder Público, cuja decisão possa afetar, direta ou indiretamente, qualquer direito dos competidores, se fazendo necessário dar conhecimento dos fatos aos interessados, seja através da publicação dos atos

¹⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p.125.

¹⁷⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel, op.cit., p.126.

praticados, ou mesmo, através da notificação, consoante nos ensina Cândido Rangel Dinamarco¹⁷¹: “(...) a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio **informação-reação**, com a ressalva de que, embora a primeira seja **absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade dos seus atos**, a segunda é somente possível. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da liberdade no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se segundo sua escolha.”

Necessário lembrar que a publicidade se subordina ao princípio da oportunidade, pois enquanto não oportuna aquela, o que prevalece é o sigilo. Nenhum prazo porém, se inicia, para o titular de interesse atingido por atos praticados antes da imprescindível ciência por parte do titular.

Do exposto podemos concluir que, o contraditório, nada mais seria do que a faculdade conferida, às partes envolvidas, no processo licitatório, de posicionar-se diante dos fatos ou documentos, ou mesmo, posições defendidas pelos adversários, sendo inerente, neste tipo de processo, o conhecimento de informações, fatos, documentos, argumentações, ou seja, conhecimento das informações necessárias para a exata e eficaz reação contrária, de molde a irradiar direitos, faculdades e conseqüências, de maneira que pressupõe o exercício de se obter conhecimento prévio e adequado dos fatos e documentos que formam o processo, com ampla informação e acesso indiscriminado aos documentos juntados pelas partes, decorrendo que, nenhuma das partes, poderá invocar matéria que não esteja constando formalmente dos autos; finalizando, a Administração Pública, diante da reação dos envolvidos, em manifestar-se, motivadamente, sobre tudo que for suscitado pelos interessados, sendo tal motivação garantia fundamental do contraditório.

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, op.cit. p.127.

Seção III – Relação entre o princípio do contraditório e da ampla defesa

Para traçarmos qualquer relação entre o princípio do contraditório e da ampla defesa, devemos partir do texto constitucional, eis que a Lei Maior, expressamente, enfatiza a “simbiose” dos referidos princípios, no artigo 5º., inciso LV da Constituição Federal¹⁷², devendo-se partir daí, conforme advertem Clèmerson Merlin Clève¹⁷³ e Juarez Freitas¹⁷⁴.

Disso resulta que, o Princípio do Direito da Ampla Defesa e de seu corolário, o Princípio do Contraditório, estão interligados, sendo que um não pode existir sem o outro; ou seja, quando se fala em ampla defesa, está inerente o contraditório e vice-versa.

Tal assertiva é apontada por Celso Ribeiro Bastos que, ao analisar a questão, quanto aos seus destinatários, aponta que:

“No que diz respeito aos destinatários, impõe-se reconhecer que o dispositivo procurou ser de extrema abrangência. Com efeito, além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio a consagrar uma tendência que já se materializava no nosso direito, qual seja: a de não dispensar estas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis, portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves

¹⁷² Dispõe o artigo 5º, LV, da CF o seguinte: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:.....LV- aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”(grifamos).

¹⁷³ Para Clèmerson Merlin Clève: “a compreensão da Constituição como norma, aliás norma dotada de superior hierarquia; a aceitação de que tudo que nela reside constitui norma jurídica, não havendo lugar para lembretes, avisos, conselhos ou regras morais; por fim, a compreensão de que o cidadão tem acesso à Constituição, razão pela qual o Legislativo não é seu único intérprete, são indispensáveis para a satisfação da supremacia constitucional”(CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p.27).

¹⁷⁴ Como aduz Juarez Freitas: “toda interpretação jurídica há de ser, de algum modo, interpretação constitucional, dado que é na Lei Maior que se encontram hierarquizados os princípios que servem de fundamento à racionalidade mesma do ordenamento jurídico, bem como à concatenação interna do mesmo, nos planos subalternos”(FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.150).

lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário. Daí porque esta preocupação em proteger o acusado no curso do próprio processo administrativo pode ser muito vantajosa, mesmo porque quanto melhor for a decisão nele alcançada, menores são as chances de uma renovação da questão diante do Judiciário.”¹⁷⁵

Os sistemas probatórios, tanto da *Common Law*, como da *Civil Law*, estabelecem a relação entre o contraditório e a ampla defesa, conforme adverte Romeu Felipe Bacellar Filho:

“No mecanismo da *common law* prevalece a técnica da *cross examination* em que a definição do objeto da prova está diretamente ligada aos diversos pedidos e às defesas das partes. Resulta um formalismo mais rígido em relação à pertinência e à eficácia das provas. A posição da autoridade julgadora pauta-se no sentido de que a instrução é deixada basicamente à iniciativa das partes, até no que diz respeito à administração dos meios de prova. Porém, o Juiz tem o poder de ordenar a produção das provas necessárias para o julgamento de maneira mais ampla que nos países da *civil law*.

De outro lado, o mecanismo da *civil law* tende a reconhecer ao juiz um papel mais ativo na pesquisa das provas. Onde o direito subjetivo encontra limites em decorrência da prevalência do interesse público(direitos indisponíveis) o juiz pode exercer poderes inquisitórios sobre as provas e a disposição do objeto do litígio. Os poderes do julgador para ordenar as medidas de instrução são essenciais para busca da verdade objetiva sem que com isso o processo torne-se inquisitório.

Em síntese, no sistema da *common law*, o contraditório constitui o método essencial e exclusivo de administração da prova. Às partes cabe a administração da prova, sob a supervisão do órgão julgador. A prova resulta do combate entre as partes, sob o controle do juiz. Neste sistema, o direito de participar na formação da prova alcança o máximo de sua realização. Não há problema quanto ao contraditório. Porém, o direito de se servirem de todos os meios de prova úteis para fundamentar sua pretensão está mais restrito: continua em vigor várias regras do sistema tradicional das *exclusionary rules*. No sistema da *civil law*, as coisas se passam de outra forma. Aceita-se, como princípio geral, o direito das partes de utilizarem todos os meios de prova, com ressalvas em casos excepcionais. No entanto, as exceções ainda são numerosas. Já quanto à participação das partes na administração contraditória da prova, segue-se a determinação do juiz. As partes acabam atuando como assistentes da administração probatória, com poderes restritos em relação aos do juiz.

Em relação ao contraditório e à defesa, MICHELI e TARUFFO concluem: no sistema probatório da *civil law*, está fortalecido o direito das partes à prova(como expressão do direito de ação e de defesa), enquanto no da *common law*, a força reside no direito de participar da formação e da administração das provas(como expressão do princípio do contraditório).

Quanto à finalidade da atividade probatória, a *fight theory of truth*, inerente ao *trial*, representa obstáculo ao estabelecimento da verdade. O sistema da *common law* é mais um método de combate entre partes do que um método direcionado à busca da verdade. Nega-se a eficácia do sistema para alcançar este objetivo. Sua estrutura não se encontra orientada para este fim, a verdade é mais um resultado eventual. Já nos países da *civil law*, o objetivo da procura da verdade material está no centro das preocupações do direcionamento da atividade probatória, acentuando-se o papel do juiz *como aquele que busca a verdade*.¹⁷⁶

¹⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva: São Paulo, 20ª edição, 1999, pp.227/228.

¹⁷⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit., pp. 242/243.

O devido processo legal tendo como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório* é analisado por Alexandre de Moraes que traz os seguintes esclarecimentos:

“O devido processo legal configura dupla proteção do indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de *liberdade*, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O devido processo legal tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral¹⁷⁷, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa¹⁷⁸.

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário¹⁷⁹, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a conduta dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Salienta Nelson Nery Júnior, que: ‘o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa¹⁸⁰, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório’.¹⁸¹

O contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo,

¹⁷⁷ Em nota de rodapé o professor Alexandre de Moraes esclarece que: “Aplicando-se inclusive ao ‘processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente (art. 103 ss, ECA), é informado pelo contraditório e ampla defesa, pois seu objetivo é a aplicação da medida sócio-educativa pela conduta infracional, que se assemelha à imposição de sanção administrativa’(NERY JR., Nelson. *Princípios...Op. cit. p.127*.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 13ª. edição, São Paulo : Editora Atlas S/A, 2003, p.123, nota de rodapé n.3).

¹⁷⁸ RTJ 83/385; RJTJSP 14/219.

¹⁷⁹ STF – 1ª. Turma – HC 68929-9-SP, relator Min. Celso de Mello, DJU, 28/08/92, p.13.453.

¹⁸⁰ Em nova nota de rodapé Alexandre de Moraes vem a esclarecer que: “Defesa técnica insuficiente: ‘Se houver defesa desidiosa, incorreta, insuficiente tecnicamente, por parte do advogado do réu no processo penal, o feito deve ser anulado e nomeado outro defensor, tudo em nome do princípio do contraditório conjugado ao da ampla defesa, ambos garantidos pela Constituição’(NERY JR., Nelson. *Princípios...Op. cit. p. 124-125*). Nelson Nery Júnior fundamenta sua posição em MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2ª. ed. Rio de Janeiro - São Paulo, 1965, v. 2, n. 563, p. 422-424. No mesmo sentido, RT 405/77; TACrimSP, Ap. 288545, de Marília, Rel. Silva Franco, j. 15-12-1981. In: O processo constitucional em marcha. São Paulo : [s.n.], 1985, p. 149-151 (coordenado por Ada Pellegrini Grinover, Op. cit. p. 46-49 e 168-170). Igualmente, é este o entendimento do STF, consubstanciado na Súmula 523: ‘No processo penal, falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu’ .”(MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*,13ª. edição, São Paulo: Editora Atlas S/A, 2003, p.124, nota de rodapé n. 1).

¹⁸¹ NERY JR., Nelson, *Princípios...Op. cit. p.122*.

pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.”¹⁸²

De maneira mais abrangente, ao analisar o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, prossegue Alexandre de Moraes, enfocando os direitos humanos fundamentais, do seguinte modo:

“A Constituição Federal de 1988 incorporou o princípio do devido processo legal, que remonta à *Magna Charta Libertatum*, de 1215, de vital importância nos direitos inglês e norte-americano. Igualmente, o art. XI, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem garante que: ‘todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa’.

Inovando em relação à antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao *devido processo legal*, além de fazer referência explícita à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do direito processual penal.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial criminal e civil ou em procedimento administrativo, inclusive aos militares (STF – 2ª. T. – Agravo regimental em agravo de instrumento n. 142.847/SP – rel. Min. Marco Aurélio, *Diário de Justiça*, Seção I, 5 fevereiro 1993, p.849), e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional exposto (art. 5º., LV). Assim, embora no campo administrativo não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial quanto nos campos administrativos e disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa (RTJ 83/385; RJTJSP 14/219).

Os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como já ressaltado, são garantias constitucionais destinadas a todos os litigantes, inclusive nos procedimentos administrativos previstos no Estatuto da Criança e Adolescente (STJ – 6ª. T. – Resp. n. 19.710-0-RS – Rel. Min. Adhemar Maciel – *Ementário* STJ, 10/674; STJ – 1ª. T. – Resp. n. 24.450-3/SP – rel. Min. Milton Luiz Pereira – *Ementário* STJ, 10/447). Como ressaltado por Nelson Nery Júnior,

‘o processo administrativo, para a apuração de ato infracional cometido por criança ou adolescente (art. 103 ss ECA), é informado pelo contraditório e ampla defesa, pois seu objetivo é a aplicação de medida sócio-educativa pela conduta infracional, que se assemelha à imposição de sanção administrativa’ (*Princípios...* Op. cit. p.127).

