

APONTAMENTOS SOBRE OS AGENTES PÚBLICOS

NOTES ABOUT PUBLIC AGENTS

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

Professor Emérito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

SUMÁRIO: I. Introdução. I.1. Agentes políticos. I.2. Servidores públicos. I.3. Particulares em colaboração com a administração. II. Funcionários públicos. III. Cargos públicos. III.1. Conceito. III.2. Classificação dos cargos. IV. Formas de provimento dos cargos públicos. V. Vacância. VI. Princípios constitucionais sobre os funcionários públicos.

I. INTRODUÇÃO¹⁻²

Todos aqueles que prestam serviços ao Poder Público (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias) ou realizam atividades da alçada deste podem ser designados agentes públicos. Com efeito, esta locução é a mais ampla e compreensiva que se pode encontrar para referir englobadamente as diversas categorias dos que, sob títulos jurídicos diferentes, exercitam uma função havida pelo Estado como pertinente a si próprio.

Em consequência, a noção abrange tanto o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos, Ministros, Secretários de Estado e de Município, Senadores, Deputados, Vereadores, como os funcionários públicos, os contratados pelo Poder Público para servirem-no sob regime trabalhista, os servidores de

1. Como citar/how to cite: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Apontamentos sobre os agentes públicos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 00-00, jan./mar. 2022.

2. Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito Público*, São Paulo, ano IV, n. 13, p. 45-68, jul.-set. 1970. A transcrição deste artigo foi realizada por Rebeca Spuch e Adilson Neri Pereira.

autarquia, os concessionários e permissionários de serviço público, assim como os requisitados e gestores de negócios públicos. Em suma: quem quer que desempenhe funções de natureza pública é, enquanto as exercita, um agente público.

O que possuem em comum o Governador de um Estado, um diretor de reparição pública, o superintendente de uma autarquia, um tabelião, o diretor de uma faculdade particular reconhecida e o cidadão convocado, em tempo de guerra, para comandar uma unidade militar? Alguns dentre os mencionados não são integrantes do aparelho administrativo estatal, outros, pelo contrário, enquadram-se em sua estrutura burocrática. O traço que os radicaliza, relacionando-os, é o fato de todos eles serem, embora muitas vezes apenas em alguns aspectos das respectivas atividades, agentes que exprimem um poder estatal, munidos de uma autoridade que só podem exercer por lhes haver o Estado emprestado sua força jurídica, exigindo ou consentindo-lhes o uso, para satisfação de fins públicos.

Dois são os requisitos para caracterização do agente público: um de ordem objetiva, a natureza pública da função, outro, de ordem subjetiva, a investidura nela.

Do exposto, fica claro que, embora os funcionários públicos constituam uma das mais importantes categorias de agentes públicos, não são os únicos, mas tão-só uma espécie, dentro da variedade tipológica de pessoas que servem de veículo de expressão de funções estatais.

A formação de conceito que abrigue, genericamente, todos os que desempenham funções públicas – isto é, a noção de agente público, como gênero, dentro do qual se reconhecerão espécies – não é construção lógica, acadêmica, enunciada por amor a formulações sistêmicas destituídas de alcance prático. Pelo contrário, responde a uma individualidade jurídica de contornos definidos, com inequívoca repercussão no direito positivo. Antes de mais, é a partir da noção de agente público e dedução de suas espécies que se pode identificar com rigor a categoria “funcionário público”, extremando-a com nitidez das demais, o que é de suma importância no direito administrativo. Contudo, algumas indicações, a seguir, darão melhor ideia do fundamental relevo da noção de agente público.

É a ela que se deve recorrer (e não ao conceito de funcionário) para determinar o alcance da expressão “autoridade”, como sujeito passivo do mandado de segurança. Com efeito, todo aquele que manifesta uma função pública, apresentando-se como titular de uma força jurídica de que só pode dispor em razão de deferimento estatal, há de submeter-se, por isso mesmo, aos eficazes e solertes processos de contraste a que se conforma o Estado.

A contrapartida dos poderes inerentes a uma função considerada pelo Estado como sendo pública é a sujeição aos métodos e critérios peculiares de sujeição do

comportamento deste aos objetivos legais. Por isso, cabe mandado de segurança contra um diretor de faculdade particular reconhecida, com relação a atos que digam respeito à sua atividade ordenatória ou decisória do ensino³. É evidente que essa autoridade não é um funcionário, nem mesmo um servidor público. Assim, também um tabelião, um escrivão, ambos particulares, alheios pois ao conceito de funcionário ou servidor público, podem ser sujeitos passivos de mandado de segurança, porque são agentes públicos, exercem função pública delegada.

O conceito de agente público também apresenta relevo para reconhecimento de hipóteses em que cabe – embora muitas vezes apenas subsidiariamente – invocar responsabilidade do Estado por atos lesivos, praticados no exercício de função pública. Com efeito, é compreensível que o Estado deva responder (conquanto subsidiariamente em muitos casos) pelos danos que agentes públicos causem a terceiros, ao atuarem revestidos de tal qualidade. De fato, quando é o exercício de prerrogativa estatal (portanto: a condição de agente público, agente do Estado) que serve de ocasião e meio para que alguém, mesmo particular, produza uma lesão a um bem jurídico de terceiro, não é possível considerar o Estado estranho à relação jurídica daí derivada e isento do dever de repará-la subsidiariamente, nas ocasiões em que descaiba sua responsabilidade direta, na forma do art. 107 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969⁴.

Vistos os conceitos de agente público e sua importância, indicaremos as diferentes categorias em que se decompõe, adotando a esplêndida sistematização formulada pelo Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁵. Os agentes públicos podem ser classificados em três grandes grupos, admitindo-se ulterior subdivisão:

- a) agentes políticos;
- b) servidores públicos;
- c) particulares em atuação colaboradora com o Poder Público.

3. RDA, vol. 72/206; RDP, vol. 5/281: vide ainda “Mandado de Segurança”, de Othon Sidou, pags. 262 e segs., 3ª ed.

4. Aliás, embora o art. 107 declare o Estado responsável pelos danos causados por seus funcionários (expressão restritiva), repetindo, aliás, terminologia dos textos constitucionais anteriores, é pacífico o entendimento de que a expressão “funcionário” não está utilizada em seu sentido técnico, preciso, do direito administrativo. Tanto assim, que nunca houve dúvida em considerar abrangidos no texto os extranumerários, os convocados para prestar serviço militar, isto é, requisitados, o Presidente, governadores e outros agentes políticos. Nenhum dos citados é funcionário público em sentido estrito, técnico.

5. RDP, vol. 1/40. Pareceu-nos conveniente apenas fazer alguma alteração terminológica, em atenção ao direito positivo, e estabelecer certas subdivisões. A classificação, contudo, é a mesma.

1.1. Agentes políticos

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, isto é, são os ocupantes dos cargos que compõem o arcabouço constitucional do Estado e, portanto, o esquema fundamental do poder. Sua função é a de formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos o Presidente da República, os governadores, os prefeitos e respectivos auxiliares imediatos (ministros e secretários das diversas pastas), os senadores, os deputados e os vereadores. Todos estes se ligam ao Estado por um liame não profissional. A relação que os vincula aos órgãos do poder é de natureza política. Desempenham um “múnus” público. Para o exercício de tão elevadas funções não comparecem como profissionais. O que potencialmente os qualifica ao seu exercício é a qualidade de cidadãos, de membros da sociedade política; em consequência, titulares de direitos e de responsabilidades na condução da “res pública”. A função que lhes responde não é de caráter técnico, mas a de traçar a orientação superior a ser cumprida, por meios técnicos, pelos demais agentes.

A relação jurídica que os prende ao Estado é de natureza institucional ou estatutária, quer dizer, os direitos e deveres que lhe assistem não são definidos através de um acordo com o Poder Público; derivam diretamente da Constituição e das leis. Por conseguinte, a Constituição e as leis, conforme o caso, podem estabelecer modificações em seus poderes e deveres sem que lhes caiba oposição.

1.2. Servidores públicos

Ao lado dos agentes políticos, o segundo grande grupo de agentes estatais é o dos servidores públicos. Compreendem-se debaixo desta denominação todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, de natureza profissional e caráter não eventual, sob vínculo de dependência. É, pois, na condição de profissionais que comparecem para se relacionarem com o Poder Público. O que os caracteriza é a conjunção dos seguintes traços: a) profissionalidade; b) relação de dependência, típica dos que prestam serviços sem caráter de eventualidade.

São, portanto, servidores públicos todos que prestam serviços, nas condições assinadas, às entidades públicas, sejam elas da administração centralizada ou autárquica.

Dentre os servidores públicos distinguem-se espécies, a saber:

- a) funcionários públicos (só existem na organização central do Estado: administração direta, Legislativo e Judiciário);
- b) servidores das autarquias, sob regime estatutário próprio ou equivalente ao do funcionalismo;

- c) contratados pela legislação trabalhista (pela administração centralizada ou autárquica);
- d) remanescentes dos antigos extranumerários.

1.3. Particulares em colaboração com a administração

Além das categorias mencionadas (agentes políticos e servidores públicos) há que se cogitar, ainda, de uma terceira classe de pessoas que prestam serviço ao Poder Público. São os particulares que cumprem uma função pública por: a) requisição do Estado (como os convocados para prestar serviço militar, os jurados, os membros da mesa receptora ou apuradora de votos em época eleitoral etc.), sem caráter profissional, ou que: b) “sponte própria”, assumem a gestão da coisa pública em momentos de emergência (gestores de negócios), ou ainda que: c) com a concordância do Poder Público, sem relação de dependência, desempenham, por conta própria, embora em nome do Estado, uma função pública. É o caso dos contratados através de locação civil de serviço, dos concessionários, permisscionários ou delegados de função, ofício ou serviço público (tabeliões e titulares de serventias públicas não oficializadas, bem como diretores de faculdade e outras pessoas que praticam certos atos dotados de força jurídica oficial⁶.

6. Os serventuários públicos, isto é, titulares de escriturarias de justiça oficializadas e escreventes são funcionários quando pagos total ou parcialmente pelos cofres públicos, ou apenas assimilados aos funcionários quando recebem tão-só custas e emolumentos diretamente dos usuários dos serviços. Quando a escrituraria de justiça não é oficializada, seus titulares e empregados não são funcionários públicos nem se devem considerar a eles assimilados. Os titulares de tais ofícios são “particulares em colaboração com a Administração”, na condição de delegados de ofício público. Os empregados de tais agentes públicos, salvo se ocupantes de cargos criados por lei, retribuídos diretamente pelos cofres públicos e nomeados por autoridade integrada nos quadros estatais, também não são funcionários, mas, apenas, empregados.

Tudo o que foi dito das escriturarias de justiça, seus titulares e auxiliares, “mutatis mutandis” se aplica aos titulares de outras serventias públicas e respectivos dependentes administrativos como é o caso de tabelionatos e cartórios de registro, por exemplo. Na matéria, acompanhamos integralmente a precisa lição do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (v. “Teoria dos Servidores Públicos”, in RDP, vol. 1, especialmente págs. 52-53).

A doutrina e a jurisprudência, salvo raras exceções, vêm, a nosso ver, tratando de modo confuso e assistemático o problema, deixando de discriminar devidamente estas diferentes situações, sem embargo de frequentemente acertarem no tratamento dado aos vários casos concretos que têm enfrentado. Servem-se com frequência da expressão funcionário público para designar estes vários tipos de agentes ou ainda, da vaga, difusa

II. FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS

A) Natureza da relação jurídica entre o Estado e o funcionário

Em tempos, pretende-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual. De início, entendido como contrato de direito privado, mais tarde como contrato de direito público. Afinal, prevalece o entendimento correto, que nega caráter contratual à relação e afirma-lhe natureza institucional.

Isto significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação de serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico⁷.

O conteúdo do vínculo jurídico que transcorre entre o funcionário e o Estado não foi determinado por via consensual. Não decorre de uma produção de vontade conjunta das partes entre as quais intercorre a relação. O ato de nomeação é unilateral e proporciona a inserção de alguém debaixo de um regime jurídico prefixado, sobre o qual a vontade do funcionário não tem força jurídica para interferir. É certo que não basta o ato de provimento para se perfazer a relação funcional. É necessária a posse, através da qual o nomeado aceita o cargo e exprime um compromisso de bem servir, a fim de que se aperfeiçoe o vínculo entre ele e o Estado. Há, efetivamente um acordo, mas este diz respeito, unicamente à formação do vínculo. Cinge-se a ele. Limita-se a expressar sua concordância em se inserir debaixo de uma situação geral e abstrata. Não atinge, nem pode o atingir o conteúdo da relação formada, pois este não se encontra à sua disposição como objeto de avença. Falta à relação de função pública aquela “transusão de vontades” que, na feliz expressão de Clóvis Bevilacqua, caracteriza o contrato.

e mágica expressão “funcionário em sentido amplo”, cujos contornos exatos jamais são indicados. Bem por isso a expressão é usada ao alvedrio de quem a utiliza, adquirindo, em consequência, aquele préstimo ilimitado e miraculoso de alguns conceitos cuja vacuidade lhes garante permanência e prestígio, como bem observaram, a propósito de diferentes questões, Kelsen, invocando Mauthner (“Teoria General del Estado”, Madri, 1934, tradução de Luiz Lexnz Lagumbra, pág. 3) e Waline (“Droit Administratif”, 1963, págs. 75-76).