Por *ampla defesa*, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Salienta Nelson Nery Júnior que:

¹⁸² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 13ª. edição, São Paulo : Editora Atlas S/A, 2003, pp.123/124.

‘o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório’.

A tutela judicial efetiva supõe o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o contraditório e a ampla defesa, pois não são mero conjunto de trâmites burocráticos, mas um rígido sistema de garantias para as partes visando ao asseguramento de justa e imparcial decisão. Não há dúvidas de que o reconhecimento constitucional do princípio do devido processo legal, juntamente com os aforismas *nulla poena sine iudicio*, ou *sine prévio legali iudicio*, e com o consagrado princípio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, constituem o triplo fundamento da legalidade penal em um Estado de Direito.

Entre as cláusulas que integram a garantia constitucional à ampla defesa encontra-se a necessidade de defesa técnica no processo, a fim de assegurar a paridade de armas entre as partes (*par conditio*) e evitar o desequilíbrio processual, possível gerador de desigualdade e injustiças. Assim, o princípio do contraditório exige a *igualdade de armas* entre as partes no processo, possibilitando a existência das mesmas possibilidades, alegações, provas e impugnações.

Nesse sentido a afirmação de Smanio, de que:

‘para atingir sua finalidade de solucionar conflitos de natureza penal, os sujeitos processuais parciais devem ser tratados com igualdade em todo o desenrolar do processo’ (*Criminologia e juízo especial criminal*. São Paulo : Atlas, 1997, p.34).

Dentro da previsão da ampla defesa, igualmente, está o direito constitucionalmente garantido de ser informado da acusação que dará início ao processo, relacionando todos os fatos considerados puníveis que se imputam ao acusado, bem como a narrativa detalhada dos fatos concretos praticados.¹⁸³

Tais ensinamentos, quanto ao contraditório, ampla defesa e o devido processo legal, preconizados por Alexandre de Moraes, além de se inserirem no âmbito do direito penal são aplicáveis no âmbito do direito administrativo, sendo que em cada campo de atuação apresenta suas peculiaridades e nuances próprias.

Por fim, o relacionamento, entre o contraditório e ampla defesa, além de harmônico, é indissolúvel, face à premente necessidade decorrente da coexistência, firmada no próprio texto constitucional retro mencionado¹⁸⁴.

¹⁸³ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral. Comentários aos artigos 1º. a 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência (Coleção TEMAS JURÍDICOS)*, 5ª. edição, São Paulo : Editora Atlas S/A, 2003, pp. 256/258.

¹⁸⁴ Artigo 5º., inciso LV, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”(grifamos).

Capítulo VI – Princípio da ampla defesa no processo administrativo

Seção I – Ampla defesa e processo administrativo

O princípio da ampla defesa, no processo administrativo disciplinar, está consagrado como garantia fundamental, do processo judicial e administrativo, no artigo 5º., inciso LV, da Constituição Federal, sendo um “princípio norteador” de todo o processo administrativo.

Antes do advento, do atual texto constitucional, Agustín A . Gordillo, em seu artigo intitulado “*La Garantía de Defensa como Principio de Eficácia en El Procedimiento Administrativo*”, já alertava acerca da importância da aplicação do Princípio Constitucional da Defesa em Juízo no Processo Administrativo: “*El principio constitucional de la defensa en juicio, en el debido proceso, es por supuesto aplicable en el procedimiento administrativo, y con criterio amplio, no restrictivo. Ello se explica, por el carácter fundamentalmente axiológico que la Constitución da a este principio, y por constituir prácticamente un principio general del derecho, de Estado de Derecho, y de lo que a veces se ha dado en llamar ‘justicia natural’[...]. El principio de la defensa es frecuentemente olvidado en el ambito administrativo, justamente donde nunca debe serlo, precisamente porque la decisión administrativa, a diferencia que la judicial, no sólo debe tener en cuenta la solución normativa del caso, sino también los criterios ya mencionados de oportunidad, conveniencia, etc.*”¹⁸⁵

Para podermos falar em “ampla defesa”, tanto no processo judicial como administrativo, temos que ter em mente o Princípio da Presunção de Inocência ou da Não-Culpabilidade , insculpido no artigo 5º., inciso LVII, da Constituição

¹⁸⁵ GORDILLO, Agustín A . *La Garantía de Defensa como Principio de Eficácia en el Procedimiento Administrativo*. *Revista de Derecho Público*, São Paulo, n.10, p. 16-17 e 19, out./dez. 1969.

Federal¹⁸⁶, que também, seria aplicável aos processos administrativos e disciplinares.

A ampla defesa no processo administrativo, segundo Manoel de Oliveira Franco Sobrinho¹⁸⁷, refere-se: ao direito das partes serem ouvidas, de apresentarem razões de convencimento, de produzir provas e de repelir provas oferecidas pela Administração.

No Direito argentino, segundo Roberto Dromi¹⁸⁸, a garantia de defesa, no processo administrativo, compreende: o direito de ser ouvido; de oferecer e produzir prova; de ter uma decisão fundada e de impugná-la.

Por fim, no campo da doutrina portuguesa, Jorge de Figueiredo Dias¹⁸⁹, o direito de defesa do acusado, no campo do processo penal, estaria incluído: o direito de audiência; de presença; de assistência do defensor e de interposição de recursos.

Dessume-se, tanto da doutrina estrangeira, como nacional, que o tema não está isento de dúvidas e polêmicas, devendo despertar inúmeros estudos a respeito, para poder-se delimitar o alcance, do princípio da ampla defesa, no processo administrativo e disciplinar, tendo em vista, também, o princípio do contraditório.

Romeu Felipe Bacellar Filho, ao analisar o assunto, elucida-o da seguinte forma:

“A ampla defesa é um princípio assegurado pelo art.5º., LV, da CF, bem como pelos incisos II e III, do § 1º do art.41 e pelo art.247, como garantia do processo administrativo de que resulte perda do cargo de servidor estável. A Lei n. 9.784/90 acolheu expressamente este princípio em seu art.2º. A ampla defesa, em conjunto com o contraditório, constitui desdobramento do princípio do devido processo legal.

¹⁸⁶ Tal dispositivo constitucional é bastante claro: “ninguém será considerado culpado até o trânsito julgado de sentença penal condenatória”(CF, 5º., LVII).

¹⁸⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.289.

¹⁸⁸ DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p.67.

¹⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra, 1974, v.1, p.431.

É inerente ao exercício da ampla defesa que o indiciado tenha conhecimento do que está sendo acusado, ou qual infração foi por ele supostamente cometida, além de todos os detalhes necessários para a elaboração da defesa. No curso do processo a garantia se concretiza pelo direito à informação, como o acesso aos autos e a extração de cópias e, ao final, pelo conhecimento da fundamentação e motivação da decisão; e pelo direito à reação, como a apresentação de documentos, pela defesa e produção de provas prévias à decisão, esta sujeita à interposição de recursos. Em síntese, o direito à ampla defesa impõe à autoridade o dever de observância das normas processuais e de todos os princípios incidentes sobre o processo.”¹⁹⁰

Impende que o princípio da ampla defesa assume formas e direções variadas, donde o pleno exercício, dessa garantia constitucional, somente poderá ser satisfeito quando preservada a participação ativa de todos os envolvidos, no sentido de atuar para que “a sua verdade” também possa exsurgir dos autos, sendo de se destacar, a respeito da matéria, o magistério de Celso Ribeiro Bastos, *in verbis*: “Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.(...) Por ora basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converterá em uma luta desigual em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente à evidenciação da sua versão.”¹⁹¹

Ousamos discordar, do entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁹², ao afirmar que o Princípio da Ampla Defesa somente se aplica nos processos administrativos de natureza disciplinar; entendendo, com a devida vênia que, também, em todos os processos de natureza administrativa que culminem por impor, de algum modo, limitações e/ou prejuízos aos direitos dos administrados em geral, seria aplicável referido princípio constitucional.

¹⁹⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo, Coleção Curso & Concurso (coordenador Edilson Mougenot Bonfim)*, Editora Saraiva: São Paulo, 2005, p.82.

¹⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro; GANDRA MARTINS, Ives. *Comentários à Constituição Promulgada em 05 de outubro de 1988, volume II*, São Paulo:Saraiva, 1989, p.266.

¹⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo:Saraiva, 1988, p.67.

Não podemos olvidar que o processo licitatório, enquanto processo administrativo, por excelência que é, envolve a preservação e observação das garantias constitucionais do processo, ou seja, a Administração Pública deve possibilitar, aos interessados e aos envolvidos, diretamente na competição, o exercício da ampla defesa e do contraditório, de tal modo que, tal decisão, venha a exercer influência nos direitos de qualquer dos contendores, de molde a preservá-los em sua plenitude.

Daí a lição de Celso Ribeiro Bastos, para quem: “A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu. Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.”¹⁹³

Do exposto, nos socorremos da lição de Celso Ribeiro Bastos, para entender a ampla defesa como:

“(...)deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu ou processado, as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Por ora basta salientar que o processo não se converterá em uma luta desigual em que ao autor, no caso do processo administrativo licitatório, a Administração Pública, cabe a escolha das armas e do momento para travá-la e ao interessado somente esboçar tímidas negativas. Será pela alegação e negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo dos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrefutável. A tudo terá que ser assegurado o direito de ser contraditado.”¹⁹⁴

A advertência de Marçal Justen Filho¹⁹⁵, ao analisar a anulação e revogação, do procedimento licitatório, em seu artigo 49, parágrafo 3º., da Lei das Licitações n.8.666/93 (com as alterações promovidas pelas Leis ns.8.883, de 08 de junho de 1994 e 9.648, de 27 de maio de 1998)¹⁹⁶ é esclarecedora:

¹⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p.267.

¹⁹⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit. p.148.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 10ª edição, São Paulo: Dialética, 2004, pp.468/469.

¹⁹⁶ O artigo 49, parágrafo 3º. da Lei n.8.666/93 (Lei das Licitações) tem o seguinte enunciado: **Artigo 49.** A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a

“Em qualquer caso, aplicam-se as garantias do contraditório e da ampla defesa. Se a Administração cogita anular atos do procedimento e determinar a indenização por perdas e danos, deverá propiciar prévia manifestação dos interessados. Nem caberá fixar, unilateralmente, a indenização devida¹⁹⁷. A revogação ou a anulação somente são válidas quando formalizadas em ato motivado. A ausência de motivação é causa de invalidade¹⁹⁸. A motivação se sujeitará a controle judicial¹⁹⁹, de modo que a ausência dos pressupostos de fato invocados na decisão, o erro de fato ou qualquer outro defeito constituirão causa para a cassação do ato de anulação ou revogação. Nesse sentido, pode lembrar-se decisão cuja ementa é bastante esclarecedora. Ali se lê: ‘O desfazimento da licitação deve ser precedido de procedimento administrativo com oportunidade de ampla defesa e contraditório, não bastando a simples alegação de vício ou de interesse público, sendo necessário que a Administração demonstre o motivo invalidatório’²⁰⁰. Apenas por cautela, lembre-se que o enunciado da Súmula 473 do STF autoriza a anulação pela própria Administração dos atos administrativos defeituosos. Porém, o princípio ali enunciado não importa desnecessidade de processo administrativo, exigência inafastável em vista do art. 5º., incs. LIV e LV, da CF/88. Como afirmou o próprio STJ, ‘A motivação do ato e o devido processo legal, favorecendo a ampla defesa são garantias constitucionais(arts. 5º., LV e 93, X, da C.F.)’(RMS n. 5.478-RJ, rel. Min. Milton Luiz Pereira). Em outra oportunidade, o mesmo STJ assinalou que, ‘Na aplicação das Súmulas 346 e 473 do STF, tanto a Suprema Corte, quanto este STJ, têm adotado com cautela, a orientação jurisprudencial inserida nos seus enunciados, firmando entendimento no sentido de que o Poder de a Administração Pública anular ou revogar seus próprios atos não é tão absoluto, como às vezes se supõe, eis que, em determinadas hipóteses, hão de ser inevitavelmente observados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Isso para que não se venha a fomentar a prática de ato arbitrário ou a permitir o desfazimento de situações regularmente constituídas, sem a observância do devido processo legal ou do processo administrativo, quando cabível.’(ROMS n. 10.673-RJ, j. em 23.5.2000, rel.Min. Francisco Falcão.