7. Neste sentido tem se manifestado reiteradamente o Supremo Tribunal Federal em jurisprudência pacífica (RDA, vols. 92/155, 93/112 e 115). Há, inclusive, Súmula do STF, a de n. 27: “Os servidores não têm vencimentos irredutíveis, prerrogativa dos membros do Poder Judiciário e dos que lhe são equiparados”.

É importante notar que nem todo acordo de vontades tem natureza contratual. Este só existe quando os termos de uma relação jurídica – e não apenas seu objeto – se consideram um produto de uma manifestação conjunta de vontades. Quando o acordo é necessário apenas para a formação do vínculo a figura jurídica existente se denomina “ato-união”. É o que sucede na relação de função pública. Como o regime jurídico dela não resulta de uma transfusão de vontades com o poder criador em relação a ele, o funcionário não pode contestar a quem fixou o regime o poder de alterá-lo.

Não se deve confundir tal situação com certos contratos de direito privado em que uma das partes estabelece de antemão as cláusulas. É o caso dos contratos de adesão. Nestes, contudo, juridicamente, as regras norteadoras de avença dependem da recíproca aquiescência. O acordo diz respeito não só à formação do vínculo como também às estipulações nele contidas. Nenhuma das partes se encontram em posição de eminência em relação à outra, faltando título jurídico a qualquer delas para, por si só, isoladamente, constituir o teor de recíprocas obrigações. Bem por isso, firmado o contrato, a nenhuma delas assiste o poder de, unilateralmente, modificar as disposições estatuídas. E, falece-lhes esta possibilidade precisamente porque os termos da relação surgida são considerados o fruto de uma produção conjunta – ainda que cronologicamente, mas não logicamente, assíncronicas. Em suma, como nenhuma das vontades, tomadas cada qual per si, tem poder normativo, toda estipulação existente surge como um ato criativo de vontades transfundidas em uma unidade. Daí, só se alterarem por deliberação comum.

Já na relação entre o funcionário e o Estado, aquele se encontra diante de um regime criado por quem, na cura da coisa pública, exerceu um poder que lhe é próprio: o de dispor sobre as condições estimadas convenientes para a boa realização do serviço público e que, no exercício de tal poder, pode promover, através de lei, as mutações que considerar úteis para a satisfação de um desiderato incluído em sua esfera de legítima decisão. As condições reputadas boas para o desempenho da função pública constituem matéria posta ao largo do poder de disposição do funcionário.

Em face do exposto, ao contrário do ocorrente quando o vínculo é contratual, não se constitui em favor do funcionário direito adquirido à persistência das condições de prestação de serviço, de retribuição ou de direitos e deveres existentes ao tempo da formação do vínculo, isto é, vigentes à época de sua investidura no cargo.

Isto não significa, todavia, que da relação de função pública jamais surjam direitos adquiridos para o funcionário em face do Estado. As próprias normas estatutárias podem figurar e figuram inúmeras vezes situações que se concretizam em favor do funcionário, consolidando direitos que se integram em seu patrimônio.

Formularemos alguns exemplos para aclarar a questão. Se a lei estabelece que após um ano de exercício surge o direito ao gozo de 30 dias de férias, decorridos estes, está implementado o fato ao qual a ordem jurídica atribui o efeito de deflagrar o concreto desfecho da hipótese legal. A previsão abstrata incide sobre o funcionário que completou o prazo estatuído, conferindo-lhe direito adquirido à fruição das férias. Inversamente, se a dilação contemplada na lei ainda não houver transcorrido para um dado funcionário, e as normas sobre a matéria se modificarem, passando a conferir apenas 25 dias de férias, este é colhido de imediato pela nova situação e não poderá pretender o gozo de 30 dias de repouso.

Se a lei dispuser que após 5 anos de exercício o funcionário tem direito à licença-prêmio, parcialmente conversível em pecúnia, completados os 5 anos, mesmo que o funcionário só a solicite depois do advento de lei que cancele tal benefício (ou lhe modifique as condições de obtenção, ou elida a possibilidade de recebê-la parcialmente em dinheiro), tem direito adquirido à sua obtenção nos termos e condições estabelecidos pela lei vigente à época em que completou os 5 anos de exercício. Pelo contrário, se faltar um único dia para implementar o prazo fixado na lei, como atributivo do direito, e nova lei extinguir o benefício ou alterar-lhe os requisitos de obtenção, ao funcionário de nada valerá alegar que a legislação era outra quando ingressou no funcionalismo. Com efeito, antes de vencido o prazo, só existe expectativa de direito, mas não direito adquirido.

Se a relação de função pública fosse contratual, nenhuma das alterações supostas poderia se aplicar imediatamente ao funcionário sem lhe ofender direitos adquiridos, dado que o contrato lhe haveria assegurado um regime cuja alteração dependeria de sua aquiescência. Tratando-se, entretanto, de uma relação institucional, nenhum óbice jurídico há a que se modifiquem as normas que o disciplinam, colhendo-o, de imediato, o novo regime estabelecido.

Como se vê, a determinação da natureza jurídica da relação de função pública não é questão acadêmica, mas, eminentemente, prática.

B) Conceito de funcionário público

A noção de funcionário público, como delineada no direito brasileiro, é tributária da noção de cargo público. Não se pode entender o que é nem saber quem é funcionário sem antes compreender o que é cargo público.

A legislação federal nos dá duas definições de cargo. Uma é a que consta no Estatuto de Funcionários Públicos Civis da União (lei n. 1.711, de 28.10.1952); outra, posterior, consta na lei n. 3.780, de 12.7.1960 (lei de Classificação de Cargos). Com base na primeira, dir-se-á que cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da organização central do Estado – administração direta, Legislativo e Judiciário (art. 2º). De acordo com a segunda, “cargo é o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas

a um funcionário, mantidas as características de criação por lei, denominação própria, número certo e pagamento pelos cofres da União”. Como definição nenhuma das duas vale grande coisa. Como descrição, para objetivos práticos, são muito boas.

E o que é funcionário? Funcionário, no-lo diz o Estatuto dos Servidores Civis da União, é a pessoa legalmente investida em cargo público. Portanto, “funcionário é quem tenha sido legalmente investido nestes termos unitários e indivisíveis de competência relativos a funções da organização central do Estado, estabelecidas em lei, com individualidade própria, reconhecível esta pela denominação e previsão numérica”.

São funcionários unicamente os que respondem à definição acima, pelo que, desde logo, se circunscrevem a um tipo de servidores da organização central da União, dos Estados e dos Municípios⁸.

Os servidores de autarquias não são funcionários públicos ainda que a eles possam ser equiparados. Basta o fato de serem, por vezes, equiparados, para que se conclua, sem sombra de dúvidas, que funcionários não são. Se fossem, não haveria necessidade de equipará-los. Só os desiguais são suscetíveis de equiparação, bem observou Hely Lopes Meirelles, ao cogitar esse problema.

8. A legislação federal, ao tratar do funcionalismo, obviamente, cogita, apenas, dos seus funcionários. Por isso se refere aos cofres da União, abstendo-se de mencionar “cofres dos Estados” ou “cofres dos Municípios”.

É importante notar que ao ser utilizada a expressão “pagos pelos cofres da União”, a legislação faz uma consciente opção no definir os que devem ser entendidos como funcionários: de um lado, exclui os que prestam serviços à Administração federal indireta, de outro lado, inclui não só os da administração central (aparelho burocrático do Executivo), como também os do Legislativo e Judiciário. Por isso, usamos deliberadamente a expressão “organização central” e não “administração central”, ao definir funcionário público. Com efeito, esta última locução seria por demais restritiva, pois induziria à errônea suposição de que só os do Executivo são funcionários, no que estaria indevidamente excluindo do conceito destes os que pertencem ao Legislativo e ao Judiciário.

Simetricamente, os funcionários dos Estados e dos Municípios são os que respondem ao mesmo conceito formulado no texto, “mutatis mutandis”, isto é: retribuídos pelos cofres da organização central dos Estados e dos Municípios.

A respeito dos funcionários do Legislativo, já foi visto que entre eles não se incluem os que exercem mandato de representação popular – os quais ingressam no conceito de “agentes políticos” (Senadores, Deputados, Vereadores, nas respectivas esferas) – reversamente, são funcionários os que exercem funções burocráticas auxiliares deste Poder. No Judiciário, são funcionários os magistrados e os que exercem funções administrativas nos órgãos e serviços oficializados auxiliares deste Poder.

Para efeitos penais, contudo, o conceito de funcionário é mais lato. Diz o art. 327 do CP:

“Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

“Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

III. CARGOS PÚBLICOS

III.1. Conceito

Cargo é a denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por um agente. É, pois, um complexo (ou um ponto, ou um termo), unitário e indivisível de competências, criado por lei, com número certo e designação própria concernente a funções da organização central do Estado. Pode-se definir os cargos como as mais simples e indivisíveis unidades abstratas criadas por lei, com denominação própria e número certo, que sintetizam um centro de competências públicas da alçada da organização central a serem exercidas por um agente. Esta é a definição que nos parece adequada. À moda da definição legal encarecem-se, “número certo, designação própria”, a fim de caracterizar a individualidade dos cargos. Menciona-se o requisito de criação por lei, dado que só o Legislativo tem poderes para criá-los, falecendo ao Executivo esta possibilidade. Acentua-se seu caráter de unidade abstrata mais simples e indivisível de competências, a fim de distingui-los dos órgãos, que também são unidades abstratas de competências, mas que possuem dentro de si outras unidades, justamente os cargos.

Enquanto as competências dos órgãos se decompõem nas competências dos cargos, estes formam uma individualidade indivisível, por ser a unidade mais simples, cujas competências, unitariamente consideradas, assistem a um só agente.

Só a lei cria cargos e fixa-lhes os correspondentes vencimentos. São, pois, da competência do Legislativo e não do Executivo, tanto sua entronização no universo jurídico, quanto a fixação de seu valor retributivo (art. 43, n. V, da Emenda Constitucional m. 1, de 1969)⁹, ressalvados os casos excepcionais, previstos no

9. Cabe ao Legislativo, o exame, emenda, aprovação ou rejeição destas leis, mas lhe falece o poder de iniciá-las, fora dos casos apontados. Sofre o Legislativo, ainda, forte restrição na matéria: não pode apresentar emenda que implique aumento de despesa global ou

impedisse a discriminação por motivo de sexo. Ocorre, contudo, que nesta última questão, o Supremo Tribunal Federal se mostra menos resolutivo, pois houve decisões recentes admitindo a exclusão de candidatos, por razão de sexo, mesmo à falta de texto legal (RDA, vols. 137 e 148), embora prevaleçam, numericamente, os acórdãos que vedam ao Poder Público, por ato administrativo, excluir candidato por motivos de sexo.

Outro princípio constitucional de relevo está consagrado no art. 99, que veda a acumulação remunerada de cargos ou funções públicas, ou desses com cargos, funções e empregos em autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas, salvo se se tratar de um cargo de juiz com um de professor, um cargo de professor com outro técnico ou científico ou dois cargos de médicos, e desde que haja entre eles correlações de matérias e compatibilidade de horários. Inovação importante da Emenda Constitucional foi o abrandamento deste dispositivo, ao permitir, no §3º do artigo citado, que, através de lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, se estabeleçam outros casos de acumulação permitida desde que restrita a atividades técnicas, científicas ou de magistério.

A proibição de acumular estende-se aos inativos (§2º do art. 99), não abrangendo, entretanto, quanto aos aposentados, o exercício de mandato eletivo, o de cargo em comissão e a prestação de serviços técnicos especializados, mediante contrato (§4º do art. 99).

A boa inteligência deste artigo, em nosso entender, requer que se atente bem para os seguintes pressupostos. A regra, no direito constitucional brasileiro, é a proibição de acumular. Contudo, tal proibição admite exceções: as enumeradas nos vários incisos do art. 99. Em consequência, quando o §2º do artigo declara extensiva aos inativos a proibição de acumular, refere-se aos casos de acumulação proibida. Portanto, quando no §4º do mesmo artigo declara não se aplicar aos aposentados a proibição de acumular seus proventos com a retribuição devida por cargo eletivo, por cargo em comissão e por contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados, amplia os casos de acumulação permitida. Isto é, no que concerne aos aposentados, além dos casos de acumulação já permitida nos incisos I a IV do art. 99, incluem-se cumulativamente, se for o caso, os contemplados no §4º.