Há um interessantíssimo precedente do TCU, em que são formuladas algumas ponderações de grande percuciência e profundidade. A compreensão da questão e a amplitude dos efeitos exigem um breve histórico. No curso de um processo de sua competência, o TCU reconheceu desde logo a existência de nulidade numa licitação e determinou ao órgão que promovesse sua invalidação. Ocorre que o particular interessado não tinha sido ouvido previamente. Ao que parece, a execução da decisão do TCU foi iniciada, convocando-se o particular para apresentar sua ‘defesa’. Diante desse cenário, foi formulado pedido de reexame. Entre os pontos nucleares, estava a questão do direito de defesa, existindo a tese de que bastaria facultar ao interessado manifestar-se, *depois da decisão do TCU declarando a nulidade*. O Min. Adylson Motta apanhou de modo perfeito a problemática. Ou a oitiva do interessado seria meramente formal, eis que uma decisão já estava tomada de antemão, ou a determinação do TCU não apresentava cunho vinculante. No seu voto, consta uma asserção que não pode ser ignorada pela Administração Pública. Ali se lê que ‘a fixação do momento da oitiva – se antes ou depois da decisão desta Corte de Contas -, não é uma questão meramente operacional, mas, sob o aspecto jurídico, uma condição *sine qua non* à formulação de um juízo legítimo sobre a regularidade do ato em exame’. Reafirmou-se a intangibilidade da garantia constitucional à ampla defesa, a ponto de concluir-se que o julgado anterior, em que ficara consignada a nulidade, refletia apenas uma avaliação prévia. Por isso, a autoridade administrativa tinha o encargo de instalar processo administrativo, ouvir o

licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.(....) **Parágrafo 3º.-** No caso de desfazimento do processo licitatório, **fica assegurado o contraditório e a ampla defesa(destacamos).**

¹⁹⁷ Confira-se julgado na RTJESP 92/66.

¹⁹⁸ Conforme RJTJESP 79/52.

¹⁹⁹ Conforme RJTJESP 72/109.

²⁰⁰ *Revista dos Tribunais* 746/329.

interessado e julgar a questão, inclusive e se fosse o caso, para reconhecer a validade dos atos. Enfim, vale apenas a leitura do Acórdão 1.531/2003 – Plenário.”²⁰¹

Em outras passagens, a Lei de Licitações, também aponta a necessidade, e obrigatoriedade, da observação do contraditório e da ampla defesa, sendo que, além do artigo 49, parágrafo 3º, também o parágrafo único do artigo 78, da referida lei²⁰², impõe tal obrigação, conforme escólio de Marçal Justen Filho, *in verbis*: “Como se passa em todas as hipóteses de exercício de competências estatais de cunho sancionatório, exige-se a estrita observância ao devido processo administrativo. É imperioso assegurar ao particular o direito de defesa prévia, com ampla defesa e garantia de recurso.”²⁰³

O mencionado autor destaca a importância da observância do *Devido Processo Administrativo*, ao analisar o parágrafo único, do artigo 78, da Lei de Licitações, da seguinte forma:

“A rescisão do contrato exige estrito cumprimento ao princípio do contraditório e observância ao devido procedimento administrativo. Expôs-se em outra obra a extensão da garantia assegurada ao particular²⁰⁴. Por ora, é imperioso considerar que o devido processo significa que a rescisão deverá ser precedida de um procedimento administrativo, ao qual o particular tenha amplo acesso e no qual possa deduzir sua defesa e produzir suas provas. A instauração do procedimento administrativo deverá ocorrer formalmente, inclusive com a definição dos fatos que se pretendem apreciar. Deve-se dar oportunidade ao particular para produzir uma defesa prévia e especificar as provas de que disponha. Em seguimento, deverão produzir-se provas, sempre com participação do particular. Não se admite a realização de uma perícia sem que o particular possa indicar um representante e o vício não será suprido através da posterior comunicação ao interessado do conteúdo da perícia. Mas, muito pior do que isso, é a pura e simples rejeição da produção das provas. Após encerrada a instrução, deverá ser proferida a decisão, da qual caberá recurso para a autoridade superior. Após exaurido o procedimento, será proferido o ato administrativo unilateral de rescisão.

Deve reputar-se que a ausência de cumprimento ao devido processo legal configura-se não apenas quando há negativa direta e imediata na produção da decisão punitiva, mas também quando existe um arremedo de processo. Ou seja, o mais comum é a autoridade simular a implantação de um processo, focado como mera formalidade para surgir a sanção cuja imposição já estava predeterminada. Assim, instaura-se o processo e se

²⁰¹ Oportuno lembrar que também em caso de revogação, e não invalidação portanto, é necessária a motivação.

²⁰² **Artigo 78.** Constituem motivo para rescisão do contrato: (....) **Parágrafo único-** Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, **assegurado o contraditório e a ampla defesa(destacamos).**

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.582.

²⁰⁴ Confira-se *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p.559 e ss.

convoca o particular para defender-se. Recusa-se a produção de qualquer prova, sempre sob o fundamento de impertinência, produzindo-se imediatamente a punição. Nesse caso, rejeitam-se sumariamente as defesas do particular, sendo muito comum a decisão *citra petita*. Ou seja, se o particular invocou argumentos de procedência irrefutável, costuma-se ignorar sua existência. Decide-se pura e simplesmente pela punição, invocando-se a seguir a auto-executoriedade do ato administrativo para impor coercitivamente a solução que fora preordenada de antemão. Condutas dessa ordem violam a ordem constitucional e infringem a concepção de um Estado Democrático de Direito.”²⁰⁵

Disso se deduz que, a própria Lei de Licitações, determina que a revogação ou anulação do processo de licitação, como também, a questão da rescisão contratual, deverão ser antecedidas dos princípios do contraditório e da ampla defesa; destarte, sendo requisito, do ato de anulação ou de revogação, no processo licitatório, a abertura de prazo aos licitantes, previamente fixado, para que estes venham a exercer o contraditório e a ampla defesa, donde, sem tais providências, tornam-se atos inválidos, a ponto de não surtir qualquer efeito no mundo jurídico.

Finalmente, é importante salientar que embora a Administração Pública, deva ensejar a observância do princípio da ampla defesa, e seu como seu corolário o princípio do contraditório, isso não quer dizer que tal observância não tenha limitações, que deverão ser aquelas dispostas em lei, sob pena de engessar a atuação da Administração Pública, a ponto de causar o comprometimento de todo o processo licitatório, que viria não só em prejuízo ao consagrado interesse público, mas de todos os envolvidos, inclusive dos próprios contendores e de toda a sociedade de um modo geral.

Seção II – Ampla defesa e o direito à autodefesa e defesa técnica

Para se cogitar em ampla defesa, mister se faz relevar tanto o direito de defesa pessoal (autodefesa), como o direito da defesa técnica.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit., p.584.

Na opinião de Odete Medauar²⁰⁶, o direito à ampla defesa, apresenta-se, sob o enfoque subjetivo, como o direito à autodefesa e à defesa técnica.

A autodefesa, constitui a possibilidade do servidor, pessoalmente, realizar as providências e condutas, que entender necessárias, de molde a evitar o prejuízo ou as sanções, envolvendo o direito de presença (assistir pessoalmente a realização de provas podendo contraditá-las) e o direito de audiência (direito de pronunciar-se oralmente ou dar explicações)²⁰⁷.

Defesa técnica é aquela realizada por advogado, cabendo à Administração Pública, o dever de providenciar defensor dativo, quando o servidor estiver sem assistência ou se verificar a sua revelia²⁰⁸.

Conforme escólio de Romeu Felipe Bacellar Filho:

“A compreensão da defesa como direito de presença e direito de audiência vincula-se com o *status* processual ativo do servidor, graças à junção das garantias do contraditório e da ampla defesa. Quem se defende é o sujeito processual apto a participar do conjunto de atos processuais que vincularão a compreensão do julgador no momento da decisão. Anteriormente, afirmou-se que o direito de presença do acusado, como garantia inerente à ampla defesa, veda a proibição do seu comparecimento às reuniões da Comissão Inquérito/Sindicância. O artigo 150 da Lei 8112/90 deve ser interpretado conforme a Constituição na estrita finalidade de proteção do direito à intimidade do acusado. Exclui-se, por incompatível com a Lei Fundamental, interpretação no sentido de impedir-lhe o acesso imediato e direto, por ocasião dos atos processuais. Por outro lado, o direito de presença vai além da autodefesa, relacionando-se com a defesa técnica. Para FIGUEIREDO DIAS, *‘essencial à consistência e eficácia da função de defesa é, evidentemente, o asseguramento do direito de presença do defensor às diligências de prova de que sejam passíveis quaisquer participantes processuais’*. Nesta medida, a regra do artigo 156 da Lei 8112/90 representa concretização do direito de presença do servidor e de seu defensor. Lembre-se, por oportuno, a sua obrigatória expansão para outros campos da competência disciplinar onde se verifica o regime processual: a sindicância para apuração de sanções leves e o processo prévio à exoneração de servidor em estágio probatório por alegação de incompetência subjetiva e o procedimento de ‘avaliação periódica’ de desempenho do qual pode decorrer a expulsão do servidor dos quadros públicos(de acordo com a emenda constitucional n.19, de 1998).O direito de audiência garante que o servidor acusado possa ter contato direto com o órgão julgador, seja com a Comissão Inquérito/Sindicância, seja com a autoridade encarregada da decisão final.”²⁰⁹

²⁰⁶ MEDAUAR, Odete. op. cit., p. 117.

²⁰⁷ MEDAUAR, Odete. op. cit. p.117.

²⁰⁸ MEDAUAR, Odete. op. cit. p.118.

²⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit. pp.279/280.

Em suma, para a verificação integral da denominada ampla defesa, além da defesa técnica, ou seja, aquela praticada por um advogado (constituído ou dativo), também, imprescindível a autodefesa, que é aquela realizada, pessoalmente, pelo próprio servidor acusado, ou aquele que venha a sofrer qualquer prejuízo, decorrente de uma decisão administrativa, quando do processo de licitação, daí decorrendo o seguinte entendimento, cuja ementa é a seguinte: “Direito Administrativo- Licitação- Anulação- Ausência de contraditório- Impossibilidade. A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recursos Providos”²¹⁰.