Isto significa que o aposentado poderá receber, simultaneamente, por três títulos diferentes dos cofres públicos – dado que o texto constitucional o permitiu: duas vezes, pelas duas aposentadorias que poderia legalmente ter, por se tratar de acumulações permitidas por um dos incisos do art. 99 (ou uma vez por um dos cargos que esteja aposentado e outra vez por um dos cargos acumuláveis, que tenha na ativa) e uma vez por um contrato de natureza técnica ou especializada, por exemplo.

Em defesa do funcionário, o art. 100 firma o princípio da estabilidade, dispondo que, após 2 anos de exercício, os nomeados por concurso a adquirem. O dispositivo vale, é bem de ver, para os cargos efetivos, porquanto os de livre provimento não são preenchidos mediante concurso. Demais, é da própria natureza deles a instabilidade. A estabilidade, pura e simples, é o direito de permanência no serviço público. A efetivação é direito de inerência no cargo. O texto constitucional teve a intenção de referir-se à efetivação, que é um “Plus” em relação à estabilidade, pois mencionou os funcionários concursados, isto é, titulares de cargo efetivo ou vitalício. Se se estabilizam no cargo para o qual prestaram concurso, na verdade são efetivados.

O parágrafo único do art. 100 cogita da hipótese da extinção do cargo ou declaração, pelo Executivo, de sua desnecessidade, quando seu ocupante seja nele estável, isto é, efetivo. A solução dada pelo texto é a disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço. A expressão constitucional “vencimentos proporcionais” é tecnicamente errônea. O inativo, aposentado ou em disponibilidade, percebe proventos, não vencimentos. O parágrafo em questão traz, ainda, uma novidade. Refere-se não só à extinção do cargo – ato do Legislativo – como ainda à declaração de sua desnecessidade, pelo Executivo. Trata-se de figura desconhecida em nosso direito. É instituto perigoso que pode ser fonte tanto de perseguições, quanto de favoritismos. Temos por certo que se um cargo for declarado desnecessário e, posteriormente, o Executivo desejar preenchê-lo, é obrigatório o aproveitamento do disponível.

O alcance do direito de inerência do funcionário estável e do vitalício é especificado no art. 105, de acordo com o qual a demissão somente será aplicada ao vitalício em virtude da sentença judicial e, ao estável, na mesma hipótese ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa. Se a demissão for invalidada por sentença, o funcionário será reintegrado e quem lhe ocupava o lugar exonerado ou, se ocupava outro cargo, a ele tornará, sem direito à indenização (parágrafo único).

O direito à aposentadoria é garantido nos seguintes termos:²⁵

a) Com proventos integrais, quando o funcionário completar 35 anos de serviço, se do sexo masculino, e 30 anos de serviço, se do sexo feminino, ou, na hipótese de invalidez por acidente em serviço, por moléstia profissional ou doença grave e incurável, especificada em lei²⁶.

25. Não se cogita aqui da aposentadoria a título punitivo, imposta compulsoriamente, e com base nos atos institucionais, que supõe apenas o pagamento de proventos proporcionais ao tempo de serviço.

26. O civil participante da 2ª Guerra Mundial, que se incluía na caracterização prevista no art. 197, por força deste mesmo dispositivo, se aposenta aos 25 anos de serviço.

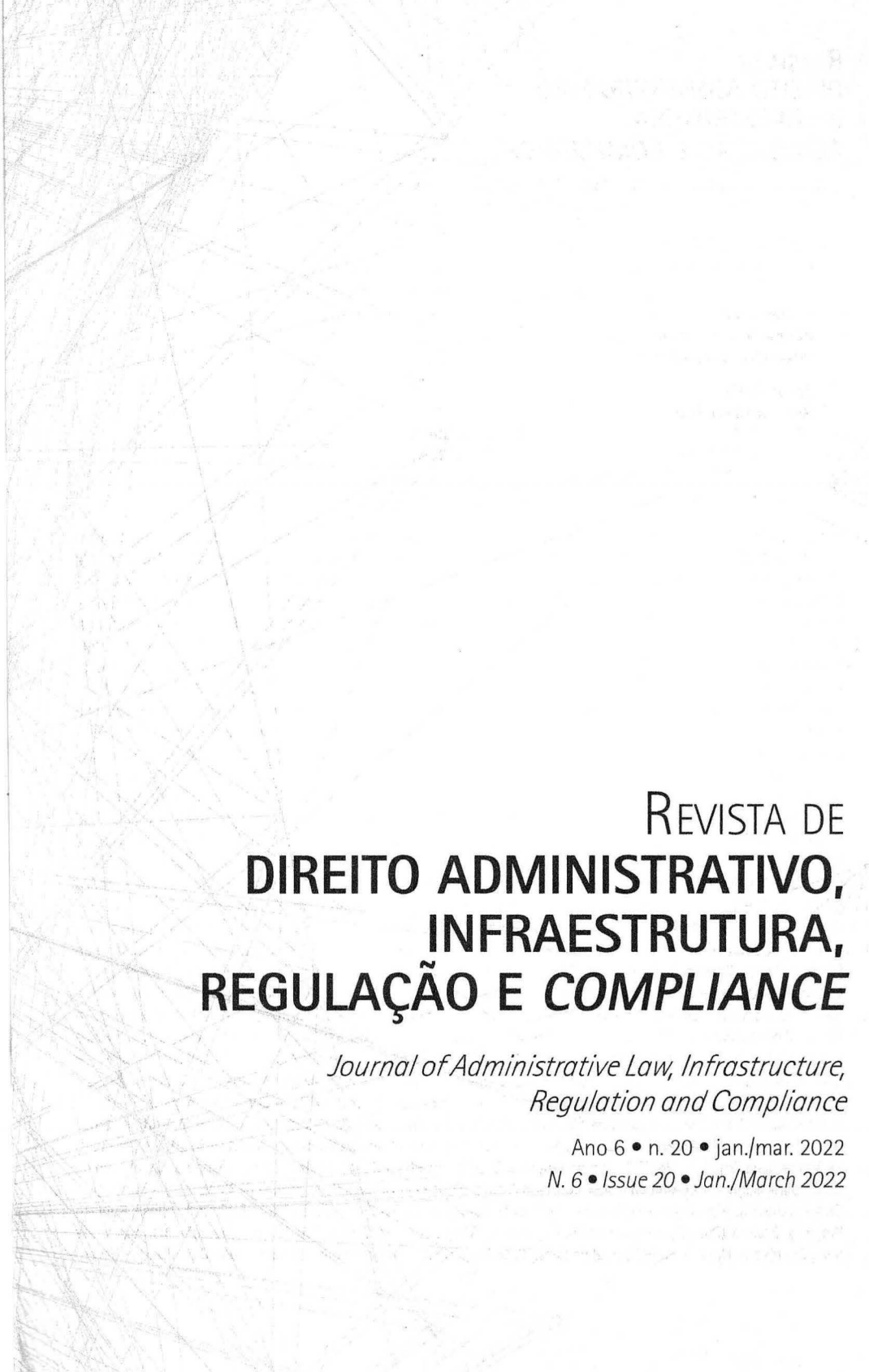
b) Com proventos proporcionais ao tempo do serviço, fora das hipóteses mencionadas, quando o funcionário atingir 70 anos de idade ou invalidar-se, sem relação com o serviço.

Os proventos da inatividade em caso algum poderão ser superiores à “remuneração percebida na atividade” diz o §2º do art. 102, ressalvada a revisão dos proventos que deverá ocorrer sempre que, por motivo de alteração de moeda, se modifiquem os vencimentos dos funcionários em atividade. Daí se deduz que nem todo aumento conferido ao pessoal da ativa beneficia os inativos.

Outro princípio estabelecido em favor do funcionário é a contagem recíproca, por União, Estados e Municípios, do tempo de serviço que o funcionário lhes haja prestado, para efeitos de aposentadoria e disponibilidade (§3º do art. 102).

A Carta Constitucional determina, ainda, que lei complementar de iniciativa do Presidente da República estabelecerá exceções às regras firmadas concernentes ao tempo e natureza dos serviços, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.

O funcionário público (estadual, federal ou municipal), investido em mandato estadual ou federal ficará afastado do cargo durante o mandato; só por antiguidade poderá ser promovido e seu tempo de serviço será contado unicamente para este fim e para aposentadoria. O funcionário municipal investido em mandato gratuito de vereador fará jus à percepção das vantagens de seu cargo nos dias em que comparecer às sessões da Câmara. Daí se deduz que o funcionário municipal no exercício da vereança gratuita não ficará afastado do cargo, motivo pelo qual, evidentemente, não se coloca, quanto a eles, o problema da contagem de serviço. Daí, haver a Carta silenciado a respeito. A questão surge, todavia, quando se tratar de mandato municipal remunerado. O fato de a Carta haver tratado, em especial, do caso de mandato gratuito força a conclusão de que, em sendo remunerado o mandato, a regra há de ser diversa. Portanto, entende-se que, nesta hipótese, há o afastamento e a percepção de vantagens nos mesmos termos previstos para mandato estadual ou federal. Dir-se-á que, a julgar assim, não teria havido motivo para a Carta referir-se apenas a mandatos federal e estadual no art. 104. Realmente, há que atribuir essa omissão a uma deficiência técnica do texto constitucional, mas a interpretação proposta é a única que se concilia com os dispositivos da Carta, atendendo o mais possível ao esquema lógico que ela mesmo formula. Em conclusão: funcionários investidos de mandato remunerado (federal, estadual e municipal) ficam afastados de cargo; só por tempo de serviço podem ser promovidos e este conta-se apenas para o efeito indicado e para aposentadoria. No caso de mandato gratuito, não há afastamento – donde inexistir problema com relação a tempo de serviço, direitos e vantagens do cargo, mas apenas na ausência legal do serviço nas ocasiões de comparecimento às sessões da Câmara Municipal.



REVISTA DE
**DIREITO ADMINISTRATIVO,
INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE**

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

Ano 6 • n. 20 • jan./mar. 2022
N. 6 • Issue 20 • Jan./March 2022

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA, REGULAÇÃO E COMPLIANCE

Journal of Administrative Law, Infrastructure, Regulation and Compliance

Ano 6 • n. 20 • jan./mar. 2022

N. 6 • Issue 20 • Jan./March 2022

Coordenação

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

RICARDO MARCONDES MARTINS

Editor-Chefe

ALEXANDRE GODDY DOTTA

Conselho Editorial

Editorial Board

**Presidente do Conselho: Roberto Mangabeira Unger –
Harvard University Law School (Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos)**

Adrián Gutiérrez (Universidad de la República Oriental del Uruguay – UDELAR – Montevideú – Uruguai) – Alejandro Canónico Sarabia (Universidad Católica Andrés Bello – UCAB – Caracas – Venezuela) – Alexandre de Moraes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Anabelen Casares Marcos (Universidad de León – UNILEÓN – León – Espanha) – Andrea Juliana Lara (Universidad de Cuyo – UNCUYO – Mendoza – Argentina) – André Luiz Freire (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Augusto Durán Martínez (Universidad Católica del Uruguay – UCU – Montevideú – Uruguai) – Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília – Brasil) – Carlos Aymerich Cano (Universidade da Coruña – UDC – Corunha – Espanha) – Carlos Bernal-Pulido (Macquarie Law School – MQ – Sydney – Austrália) – Carlos Enrique Delpiazzo Rodríguez (Universidad de Montevideo – UM – Montevideú – Uruguai – e Universidad Católica del Uruguay – UCU – Montevideú – Uruguai) – Clarissa Sampaio (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza – Brasil) – Cláudia Viana (Universidade do Minho – UMINHO – Braga – Portugal) – Christian Bettinger (Université Paris II – Panthéon-Assas – Paris – França) – Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte – Brasil) – Daniel Ferreira (Centro Universitário Internacional – UNINTER – Curitiba – Brasil) – Daniel Wunder Hachem (Universidade Federal do Paraná – UFPR – e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba – Brasil) – Edilson Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Recife – Brasil) – Egon Bockmann Moreira (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba – Brasil) – Emerson Gabardo (Universidade Federal do Paraná – UFPR – e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba – Brasil) – Ezequiel Cassagne (Universidad Católica Argentina – UCA – Buenos Aires – Argentina) – Fabrício Motta (Universidade Federal de Goiás – UFG – Goiânia – Brasil) – Fernando Dias Menezes de Almeida (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Francisco Eusebio Puerta Seguido (Universidad de Castilla-La Mancha – UCLM – Toledo – Espanha) – Francisco Hernández González (Universidad de La Laguna – ULL – San Cristóbal de La Laguna – Espanha) – Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Gladys Camacho Cépeda (Universidad de Chile – UCHILE – Santiago – Chile) – Gonzalo Barrio García (Universidade da Coruña – UDC – Corunha – Espanha) – Guido Santiago Tawil (Universidad de Buenos Aires – UBA – Buenos Aires – Argentina) – Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – e Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Jacques Chevallier (Université Paris II – Panthéon-Assas – Paris – França) – Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidade de Coruña – UDC – Corunha – Espanha) – Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Universidad Externado de Colombia – Bogotá – Colômbia) – Javier Guiridlian Larosa (Universidad Católica Argentina – UCA – Buenos Aires – Argentina) – Jerson Carneiro Gonçalves (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC – Rio de Janeiro – Brasil) – Jose Luis Benavides Russi (Universidad de Externado de Colômbia – Bogotá – Colômbia) – José Luis Lara Arroyo (Pontifícia Universidade Católica de Chile – UC – Santiago – Chile) – José Maria Gimeno Feliu (Universidad de Zaragoza – UNIZAR – Saragoça – Espanha) – José Roberto Pimenta Oliveira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – José Sérgio da Silva Cristóvam (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis – Brasil) – Juan David Duque Botero