Seção III – Recursos inerentes à ampla defesa

Para que possamos falar em *ampla defesa*, como meio inerente a todo o processo administrativo, é indispensável, mais uma vez, a análise da figura do *recurso administrativo*, “compreendido como desdobramento do direito à ampla defesa.”²¹¹

Os recursos administrativos seriam os meios pelos quais se pode utilizar o cidadão para provocar o reexame de algum ato praticado pela Administração Pública, devendo advir da instância inferior para a superior, através de recurso previsto em lei ou regulamento, podendo ter efeitos devolutivos (decisão fica submetida à hierarquia superior, sem impedir a continuidade do ato impugnado) ou suspensivos (fica bloqueada a eficácia do ato impugnado até a superveniência da decisão sobre o mesmo), não impedindo o acesso às vias judiciais, inobstante alguns administrativistas, entre os quais, Celso Ribeiro Bastos²¹², entenda não ser possível o uso simultâneo do recurso administrativo, com efeito suspensivo, e a ação judicial.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, RO-MS 9738- RJ, 1ª. Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU 07.06.1999, p.42.

²¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. op. cit. p.283.

²¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994, p.324.

Embora, respeitando o entendimento do referido autor, a garantia do recurso administrativo, está fundamentada no direito constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (artigo 5º, XXXV, CF), não se exigindo que haja desistência do recurso para intentar-se a via judicial, amparando-se no direito de petição (alínea *a*, inciso XXXIV, artigo 5º, CF).

Entre as várias espécies de recursos administrativos, podemos destacar a reclamação administrativa, o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico e a revisão.

A *reclamação administrativa* seria a manifestação do administrado contra um ato ou fato, praticado pela Administração Pública, que afete seu direito ou legítimo interesse, abrangendo uma série de direitos, inclusive de ameaça de lesão pessoal ou patrimonial, visando prevenir ou evitar que se concretize a lesão.

O *pedido de reconsideração* seria aquele formulado à mesma instância ou autoridade que emanou o ato impugnado, sendo que, não é considerado, por alguns autores, como verdadeiro recurso, devendo ser formulado, somente, por aquele que “tem direito ou legítimo interesse afetado por ato da autoridade pública.”²¹³

Tanto a reclamação administrativa, como o pedido de reconsideração, não se configuram como recursos administrativos típicos.

O *recurso administrativo* é espécie do gênero *recurso*, como afirma José Cretella Júnior, que o conceitua como “remédio de direito que consiste na provocação a reexame de um caso na esfera administrativa, perante a mesma autoridade ou outra autoridade de superior hierarquia.”²¹⁴ Deve ser interposto para a autoridade administrativa hierarquicamente superior, com o fito de haver novo pronunciamento da Administração Pública. O recurso administrativo pode ser

²¹³ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 4ª. edição, Ed. Saraiva, 1995, p.535.

²¹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo*, 6ª. edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1992, p.377.

próprio (dirigido à autoridade superior que emanou o ato, verificando-se na mesma escala hierárquica) ou impróprio (intentado à autoridade não hierarquicamente superior àquela que emanou o ato impugnado), podendo verificar-se de maneira voluntária (oferecida pela parte prejudicada ou vencida) ou de ofício (emanado por determinação legal, sem necessidade de provocação direta da parte interessada).

Finalmente, temos a *revisão* que é o recurso utilizado, pelo servidor público, punido pela Administração, para que seja reexaminada a decisão, no caso de surgirem fatos novos capazes de demonstrar a inocência do punido. Tem como elementos: 1º) *o fato novo*; 2º) *circunstâncias capazes de demonstrar a inocência do punido e*; 3º) *inadequação da penalidade aplicada*. Tal modalidade de recurso(revisão) foi instituída no processo administrativo disciplinar, previsto na Lei no. 8112/90(artigos 174 *usque* 182), inexistindo, em tais dispositivos, a prescrição do direito, em face da própria exigência do surgimento de *fato novo*.

O Capítulo V da Lei das Licitações²¹⁵, estabelece os recursos administrativos cabíveis, quanto aos atos da Administração Pública decorrentes da aplicação da mencionada lei, sendo interessante transcrever referido dispositivo legal, que é elucidativo, para dirimir os casos e situações de interposição recursal, *in verbis*:

“**Artigo 109.** Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

- I. recurso, no prazo de 5(cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:
 - a) habilitação ou inabilitação do licitante;
 - b) julgamento das propostas;

²¹⁵ Corresponde ao artigo 109, com seus incisos e parágrafos.

- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em regimento cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do artigo 79 desta Lei²¹⁶;
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II. representação, no prazo de 5(cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III. pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do parágrafo 4º. do artigo 87 desta Lei, no prazo de 10(dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º. A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas 'a', 'b', 'c', e 'e' deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo, para os casos previstos nas alíneas 'a' e 'b', se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º. O recurso previsto nas alíneas 'a' e 'b' do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir al recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º. Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5(cinco) dias úteis.

²¹⁶ A alínea "e" do inciso I e o parágrafo 6º. do artigo 109 constam com redação introduzida pela Lei n. 8.883, de 08 de junho de 1994.

§ 4º. O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5(cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5(cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

§ 5º. Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

§ 6º. Em se tratando de licitações efetuadas na modalidade de ‘carta convite’ os prazos estabelecidos nos incisos I e II e no parágrafo 3º. deste artigo serão de dois dias úteis”.

Ao tecer comentários, acerca da matéria, o Professor Marçal Justen Filho²¹⁷, traz à lume as seguintes considerações:

“A Constituição Federal assegura, de modo genérico, o direito de petição (art.5º., inc. XXXIV, ‘a’) como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos. Além disso, a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art.37) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art.5º., inc.LV).

A conjugação dessas regras impede que a Administração produza atos ou provas relevantes sem participação do particular. Portanto, não caberá restringir a participação do interessado apenas ao momento posterior à decisão. Não existe apenas o direito de recorrer contra a decisão desfavorável. A intervenção do particular não se faz apenas *a posteriori*. Sempre que uma futura decisão puder afetar os interesses de um sujeito específico, a Administração deverá previamente ouvi-lo e convidá-lo a participar da colheita de provas. Essa participação não será passiva nem restrita. O particular poderá especificar provas (ainda quando sejam colhidas através da autoridade administrativa), assim como indicar assistentes técnicos, formular quesitos, acompanhar depoimentos etc.²¹⁸ Afinal, produção das provas perante a Administração não se assemelha à investigação policial(em que o indiciado tem uma participação reduzida). A investigação policial não se conclui com um ato decisório de cunho auto-executório. Já o ato administrativo é potencialmente apto a produzir conseqüências sérias e graves, contrariamente ao que se passa na investigação policial que antecede à instrução do processo penal. Justamente por isso, a Constituição assegura o contraditório e a ampla defesa no procedimento administrativo antecedente a uma decisão administrativa relevante.

Não se admite que a decisão administrativa, em qualquer grau, faça-se imotivadamente ou mediante simples invocação à conveniência administrativa. Os princípios do art.37, *caput*, somados aos do art. 5º., inc. LV, ambos da CF/88, exigem que as decisões sejam motivadas, com indicação específica dos fundamentos pelos quais a Administração rejeita um determinado pleito do particular. Afinal, não teriam eficácia as regras constitucionais quando a Administração pudesse decidir de modo não fundamentado e não motivado. De

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. pp.621/622.

²¹⁸ Acerca do tema, confirmam-se os estudos de Carlos Roberto Martins Rodrigues, ‘Do Direito de Defesa no Procedimento Administrativo’, *Revista de Direito Público* 73/70-83, jan./mar. 1975.

pouco serviria garantir o direito de recurso, quando a Administração não estivesse vinculada a respeitar seus termos para decidir.

Deixou de ser válida a distinção albergada no art. 109, que foi herdada do Dec.-lei 2.300/86. A Constituição assegura a todos os litigantes e em todos os processos administrativos o direito ao recurso (art.5º., inc.LV). Isso impede que se restrinja o direito de recurso a apenas algumas hipóteses típicas e específicas. Não mais se pode cogitar como válida a formulação '...decisão...de que não caiba recurso hierárquico', contida no art.109, II ."²¹⁹

Para arrematar, não poderíamos de deixar de nos socorrer dos esclarecimentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ao analisar os recursos administrativos na licitação, traz à tona os seguintes ensinamentos:

“O assunto é tratado no art. 109 da lei. Contra atos do procedimento licitatório cabe *recurso administrativo* ou, quando não previsto, cabe representação, sempre no prazo de cinco dias úteis, a partir da intimação do ato, mas nenhum prazo de recurso = salvo no caso de carta-convite, em que estes prazos são de dois dias úteis =, representação ou pedido de reconsideração se iniciará ou correrá sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

A lei prevê recurso com efeito suspensivo contra habilitação ou inabilitação e contra o julgamento das propostas. Não atribui efeito suspensivo aos recursos contra anulação ou revogação de licitação, indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, alteração ou cancelamento dele, rescisão de contrato na hipótese do art.79, I, e aplicação das penas de advertência, multa ou suspensão temporária. De todo modo, a Administração poderá, motivadamente, conceder-lhes tal efeito, por razões de interesse público.

A intimação dos atos far-se-á, como regra, mediante publicação na imprensa oficial, mas nos casos de habilitação, inabilitação e julgamento das propostas tal exigência fica dispensada, para fins de intimação com vistas a recurso, se presentes os prepostos dos licitantes, caso em que poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

Interpostos os recursos, deles serão comunicados os demais licitantes, que poderão impugná-los também no prazo de cinco dias úteis ou, se de convite se tratar, no prazo de dois dias úteis. Os recursos serão dirigidos à autoridade superior, por intermédio daquela que praticou o ato, a qual poderá reconsiderá-lo igualmente no prazo de cinco dias úteis ou elevar o recurso, devidamente informado, para que seja proferida decisão também no prazo de cinco dias úteis, sob pena de responsabilidade.

De acordo com o artigo 110, na contagem dos prazos previstos na Lei 8.666 excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, considerando-se os dias consecutivos, salvo quando nela mesma houver explícita disposição em contrário. Além disto, os prazos só se iniciam e vencem em dia de expediente na repartição ou órgão.”²²⁰

Sem o pleno exercício de tais recursos administrativos, não há que se cogitar na figura, tanto da ampla defesa, como do contraditório.

²¹⁹ Carlos Pinto Coelho Motta, *Eficácia...*, cit...p.543, e Jessé Torres Pereira Júnior, *Comentários...*, cit., p. 908, entendem que não há óbices à validade deste dispositivo.

²²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004, pp.560/561.

Seção IV – Atuação do Ministério Público frente aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

Conforme preceitua, a atual Magna Carta, em seu artigo 127: “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Como defensor dos interesses de toda a coletividade, com prevalência do interesse público sobre o interesse particular, incumbe ao Ministério Público, proteger os interesses maiores da sociedade, dentre os quais, os princípios constitucionais vigentes, destacando-se, em especial, o do contraditório e da ampla defesa.