(Colégio Mayor de Nuestra Señora Del Rosario – Bogotá – Colômbia) – Juan Manuel Otero Varela (Universidade Panamericana – UPANA – Cidade do México – México) – Juarez Freitas (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre – Brasil) – Karlos Manuel Navarro Medal (Universidade Nacional Autónoma de Nicaragua – UNAN – Manágua – Nicarágua) – Luis José Béjar Rivera (Universidade Panamericana – UPANA – Cidade do México – México) – Maria Del Carmen Rodriguez (Universidade da Coruña – UDC – Corunha – Espanha) – Manlio Fabio Casarín León (Universidade Veracruzana – UV – Xalapa – México) – Maria Isabel Gallego Corcoles (Universidade de Castilla-La Mancha – UCLM – Toledo – Espanha) – Maria Luz Zanvetto Mazzoni (Universidade Austral – UA – Buenos Aires – Argentina) – Mauricio Rafael Pernia Reyes (Universidade Católica del Táchira – UCAT – San Cristóbal – Venezuela) – Mauricio Zockun (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Pablo Gutiérrez Colantuono (Universidade Nacional del Comahue – UNCOMA – Neuquén – Argentina) – Pablo Oscar Gallegos Fedriani (Universidade de Buenos Aires – UBA – Buenos Aires – Argentina) – Pablo Schiavi Muñoz (Universidade de Montevideo – UM – Montevideo – Uruguai) – Patricia Valcárcel Fernández (Universidade de Vigo – UVIGO – Vigo – Espanha) – Paulo Manuel Cunha Costa Otero (Universidade de Lisboa – ULISBOA – Lisboa – Portugal) – Pedro Costa Gonçalves (Universidade de Coimbra – UC – Coimbra – Portugal) – Pedro Estevam Pinto Serrano (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Rafael Acevedo (Universidade de Vigo – UVIGO – Vigo – Espanha) – Rafael Dickson Morales (Universidade Iberoamericana – UNIBE – Santo Domingo – República Dominicana) – Sérgio Antônio Silva Guerra (Fundação Getúlio Vargas – FGV – Rio de Janeiro – Brasil) – Shirlei Silmara de Freitas Mello (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia – Brasil) – Silvio Luis Ferreira da Rocha (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Thiago Marrara (Universidade de São Paulo – USP – Ribeirão Preto – Brasil) – Toni Jaeger-Fine (Fordham University – FU – Nova Iorque – Estados Unidos da América) – Vladimir da Rocha França (Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN – Natal – Brasil) – Ximena Lazo Vitoria (Universidade de Alcalá – UAH – Madri – Espanha).

Conselho Consultivo
Consulting Council

**Presidente do Conselho Consultivo: Felipe Nogueira Monteiro –
Harvard University Law School (Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos)**

Ada Pellegrini Grinover in memoriam (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Alexandre Santos de Aragão (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro – Brasil) – Armando Rovai (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Bruno Dario Werneck – (Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo – Brasil) – Carlos Ari Sundfeld (Fundação Getúlio Vargas – FGV – São Paulo – Brasil) – Clóvis Beznos (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Daniela Campos Libório (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Edgard Hermelino Leite Júnior (Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI – São Paulo – Brasil) – Edimur Ferreira de Faria (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas – Belo Horizonte – Brasil) – Evane Beigelman Kramer (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – São Paulo – Brasil) – Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Gustavo Henrique Justino de Oliveira – (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Inês Coimbra de Almeida Prado (Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI – São Paulo – Brasil) – Ives Gandra da Silva Martins (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM – São Paulo – Brasil) – João Negrini Neto (Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI – São Paulo – Brasil) – José Eduardo Martins Cardozo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – José Virgílio Lopes Enei – (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC – Rio de Janeiro – Brasil) – Kleber Zanchim – (Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais – IBMEC – Rio de Janeiro – Brasil) – Marcelo Figueiredo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Márcio Cammarosano (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Marcos Augusto Perez (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil) – Percival José Bariani Júnior (Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura – IBEJI – São Paulo – Brasil) – Sérgio Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio – Rio de Janeiro – Brasil) – Tácio Lacerda Gama (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP – São Paulo – Brasil) – Tercio Sampaio Ferraz Júnior (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo – Brasil).

REVISTA DE
**DIREITO ADMINISTRATIVO,
INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE**

Journal of Administrative Law, Infrastructure, Regulation and Compliance

Ano 6 • n. 20 • jan./mar. 2022

N. 6 • Issue 20 • Jan./March 2022

Coordenação

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

RICARDO MARCONDES MARTINS

Editor-Chefe

ALEXANDRE GODOY DOTTA

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 2526-8120

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA, REGULAÇÃO E COMPLIANCE

Journal of Administrative Law, Infrastructure, Regulation and Compliance

Ano 6 • n. 20 • jan./mar. 2022

N. 6 • Issue 20 • Jan./March 2022

Coordenação

AUGUSTO NEVES DAL POZZO

RICARDO MARCONDES MARTINS

Editor-Chefe

ALEXANDRE GODOY DOTTA

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade pelas ideias e dos conceitos emitidos em seus trabalhos.