Conforme leciona Odete Medauar:

“Os princípios do contraditório e da ampla defesa mantêm profunda interação, já se disse, mesclando, em muitos pontos, as decorrências de um e de outro. Talvez por isso, inexistam coincidência, na literatura, no rol dos respectivos desdobramentos. No atinente à ampla defesa, sua incidência no processo administrativo defronta com as clássicas considerações a respeito da auto-executoriedade das decisões administrativas, da urgência no atendimento do interesse público, do exercício do poder discricionário, da ordem na Administração, subjacendo uma idéia de não total compatibilidade. Se no processo jurisdicional, os desdobramentos da ampla defesa encontram plena ressonância, na esfera administrativa podem suscitar questionamentos ante os aspectos arrolados, sobretudo. É o que ocorre ao se cogitar do caráter *prévio* da defesa, quer dizer, de sua anterioridade em relação ao ato decisório. Segundo Gordillo *‘em cada um dos aspectos dessa garantia, desde o ter acesso às atuações, apresentar alegações, produzir provas etc., insiste-se em que devam ser respeitados antes de se tomar a decisão que possa afetar direitos do indivíduo’*. Com efeito, a garantia da ampla defesa supõe, em princípio, o caráter *prévio* das atuações decorrentes. A anterioridade da defesa recebe forte matiz nos processos administrativos punitivos (que envolvem servidores ou particulares), pois os mesmos podem culminar em sanções aos implicados. No concernente ao exercício do poder disciplinar, a garantia constitucional da ampla defesa veda a imposição sumária de penas, sem a intermediação do processo (que pode ser simples). A idéia de que o contraditório e a ampla defesa só devem existir para a apuração de condutas passíveis de penas graves (como demissão e cassação de aposentadoria), enquanto outras penas são aplicadas sem processo, deixa de prevalecer à vista do disposto no inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Antes de sua promulgação, portanto, antes da previsão expressa da ampla defesa nos processos administrativos, já se pronunciava José Armando da Costa nesse sentido: *‘Deve-se dar a todos os funcionários acusados de infração disciplinar o direito da mais ampla defesa, seja qual for a natureza da falta imputada. Entender o contrário significa*

restringir arbitrariamente uma das mais importantes franquias do catálogo dos direitos individuais, o que por si, constitui flagrante ilegalidade'. Com isso, não há de se admitir a punição pelo critério da 'verdade sabida', em virtude do qual se conferia à autoridade o poder de aplicar de imediato penas leves(ex.: repreensão e suspensão curta), quando tivesse conhecimento direto da falta cometida.”²²¹

Tal posicionamento doutrinário, vem ao encontro das seguintes decisões de nossos tribunais, *in verbis*:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E PLENITUDE DE DEFESA. A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes - artigo 5º, LV. O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível do poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo-disciplinar, representa um fator de clara limitação dos poderes da Administração Pública e da correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos.”²²²

Ou ainda:

“ADMINISTRATIVO - ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO - EXONERAÇÃO DE SERVIDOR ESTÁVEL - AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - NECESSIDADE. A anulação de concurso público e a conseqüente exoneração de servidor nele aprovado e nomeado, já estável, só se faz admissível mediante procedimento administrativo, no qual fique assegurado a ampla defesa e o

²²¹ MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, pp.115/116.

²²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão unânime, Sessão Plenária, DJ 25.05.90, ADCOAS 129365/90.

contraditório. Incidência das Súmulas 20 e 21 do STF. Recurso conhecido e provido.”²²³

Além destes posicionamentos jurisprudenciais, existem outros que corroboram a imprescindibilidade da observância do contraditório e da ampla defesa, tanto nos processos administrativos disciplinares, como naqueles processos administrativos das empresas prestadoras de serviços públicos, destacando-se os seguintes julgados:

“DIREITO ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO-ANULAÇÃO-AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO - IMPOSSIBILIDADE. A anulação ou revogação de processo licitatório deve ser precedida de oportunidade de defesa, exigindo-se plena justificação, sob pena de ferimento às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Recursos Providos.”²²⁴

Como também:

“ADMINISTRATIVO- MANDADO SEGURANÇA- LICITAÇÃO-SANÇÃO ADMINISTRATIVA- SUSPENSÃO DO DIREITO DE PARTICIPAR DE LICITAÇÃO – INOCORRÊNCIA - DEVIDO PROCESSO LEGAL- CONTRADITÓRIO- AMPLA DEFESA - ARTIGO 5º., LIV e LV, CF/1988 – INABILITAÇÃO - ILEGALIDADE. Afigura-se ilegal, a merecer correção pela via mandamental, ato administrativo que determinou a inabilitação de empresa em procedimento licitatório de Tomada de Preços, ao argumento de aplicação de sanção administrativa consistente em suspensão do direito de participar de licitação ante a ausência de comprovação, nos autos, de efetiva aplicação da aludida sanção, com observância aos princípios constitucionais contidos no art.5º., incisos

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, REsp. no.125.406-RS, 5ª. Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJU 01.03.99, p.356.

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, ROMS 9738-RJ, 1ª. Turma, Relator Ministro Garcia Vieira, DJU 07.06.99, p.42.

LIV e LV, da Constituição Federal de 1988. Segurança concedida. Remessa Oficial improvida.”²²⁵

Diante de tais ponderações, e face à expressa incumbência legal conferida ao Ministério Público, mister se faz que atue, no âmbito jurisdicional, em todos os feitos atinentes à processos administrativos, tanto disciplinares, como de empresas prestadoras de serviços públicos, mormente se não observado os princípios constitucionais do contraditório e a ampla defesa.

A respeito da intervenção do Ministério Público, é valiosa a lição de Alexandre de Moraes, que nos traz os seguintes ensinamentos:

“Na Constituição Federal de 1988, o Ministério Público recebeu essa vital incumbência, ao ter consagrado com uma de suas funções o *zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia* (art. 129, II). Assim, dentre as várias funções atuais do Ministério Público, encontra-se a proteção ao *status* (Jellinek) constitucional do indivíduo, em suas diversas posições. Uma das posições do *status* constitucional corresponde à esfera de liberdade dos direitos individuais, permitindo a liberdade de ações, não ordenadas e também não proibidas, garantindo-se um espectro total de escolha, ou pela ação ou pela omissão. São os chamados *status negativos*. Outra posição coloca o indivíduo em situação oposta a da liberdade, em sujeição ao Estado, na chamada esfera de obrigações, é o *status passivo*. O *status positivo*, por sua vez, permite que o indivíduo exija do Estado a prestação de condutas positivas, ou seja, reclame para si algo que o Estado estará obrigado a realizar. Por fim, temos o *status ativo*, pelo qual o cidadão recebe competências para participar do Estado, com a finalidade de formação da vontade estatal, como é o caso do direito de sufrágio. Conclui-se, portanto, que a teoria dos *status* evidencia serem os direitos fundamentais um conjunto de normas jurídicas que atribuem ao indivíduo diferentes posições frente ao Estado.

Portanto, também é função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantir ao indivíduo a fruição de todos os seus *status* constitucionais. Essa idéia foi consagrada pelo legislador constituinte de 1988, que entendeu por fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, bem como a causa social para defender e proteger. Um órgão, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ‘de promoção da defesa social desses direitos’ (*Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p.126).

Essa idéia de Ministério Público como defensor dos direitos e garantias fundamentais é defendida também por Salvador Alemany Verdaguer, que afirma: ‘*El Ministerio Fiscal es una institución que tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Lei*’ (*Curso de derechos humanos*, Barcelona: Bosch, 1984, p.93).

Corroborando a idéia da importância da atuação do Ministério Público na efetividade dos direitos humanos fundamentais, Smanio afirma que ‘rompeu o constituinte de 1988 com o imobilismo da tradicional teoria da separação de poderes, atribuindo função de atuação a determinado órgão do Estado, que é o Ministério Público, para assegurar a eficácia dos

²²⁵ BRASIL.Tribunal Regional Federal da 1ª Região, REO 01038086-AM, 2ª Turma, Relatora Juíza conv. Maria José de Macedo Ribeiro, DJU 29.11.2000, p.08.

direitos indisponíveis previstos pela própria Constituição' (*Criminologia e juizado especial criminal*. São Paulo: Atlas, 1997, p.71).²²⁶

Marçal Justen Filho, com relação ao controle externo exercido pelo Ministério Público, nos ensina que:

“O Ministério Público também desempenhará suas atribuições próprias em relação ao exercente de atividades administrativas, especialmente tomando em vista a titularidade da legitimação ativa para ação popular e ação civil pública. Mas, independentemente da instauração do processo judicial, o Ministério Público dispõe de competência para a instauração de inquérito civil público, no qual caberá a colheita de provas e informações atinentes ao desempenho da atividade administrativa.”²²⁷

Não podemos olvidar que, no Estado do Paraná, foi promulgada a Lei Complementar n. 85, de 27 de dezembro de 1999 (Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná), com inúmeros avanços, inclusive no que concerne ao processo administrativo disciplinar que não deixou de acentuar, expressamente, a necessidade do contraditório e da ampla defesa, dispondo o artigo 175 *usque* 195 (parágrafo único inclusive - vide anexos).

Dessume-se, pela simples leitura dos dispositivos da Lei Complementar n.85/99, que o Ministério Público do Estado do Paraná, no próprio âmbito interno, não ficou alheio à necessidade de se resguardar, expressamente, os consagrados princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório, mormente no processo administrativo disciplinar, como corolário do Estado Democrático de Direito, vigente em nosso ordenamento jurídico.

Para finalizar o vertente tópico, não poderíamos deixar de citar Paulo Bonavides que ao analisar a interpretação dos direitos fundamentais, segundo a Constituição de 1988, nos traz preciosa lição:

²²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência (Coleção Temas Jurídicos)*, São Paulo: Editora Atlas S/A, 2003, p.54.

²²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p.754.

“Com efeito, é nessa acepção que Rui, apoiado na obra de Arangio Ruiz, assevera que este, noutro lugar, ‘adotando as palavras do célebre professor Luigi Palma a tal respeito, no seu *Curso de Direito Constitucional*’, afirma: ‘A verdadeira garantia constitucional está na *organização política e administrativa*, a saber, *na própria organização dos poderes públicos*, gizada de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer na ordem jurídica, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos e reparar-lhe os agravos sofridos’. Se se refletir um momento, ver-se-á, continua Arangio Ruiz, ‘que esta é a verdadeira liberdade, a verdadeira garantia. (...). Nas Constituições mecânicas como a nossa, as garantias propriamente ditas nascem primordialmente da organização política e administrativa.’²²⁸

A síntese mais formosa e lapidar dessas duas acepções de garantias constitucionais ficou gravada teoricamente em bronze verbal no axioma do n. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, onde se lê: ‘Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não se acha assegurada nem a separação de Poderes estabelecida não tem Constituição’ (*‘Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution’*).

Sociedade sem Constituição é sociedade sem liberdade. Logo se infere que a garantia dos direitos e a separação de Poderes são as duas colunas mestras de amparo dessa liberdade, qual a exercita o modelo de Estado constitucional mais em voga nos países do Ocidente.”²²⁹

Seção V – Auto-executoriedade

A fim de evitar um verdadeiro engessamento da Administração Pública, quando de sua relação com o particular, na prestação do serviço público, mediante concessão, imperioso analisar a questão dos atos administrativos, quanto aos seus atributos.

Não podemos olvidar que a pretexto de se preservar os consagrados princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o Poder Público, não poderá ficar à mercê de artimanhas protelatórias, sendo imperioso o asseguramento de tais garantias constitucionais, sem, no entanto, deixar de lado a supremacia do interesse público, nos casos concretos em que o nosso ordenamento jurídico a reconheça.

Antes, porém, impende destacar que a implementação de parcerias, entre o Poder Público e o particular, não passou despercebida pelo atual Governo Federal,

²²⁸ Em nota de rodapé, Paulo Bonavides, informa a fonte: “Rui Barbosa, *A Imprensa*, cit., pp. 140/141.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª. edição, São Paulo Malheiros Editores, 2003, p. 640, nota de rodapé n. 121).

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª. edição, São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 640.

ao instituir normas gerais para a licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública, através da recente promulgação da Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (vide anexo da referida lei em sua íntegra).

Luiz Alberto Blanchet, ao comentar a Lei n. 11.079/2004, traz valiosos ensinamentos, a respeito do instituto da concessão, *in verbis*:

“A lei, ao conceituar parceria público privada, em verdade apenas faz menção à sua natureza contratual e cita suas duas modalidades. Implicitamente, a lei em estudo classifica a concessão em três espécies às quais denomina *modalidades*: **concessão comum**, **concessão patrocinada** e **concessão administrativa**. A **concessão comum** seria aquela constituída tal como já a conhecemos, instituída pela Lei 8.987/95. A **concessão patrocinada** é aquela que, além da remuneração mediante aplicação de tarifa para a cobrança dos usuários do serviço, bem ou comodidade correspondente ao objeto do contrato, houver desembolso por parte do Poder Público. E a **concessão administrativa** seria aquela cujo objeto terá como usuário direto ou indireto a Administração Pública, os pagamentos serão devidos integralmente pelo parceiro público e não custeados mediante cobrança de preços baseados em tarifas.”²³⁰

Muito embora, referida classificação, à primeira vista, pareça irrelevante, acreditamos que na ordem prática, será de suma importância, inclusive quando da implementação da aludida e recente “Lei das PPP”, posto que somente o tempo dirá se a novel legislação trará o almejado avanço apregoado em seu bojo, razão pela qual, não poderíamos deixar de fazer essa pequena alusão a respeito de tão importante implantação legislativa em nosso ordenamento jurídico.

Dentre os atributos dos atos administrativos, além da presunção de legitimidade (é legítimo até prova em contrário) e a imperatividade (sua força coercitiva), temos a auto-executoriedade, que segundo o escólio, de Luiz Alberto Blanchet, escorado por Hely Lopes Meirelles, analisa, tal questão, da seguinte forma:

“A auto-executoriedade *‘consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial’*(Hely Lopes Meirelles). O artigo 5º, LV, da Constituição, segundo alguns estudiosos, restringiu a auto-executoriedade dos atos administrativos, ao assegurar também nos processos administrativos o contraditório e a ampla defesa. Em verdade não se trata propriamente de restrição, mas conjugação de dois princípios, além do que, o

²³⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público-Privadas, Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004*, 1ª. edição, Curitiba: Juruá Editora, 2005, pp.21/22.

contraditório e a ampla defesa são assegurados como exercício prévio ou concomitante com a prática de atos integrantes de *processo administrativo* e não genericamente de todo procedimento administrativo. Aplica-se, pois, somente nas situações que se caracterizam pela existência de conflito de interesses, e não indistintamente em qualquer situação. Não basta, pois, que haja probabilidade de surgir conflito para que se deva reservar, *para exercício prévio*, ampla defesa e contraditório. Uma licitação, por exemplo, não é um *processo* administrativo (não é instaurado para dirimir conflitos de interesses), é um *procedimento* (seqüência de atos visando a determinada finalidade comum); cada ato do procedimento licitatório é executado pela Administração e, somente em caso de dúvida quanto a legalidade de seus efeitos é que se confere ao titular do interesse supostamente atingido ou ameaçado o direito ao contraditório e à ampla defesa.”²³¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, também tece considerações acerca da auto-executoriedade, apontando que:

“Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d’action d’office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: a exigibilidade, que corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a **executoriedade**, que corresponde ao *privilège d’action d’office* (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração pode auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da **exigibilidade**, a Administração se utiliza de **meios indiretos** de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na **executoriedade**, a Administração emprega **meios diretos** de coerção, compelindo **materialmente** o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade.

Embora se diga que a decisão executória dispensa a Administração de ir preliminarmente a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo, hipótese em que poderá incidir a regra da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes (art. 37, § 6º, da Constituição). Também é possível ao interessado pleitear, pela via administrativa ou judicial, a suspensão do ato ainda não executado.”²³²

Dentro da esfera da licitação, a auto-executoriedade, possui contornos próprios, de molde que se faz presente o princípio da ampla defesa e do contraditório, conforme alerta a aludida professora, que ao analisar a questão destaca:

“Finalmente, cabe ainda uma palavra a respeito de um princípio pouco mencionado em matéria de licitação; trata-se do princípio da **ampla defesa**, já reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. Cite-se acórdão do Supremo Tribunal Federal,

²³¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*, Juruá Editora: Curitiba, 3ª. edição, 2004, pp.97/98.

²³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p.167.

publicado na RTJ 105/162, em que, embora sem julgamento do mérito porque o problema da defesa envolvia matéria de fato, inapreciável em mandado de segurança, ficou implícito o reconhecimento do direito de defesa na licitação, como procedimento administrativo que é. A matéria foi também examinada pelo Tribunal Federal de Recursos, em hipótese em que houve desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, sem assegurar o direito de defesa (RDA 166/117). Na vigência da nova Constituição, o artigo 5º, inciso LV, torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com os meios e recursos a ele inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo. O artigo 87 da Lei n. 8.666 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.”²³³

De uma certa maneira, a auto-executoriedade dos atos administrativos, limita (sem no entanto restringir), o princípio do contraditório e da ampla defesa, no desenrolar do procedimento licitatório, a fim de evitar abusos e/ou excessos que possam comprometer o normal desenrolar licitatório, de molde a chegar a um bom termo, qual seja, a escolha da proposta mais vantajosa à coletividade.

Com isso, estariam não só preservados os princípios constitucionais vigentes, destacando-se o da ampla defesa e do contraditório, bem como, a prevalência da supremacia do interesse público sobre o particular, nos casos concretos em que o Direito reconheça tal situação.

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., pp. 263/264.

Capítulo VII - Conclusão

1º) Não há a possibilidade, de aplicação de sanção disciplinar, sem o devido processo legal administrativo, sendo que entre o cotejo, do processo administrativo de natureza disciplinar, com o processo administrativo das empresas prestadoras de serviço público, exsurge a necessidade da delimitação de cada instituto, de molde a viabilizar a imprescindibilidade da observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, entendendo-se por ESTADO, não só a pessoa jurídica de direito público, como também, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, na eventualidade de ocorrer qualquer responsabilização estatal.

2º) A noção de serviço público sofreu variações, no tempo e no espaço, dependendo da legislação de cada país, variando ao talante das necessidades e contingências vigentes de uma determinada coletividade.

3º) Vários são os critérios utilizados para classificar os serviços públicos, havendo grande divergência doutrinária acerca do assunto, a ponto de caracterizar uma constante mutação, a respeito do tema, que deve ficar adstrito ao que foi fixado pela Lei Maior da cada país, devendo prevalecer os serviços que atingem toda a coletividade de uma maneira geral.

4º) A prestação do serviço público tem maior destaque, através de sua delegação, mediante a concessão de serviço público que, como forma indireta de prestação, exige certas condições definidas em lei.

5º) Deve o acusado, em geral, ter oportunidade à ‘ampla defesa’, que como cerne de todo o processo administrativo, de natureza disciplinar, encerra o inafastável ‘direito de defesa’ do acusado de ter vista, ter conhecimento da acusação, para poder rebatê-la, produzindo prova pertinente, no contraditório instaurado, sendo tal garantia estendida às empresas prestadoras de serviço público, quando do processo administrativo licitatório.

6º) Por ‘recurso inerente à ampla defesa’, devemos entender não só o recurso propriamente dito, como pedido de reexame dirigido à autoridade superior e que praticou o ato punitivo; como também, as figuras do ‘pedido de reconsideração’ e do ‘pedido de revisão’, aquele como pedido de reexame dirigido, à própria autoridade administrativa, que apenou o acusado(bem como, a empresa prestadora de serviço público, participante do processo administrativo licitatório), e este só admissível após o trânsito em julgado da decisão administrativa punitiva para o reexame, a qualquer tempo, do processo disciplinar e das empresas prestadoras de serviço público, nas hipóteses previstas em lei.

7º) Chegando ao conhecimento, do administrador público, qualquer irregularidade, praticada por agente público, deverá determinar a instauração de procedimento ou processo administrativo disciplinar, cuja apuração, da irregularidade disciplinar, ocorrerá na esfera administrativa, sendo que, a licitação, seria um típico processo administrativo tendente a encerrar uma controvérsia para impulsionar a máquina administrativa e amparar a tomada de decisões no seio da Administração Pública.

8º) Tanto o termo ‘processo’, como ‘procedimento’, administrativo disciplinar, podem ser utilizados, devendo-se adotar, no entanto, o termo ‘processo administrativo disciplinar’, por envolver uma ‘litigiosidade’, na relação entre a Administração Pública e o servidor investigado, de molde a propiciar a este a mais ampla defesa, com vistas ao contraditório, sendo que, mesmo no

processo administrativo da licitação, onde existe uma norma de regência procedimental, haverá a necessidade de se observar, dentre outros, sob pena de nulidade, a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

9º) O termo 'processo administrativo' foi adotado no texto constitucional (artigo 5º, LV, da CF), não deixando de, expressamente, ressaltar a necessidade de incidir **“o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”**, sendo garantia fundamental, de todos os acusados em geral, sendo, inclusive, utilizado no processo administrativo da licitação, onde embora tenha um procedimento formal em que o edital faz lei entre as partes, não desobriga a Administração Pública de observar, rigorosamente, os direitos constitucionalmente assegurados aos administrados.

10º) O contraditório é uma consequência da ampla defesa e vice-versa, não podendo se falar em ampla defesa sem contraditório, ou mesmo, o exercício pleno do contraditório sem a ampla defesa, pois sendo inserido no Princípio da Ampla Defesa, com ela quase se confunde, a ponto de considerar que o contraditório seria a defesa formalizada, onde a Administração Pública, nos processos licitatórios, deverá possibilitar, aos licitantes, que se depararem com lesões ou iminência de prejuízos aos seus direitos, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade de todos os atos praticados.

11º) A Constituição Federal do Brasil, tratando-se de uma 'carta principiológica', quer seja através de princípios fundamentais, explícitos e implícitos, destacou, como garantia fundamental dos direitos do cidadão, os princípios do contraditório e da ampla defesa, não havendo, *a priori*, qualquer forma de 'hierarquização' entre as mencionadas garantias constitucionais.

12º) As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa se complementam, de molde a haver uma 'simbiose' entre ambas, não havendo

como dissociá-las, quando se referir ao processo administrativo, tanto o disciplinar, como aquele aplicado nos casos das empresas prestadoras de serviço público.

13º) O processo administrativo, das empresas prestadoras de serviço público, como o disciplinar, poderão sofrer, pelo interessado, impugnação no âmbito judicial, devendo, neste caso, obrigatoriamente, ocorrer a intervenção do Ministério Público, que como ‘guardião’ da Constituição e do denominado ‘interesse público’ da sociedade (o que também é exercida por toda a sociedade de um modo geral), terá o poder-dever de fiscalizar se foram observados os preceitos constitucionais vigentes, em especial, o do contraditório e da ampla defesa.

14º) Na qualidade de fiscal da lei (*custus legis*), o Ministério Público, não poderá transigir, quanto à inobservância ou deficiência na incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que deverão ser atendidos, em sua plenitude, sob pena de nulidade processual absoluta, tanto no processo administrativo disciplinar, como no processo administrativo das empresas prestadoras de serviço público.

15º) Somente com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de suas instituições, entre as quais destacam-se o Ministério Público e o Poder Judiciário, é que poderão ser instrumentalizados mecanismos para o asseguramento das garantias fundamentais do cidadão, dentre as quais, o direito à ampla defesa e seu corolário o contraditório.

16º) Com o exercício do controle popular e os demais controles internos e externos, através da ‘transparência’ dos atos da Administração Pública é que haverá o pretendido fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

17º) A licitação seria o gênero, tendo como espécies seis modalidades, que seriam: 1) Concorrência; 2) Tomada de Preço; 3) Convite; 4) Concurso; 5) Leilão e; 6) Pregão.

18º) A licitação é um procedimento formal que tem por escopo propiciar, à coletividade, uma aquisição, uma venda, uma prestação de serviço, de maneira mais vantajosa, sempre respeitando os princípios constitucionais vigentes.

19º) O contrato de concessão de serviço público será precedido somente através de concorrência pública.

20º) A regra do texto constitucional seria o da obrigatoriedade da licitação, somente podendo ser dispensada nas hipóteses expressamente previstas em lei.

21º) Além da *dispensa* e da *inexigibilidade* da licitação existe o caso de sua *inaplicabilidade*, tendo como exemplos os contratos de financiamento, comodato, etc., que não precisam ser precedidos de licitação.

22º) Tanto os casos de *dispensa*, como de *inexigibilidade* da licitação encontram-se, expressamente, previstos na sua lei de regências, o que não ocorre com o caso de *inaplicabilidade* da licitação, que sequer está previsto em lei.

23º) A *dispensa* de licitação, prevista no artigo 24 da Lei de Licitações (8.666/93), comporta um rol taxativo e não exemplificativo; já os casos de *inexigibilidade*, previstos no artigo 25 da mencionada lei, apresentam um rol exemplificativo.

24º) Para haver a *dispensa* da licitação mister se faz que, o agente público, promova a motivação e a fundamentação, de tal ato, devendo haver, tanto na *dispensa* como na *inexigibilidade*, a formação de um processo administrativo próprio.

25º) Os princípios informadores, do procedimento licitatório, encontram-se formulados no artigo 3º. da Lei n. 8.666/93, excluídos os princípios de índole constitucional, que também informam a licitação.

26º) Existem as fases interna (artigo 38 da Lei de Licitações) e externa (artigo 43, incisos I a VI da Lei 8.666/93) que envolvem as licitações.

27º) Poderá haver a revogação e/ou anulação do certame licitatório, na medida que sejam possibilitados, aos licitantes, o exercício do contraditório e da ampla defesa; e se tal exercício não ocorrer, os atos de revogação e/ou anulação, serão considerados inválidos por vício procedimental.

28º) Mesmo com o recurso administrativo, não poderá haver óbice ao exercício do direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário (direito de ação), previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da atual Constituição Federal.

29º) A licitação como um procedimento administrativo por excelência, não prescinde do contraditório e da ampla defesa, sob pena de alijar não só a cláusula do devido processo legal, como comprometer as referidas garantias constitucionais, consagradas pelo nosso ordenamento jurídico.

30º) A auto-executoriedade dos atos administrativos limita sem, no entanto, restringir, o princípio da ampla defesa e do contraditório, a fim de evitar abusos e/ou excessos que possam comprometer o regular procedimento licitatório.

31º) A conjugação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, dentre outros, é a garantia da sociedade contra eventuais abusos da Administração Pública, que deverá, através do *devido processo legal* (Processo Administrativo Disciplinar e Processo Administrativo Licitatório), apurar irregularidades atribuídas à seus servidores, sob pena de responsabilidade, bem como, possibilitar aos licitantes o acesso a todas as decisões administrativas, adotadas no decorrer do procedimento licitatório, além dos contendores, terem acesso a todos os documentos que importem em tomada de posição pelo Poder Público e cuja decisão, de algum modo, possa afetar, direta ou indiretamente, os direitos de qualquer deles (competidores).

32º) Os recursos administrativos podem e devem ser implementados de molde a propiciar ao acusado, no processo administrativo disciplinar, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, como também, no processo administrativo licitatório, sendo que neste, a partir da abertura da sua fase externa, ou seja, a partir da publicação do edital, deverá haver a efetiva participação e intervenção dos interessados e licitantes, a fim de legitimá-lo.

33º) O processo administrativo é o gênero, tendo como espécie o processo administrativo disciplinar e o processo administrativo licitatório, que possuem características próprias e delimitadas.

34º) O processo administrativo disciplinar, com o advento das atuais emendas constitucionais, em especial a Emenda Constitucional n.19/98, passou a ser mais abrangente, incluindo a atuação ineficiente do servidor, sendo obrigatório para as penas que impliquem em demissão de funcionário estável e estendido ao

funcionário efetivo, ainda que em estágio probatório, sem olvidar do devido processo legal, com o conseqüente contraditório e ampla defesa, decorrendo da cláusula constitucional do devido processo legal, instituída pelo inciso LIV, do artigo 5º., da Constituição Federal, de molde que, o processo administrativo licitatório, seria uma das formas de concretização do Princípio da Legitimidade do Poder, na medida onde se esclarece e se afirma os motivos das decisões administrativas, havendo manifestação do devido processo legal, em seu aspecto formal, no tratamento igualitário entre as partes, para garantia do exercício do contraditório, da ampla defesa e do direito de petição.

35º) Não será mais admitida a denominada ‘verdade sabida’, para imposição de penas ao servidor, mesmo se estas forem leves, sendo que a observação do devido processo licitatório, antes de ser de interesse dos particulares, é de cristalino interesse público, de molde que o devido processo licitatório busca evitar o cometimento de arbitrariedades, por parte dos condutores do processo administrativo licitatório, por meio da obrigatoriedade das formalidades inseridas na sua lei de regência, nos princípios constitucionais informadores da atividade administrativa e das garantias constitucionais processuais.

36º) A ‘jurisdicionalização’ (não no sentido judicial, mas de formalização) do processo administrativo disciplinar é imperiosa, para impor condutas, formais e obrigatórias, de molde a garantir aos acusados o contraditório e a ampla defesa, assegurando o rito procedimental, previamente e legalmente, estabelecido pelo processo, situação que se estende no caso do processo administrativo licitatório.

37º) Ao Poder Judiciário é permitido verificar a observância da legitimação da sanção imposta e se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a ampla defesa e o contraditório, não podendo invalidar ato discricionário do administrador, mas somente ato arbitrário,

apurável no decorrer do processo, tudo com vistas à preservação de todos os direitos assegurados constitucionalmente.

38º) O processo inquisitório é incompatível com o contraditório e a ampla defesa, pois naquele a gestão da prova está vinculada a um único julgador e nestes há a participação dos contendores para a formação da prova.

39º) O contraditório implica na bilateralidade entre as partes, enquanto na ampla defesa mister se faz a defesa técnica (através de advogado) como a autodefesa (pessoalmente realizada pelo servidor acusado e pelos contendores na licitação), devendo ambas ser concomitantes (defesa técnica e autodefesa).

40º) Finalmente, o contraditório e a ampla defesa, tratam-se de normas fundamentais (direito do servidor e dos contendores e demais interessados da licitação), oponíveis ao Poder Estatal, para limitar os poderes da Administração Pública e intensificar o grau de proteção dispensada aos direitos dos agentes públicos e demais interessados, sendo que a finalidade da licitação, além de objetivamente buscar o melhor contratante dentre os interessados, procura também preservar o Princípio da Igualdade, entre as partes envolvidas no processo licitatório.

Estas, em síntese, seriam apenas algumas conclusões, além daquelas já citadas no decorrer do presente estudo, que necessitam de uma maior reflexão, por demandar constante aprimoramento, não só do Estado, mas de toda a sociedade, para a formação de um verdadeiro **Estado Democrático de Direito**.

Referências bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**, São Paulo, Editora Max Limonad, 1998.

_____. **Direito Administrativo**, *Coleção Curso & Concurso*, 1ª. edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª. edição, São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**, 2ª. edição, Curitiba, Juruá Editora, 2000.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª. edição, Curitiba, Juruá Editora, 2004.

_____. **Parcerias Público-Privadas**, Comentários à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, 1ª. edição, Curitiba, Juruá Editora, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 13ª. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

BRUNING, Raulino Jacó. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público**, Santa Catarina, Sérgio Antonio Fabris Editores, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª. edição, Coimbra, Almedina, 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**, 5ª. edição, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo, no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**, São Paulo, RT, 1993.

_____. **A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo, RT, 1995.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**, 15^a. edição, São Paulo, Editora Forense, 1997.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, 6^a. edição Rio de Janeiro, Editora Forense, 1992.

_____. **Prática do Processo Administrativo**, 3^a. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, José Eduardo Figueiredo. **Enquadramento do Procedimento Disciplinar na Ordem Jurídica Portuguesa**, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra: Universidade de Coimbra, n. 73, p. 183-210, 1997.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**, 10^a. edição, São Paulo, Atlas, 1999.

DROMI, Roberto. *El Procedimiento Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FERRAZ, Sérgio, e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**, 1^a. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, Saraiva, 1979.

_____. **Os Direitos Administrativos e os Direitos Processuais**, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1973.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 2^a. edição, São Paulo, Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. **A Interpretação Sistemática do Direito**, São Paulo, Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 3ª. edição, São Paulo, Saraiva, 1993.

GORDILLO, Agustin A. *La administración paralela*. Madrid, Civitas, 1982.

_____. *Procedimiento y Recursos Administrativos*, Buenos Aires, 1971.

_____. *La Garantía de Defensa como Principio de Eficacia en El Procedimiento Administrativo*, Revista de Direito Público n.10, São Paulo, 1969.

GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo**, São Paulo, Malheiros, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de Serviços Públicos**, São Paulo, Dialética, 1997.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 10ª. edição, São Paulo, Dialética, 2004.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **A Monografia Jurídica**, Porto Alegre, 2ª. Edição, Sérgio Antonio Fabris Editores, 1987.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**, 2ª. edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1996.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 4^a. edição, São Paulo, RT, 1993.
- MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. **Direito Administrativo Moderno**, 8^a. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. **A Processualidade no Direito Administrativo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 23^a. edição, São Paulo, Malheiros, 1998.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 17^a. edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2004.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 13^a. edição, São Paulo, Editora Atlas S/A, 2003.
- _____. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentários aos arts. 1º. a 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil, Doutrina e Jurisprudência (Coleção Temas Jurídicos)**, 5^a. edição, São Paulo, Editora Atlas, 2003.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo, Princípios Constitucionais e a Lei 9.794/99**, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- MUKAY, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos**, 5^a. edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- _____. **Licitações: As Prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Concorrentes, segundo as Leis ns. 8.666/1993 e 8.883/1994**, Rio de Janeiro, 1^a. edição, Editora Forense Universitária, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 5ª. edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho Administrativo*, 5ª. edição, Madrid, Pizarro, 1955.

PONDÉ, Lafayette. **Controle dos Atos da Administração Pública**, Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, v. 35, n. 139, p. 131, jul/set. 1998.

REIS, Palhares Moreira. **A Responsabilidade Penal nos Crimes contra a Administração Pública**, Revista Jurídica, Porto Alegre, Síntese, v. 46, n. 254, p. 36-38, dez. 1998.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Improbidade Administrativa**, São Paulo, Atlas, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15ª. edição, Malheiros, 1998.

XAVIER, Alberto. **Do Procedimento Administrativo**, São Paulo, José Bushatsky, 1976.

Anexos

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 85, de 27 de dezembro de 1999.
(LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO
PARANÁ)

.....

Seção VII

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Artigo 175. O processo administrativo-disciplinar, instaurado pelo Corregedor-Geral do Ministério Público, será contraditório, assegurando-se ao acusado ampla defesa.

Parágrafo 1º. A resolução que instaurar processo administrativo-disciplinar designará comissão composta de três membros escolhidos dentre os integrantes da carreira, vitalícios e de entrância igual ou superior à do acusado, indicará o presidente, mencionará a sua finalidade e o fato imputado, com a reprodução, quando for o caso, da súmula a que se refere o parágrafo único, do artigo 174, desta Lei²³⁴.

Parágrafo 2º. Não poderá participar da comissão de processo administrativo quem tenha sido o sindicante do fato ou integrado a precedente comissão de sindicância, exceto o Corregedor-Geral do Ministério Público.

Parágrafo 3º. As publicações relativas a processo administrativo-disciplinar conterão o respectivo número, omitido o nome do acusado, que será cientificado prévia e pessoalmente.

Artigo 176. O prazo para a conclusão do processo administrativo e apresentação do relatório final é de noventa dias, prorrogável, no máximo, por trinta dias, contados da publicação da decisão que o instaurar.

Artigo 177. A citação será pessoal, com entrega de cópia da resolução, do relatório final da sindicância ou da representação, da súmula da acusação e das suas provas, cientificando-se o acusado do dia, hora e local do interrogatório, e do prazo de dez dias para oferecimento de defesa preliminar e indicação de provas.

²³⁴ O parágrafo único do artigo 174 da Lei Complementar n.85, de 27 de dezembro de 1999(Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná) dispõe da seguinte forma: “O parecer que concluir pela instauração do processo administrativo-disciplinar formulará a súmula de acusação, que conterá a exposição do fato imputado, com todas as suas circunstâncias e a capitulação legal da infração”.

Artigo 178. Havendo prova da infração e indícios suficientes de sua autoria, a comissão poderá propor ao Procurador-Geral de Justiça, fundamentadamente, o afastamento preventivo do indiciado sem prejuízo de subsídio e demais vantagens pecuniárias, quando sua permanência for inconveniente ao serviço ou prejudicial à apuração dos fatos.

Parágrafo 1º. O afastamento de que trata este artigo não ocorrerá quando ao fato imputado forem aplicáveis somente as penas de advertência, multa ou censura.

Parágrafo 2º. O afastamento não ultrapassará o prazo de cento e vinte dias.

Parágrafo 3º. O período de afastamento será considerado como de serviço efetivo, para todos os efeitos.

Artigo 179. Encerrada a fase probatória, o Presidente da comissão abrirá vista dos autos ao acusado para oferecer razões finais, no prazo de quinze dias.

Artigo 180. Havendo mais de um acusado, os prazos para a defesa serão comuns e em dobro.

Artigo 181. Em qualquer fase do processo será assegurada à defesa a extração de cópia das peças dos autos.

Artigo 182. Finda a instrução, a comissão, no prazo de quinze dias, remeterá o processo ao Procurador-Geral de Justiça, com o relatório do que for apurado, opinando pela absolvição ou punição do acusado, indicando neste caso os dispositivos infringidos.

Parágrafo único. Havendo elementos, a comissão deverá sugerir a instauração de outro processo e apontar providências complementares de interesse da Instituição.

Artigo 183. Recebendo o processo administrativo-disciplinar o Procurador-Geral de Justiça, no prazo de dez dias:

- I - decidirá pelo seu arquivamento, ou pela aplicação das sanções cabíveis;
- II - determinará novas diligências, se considerar conveniente esclarecimentos complementares, caso em que, efetivadas, proceder-se-á de acordo com os artigos 184 e 185, desta Lei;
- III - solicitará ao Colégio de Procuradores de Justiça autorização para a proposição de ação civil visando à:
 - a) decretação de perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público;
 - b) cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Artigo 184. A intimação da decisão será sempre pessoal.

Artigo 185. Dos atos, termos e documentos do processo administrativo-disciplinar extrair-se-ão cópias, que formarão autos suplementares.

Seção VIII

DOS RECURSOS

Artigo 186. Caberá recurso, com efeito suspensivo, para o Colégio de Procuradores de Justiça:

I - da decisão do afastamento preventivo, nos casos do artigo 178 e parágrafos, desta Lei;

II - da decisão do Procurador-Geral de Justiça que aplicar sanção disciplinar;

III - da decisão do Conselho Superior do Ministério Público sobre disponibilidade ou remoção de membro do Ministério Público, fundada em interesse público, prevista no inciso VIII, do artigo 32, desta Lei²³⁵;

IV - da decisão do Conselho Superior do Ministério Público que fizer a indicação prevista na 2^a. parte do parágrafo 2^o. do artigo 32, desta Lei²³⁶;

V - da decisão que não conceder reabilitação.

Artigo 187. O prazo para recorrer será de quinze dias, a contar da intimação da decisão.

Artigo 188. Estão impedidos de participar do processo e julgamento do recurso:

I - o Procurador-Geral de Justiça;

II - o Corregedor-Geral do Ministério Público;

III - os membros do Ministério Público que tenham oficiado na sindicância ou integrado a comissão de processo administrativo-disciplinar.

Artigo 189. Os recursos serão processados e julgados no prazo de quarenta e cinco dias.

Artigo 190. Aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo-disciplinar as normas do Código de Processo Civil.

Seção IX

²³⁵ O inciso VIII do artigo 32 da Lei Complementar n. 85, de 27 de dezembro de 1999 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná) assim dispõe: “Artigo 32. Ao Conselho Superior do Ministério Público compete (...) inciso VIII- deliberar, por voto de dois terços de seus integrantes, sobre a disponibilidade ou remoção de membros do Ministério Público, fundada em motivo de interesse público, assegurada ampla defesa”.

²³⁶ O parágrafo 2^o, do artigo 32 da Lei Complementar n. 85, de 27 de dezembro de 1999 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná) dispõe: “Na indicação por antigüidade, o Conselho Superior somente pelo voto de dois terços de seus integrantes poderá recusar, motivadamente, o mais antigo, observado o procedimento previsto no seu Regimento Interno, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação, após o julgamento de eventual recurso interposto pelo interessado”.

DA REVISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Artigo 191. Cabe, em qualquer tempo, a revisão do processo de que houver resultado a imposição de penalidade administrativa, quando:

- I - forem aduzidos fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de provar inocência ou de justificar a imposição de sanção mais branda;
- II - a sanção se tenha fundado em prova falsa.

Parágrafo único. A simples alegação de injustiça da penalidade não constitui fundamento para a revisão, que requer elementos novos, ainda não apreciados no processo originário.

Artigo 192. A instauração do processo de revisão poderá ser requerida ao Procurador-Geral de Justiça pelo interessado ou, se falecido, pelo seu cônjuge ou companheiro, ascendente, descendente ou irmão, bem como provocada, de ofício, por qualquer dos órgãos da administração superior do Ministério Público.

Artigo 193. Admitida a revisão, o Procurador-Geral de Justiça encaminhará o pedido à Corregedoria-Geral do Ministério Público para seu processamento, no prazo de quarenta e cinco dias, findo o qual o submeterá ao Colégio de Procuradores de Justiça para julgamento em trinta dias.

Parágrafo 1º. A revisão terá o rito do processo administrativo-disciplinar.

Parágrafo 2º. Não poderá integrar a comissão revisora quem haja atuado em qualquer fase do processo revisando.

Artigo 194. Julgada procedente a revisão, será tornada sem efeito a sanção aplicada, com o restabelecimento, em sua plenitude, dos direitos por ela atingidos, exceto se for o caso de aplicação de penalidade menor.

Seção X

DA REABILITAÇÃO

Artigo 195. O membro do Ministério Público que houver sido punido disciplinarmente com advertência, multa ou censura, poderá obter do Conselho Superior do Ministério Público o cancelamento das respectivas notas dos assentamentos, decorridos dois anos do trânsito em julgado da decisão que as aplicou, desde que, neste período, não haja sofrido outra punição disciplinar.

Parágrafo único. Do deferimento haverá reexame necessário pelo Colégio de Procuradores de Justiça e, do indeferimento, caberá recurso.

.....

LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.

Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I**DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º 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.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

- I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
- II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
- III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
- IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;
- V - transparência dos procedimentos e das decisões;
- VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;
- VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Capítulo II

DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

- I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

- II - as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;
- III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;
- IV - as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;
- V - os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;
- VI - os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;
- VII - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;
- VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
- IX - o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;
- X - a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

- I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;
- II - a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III - a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I - ordem bancária;

II - cessão de créditos não tributários;

III - outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV - outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V - outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Capítulo III

DAS GARANTIAS

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I - vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II - instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III - contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV - garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V - garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI - outros mecanismos admitidos em lei.

Capítulo IV

DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

Capítulo V

DA LICITAÇÃO

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I - autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III - declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV - estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V - seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI - submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII - licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I - exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

II - (VETADO)

III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I - o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II - o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos [incisos I e V](#) do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III - o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

IV - o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo:

I - os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;

II - o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

§ 2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Capítulo VI

DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À UNIÃO

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para:

I - definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

II - disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;

III - autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;

IV - apreciar os relatórios de execução dos contratos.

§ 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

I - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;

II - Ministério da Fazenda;

III - Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

§ 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado:

I - do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto;

II - do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei.

§ 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas.

§ 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

§ 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

Art. 17. O FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 1º O estatuto e o regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas.

§ 2º A representação da União na assembléia dos cotistas dar-se-á na forma do inciso V do art. 10 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967.

§ 3º Caberá à instituição financeira deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I - fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II - penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III - hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV - alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V - outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI - garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

§ 2º O FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

§ 3º A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia.

§ 4º No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento.

§ 5º O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

§ 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado.

§ 7º Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

Art. 19 O FGP não pagará rendimentos a seus cotistas, assegurando-se a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, correspondente ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo.

Art. 20. A dissolução do FGP, deliberada pela assembléia dos cotistas, ficará condicionada à prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias pelos credores.

Parágrafo único. Dissolvido o FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução.

Art. 21. É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Capítulo VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23. Fica a União autorizada a conceder incentivo, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social - PIPS, instituído pela Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003, às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcerias público-privadas.

Art. 24. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada.

Art. 26. O inciso I do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 56

§ 1º

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

....." (NR)

Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano - IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por:

I - entidades fechadas de previdência complementar;

II - empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.

§ 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente.

§ 3º (VETADO)

Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa, na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

Art. 30. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de dezembro de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Bernard Appy Nelson Machado