© 2022 edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia

CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 9h às 18h)

Tel.: 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor:

sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão de originais:

www.rdai.com.br

Conheça mais sobre Thomson Reuters

www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [02.2022]

Professional

Fechamento desta edição: [16.12.2021]



ISBN 978-65-5991-397-8

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA, REGULAÇÃO E COMPLIANCE

Journal of Administrative Law, Infrastructure, Regulation and Compliance

Ano 6 • n. 20 • jan./mar. 2022

N. 6 • Issue 20 • Jan./March 2022

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Diego Garcia Mendonça, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Mariane Cordeiro e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Gabrielly N. C. Saraiva, Maria Carolina Ferreira e Sofia Mattos

Capa: Linotec

Imagem da Capa: Freepik.com

Lider de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Visual Law: Maria Angélica Leite, Max Costa e Renata Barowski

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

LINHA EDITORIAL

EDITORIAL LINE

A *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI* – tem por objetivo o aprofundamento do Direito Administrativo, com ênfase no tema da Infraestrutura. Assume uma perspectiva normativista do fenômeno jurídico: considera ser o direito um conjunto de normas vigentes em determinado território. O objeto central da *Revista* são as normas vigentes no território brasileiro, ou seja, o Direito brasileiro. Adota, ademais, como premissa teórica fundamental que o referido conjunto de normas compõe um sistema, dotado de unidade, completude e coerência, com estrutura hierárquica, tendo no ápice as normas constitucionais, de modo que a incompatibilidade de uma norma inferior com a superior leva à invalidade da primeira. Considera, assim, possível um estudo científico desse conjunto normativo, com o intuito de apurar: a) quais normas compõem o sistema normativo; b) qual o sentido e o alcance dessas normas; c) quais delas são inválidas por incompatibilidade com as normas superiores.

A *RDAI* assume uma perspectiva *neoconstitucional*, acreditando que o sistema normativo consagra uma ordem objetiva de valores, vinculante para todos os operadores do Direito; e uma premissa *concretista*, no sentido de que toda interpretação normativa é condicionada pela realidade perante a qual a norma será aplicada. A partir dessas premissas, tendo por norte, em especial, a possibilidade de uma análise científica do Direito – cuja missão principal, insiste-se, é apurar as normas existentes, fixar seu conteúdo e alcance e identificar quais são válidas –, a *RDAI* assume a missão de contribuir para o progresso da Ciência do Direito Administrativo brasileiro. Como desdobramento necessário de sua missão primordial, preordena-se a contribuir para a difusão da compreensão correta das normas de Direito Administrativo e, com isso, para o aprimoramento das relações entre a Administração e o administrado.

Parte também a *RDAI* de uma perspectiva *ético-constitutivista*, no sentido de que a interpretação correta, a ser revelada pela Ciência do Direito, dá-se a partir da contraposição de ideias, em um incessante debate entre os estudiosos do tema. Tendo em vista isso, adota uma postura radicalmente *pluralista e democrática*. Não se filia a uma prévia ideologia ou a uma específica corrente doutrinária. Pelo contrário: assume como pressuposto para o desenvolvimento científico a

necessária compreensão das diversas correntes de pensamento. A atividade científica exige a análise crítica séria e esta pressupõe o conhecimento das posições divergentes. Essa perspectiva é aqui enfatizada: por pressuposição teórica fundamental, a RDAI fomenta a publicação de posições teóricas diversas, alicerçadas em premissas conceituais diferentes. A interpretação correta será descoberta, acredita-se, não pela revelação de um doutrinador, a partir de uma inspiração individual, mas pelo debate entre os estudiosos do tema, o enfrentamento respeitoso dos argumentos e contra-argumentos.

Reconhece, outrossim, como premissa a importância do Direito comparado para a correta compreensão das normas brasileiras. Sem desconsiderar a aludida perspectiva concretista, e o condicionamento da realidade do local a ela inerente, muitos dos institutos incorporados na legislação brasileira foram e são debatidos no direito alienígena. Ademais, muitos dos problemas enfrentados pela Administração e pelos administrados brasileiros são similares aos enfrentados em outros Estados. As reflexões referentes ao direito estrangeiro são, pois, assumidas como fundamentais para o desenvolvimento científico nacional. A RDAI possui, conseqüentemente, o intuito de difundir estudos científicos estrangeiros referentes à temática da revista.

A RDAI enfatiza o tema da infraestrutura, considerada elemento estrutural necessário ao desenvolvimento da sociedade contemporânea, por exemplo, o sistema de transportes – rodovias, transporte coletivo, ferrovias, portos, aeroportos –, saneamento básico – esgotamento sanitário, rede de distribuição de água, coleta e tratamento de lixo, drenagem –, iluminação pública, comunicação – correios e telegráficos, telecomunicações, radiodifusão de sons e de sons e imagens –, produção e distribuição de energia – petróleo, gás natural, pré-sal, hidrelétricas. A partir dessa exemplificação, evidencia-se a vastidão da temática da infraestrutura. O aprofundamento teórico de seu regime jurídico é vital para o aumento da segurança jurídica e, por conseguinte, para o maior desenvolvimento econômico do País.

A infraestrutura impacta, diariamente, a vida das pessoas. Aliar o desenvolvimento econômico com a melhoria de qualidade de vida é o maior desafio imposto àqueles que têm o dever de aperfeiçoar a infraestrutura nacional. O estudo comparado, nesse aspecto, revela os acertos e os desacertos de grandes projetos de infraestrutura realizados ao redor do mundo, viabilizando, com as devidas adaptações, sua adequada implantação em nosso país. Desenvolver projetos de infraestrutura que atendam às expectativas da sociedade e propiciem resultados concretos satisfatórios, alterando beneficentemente a vida do cidadão e permitindo que o País seja competitivo no mercado internacional, é o objetivo principal a ser alcançado pelo aprofundamento científico das respectivas normas setoriais.

Apesar da ênfase temática, a *RDAI* é primeiro uma *Revista de Direito Administrativo* e, só em segundo lugar, de Infraestrutura. A ordem aí tem sua razão de ser: destina-se ao aprofundamento teórico de todos os temas relacionados ao Direito Administrativo e não apenas da temática diretamente associada à infraestrutura. Isso porque todos eles, de forma mais ou menos direta, interferem nela. Deveras, é intuitivo que cada um dos campos setoriais da infraestrutura está intimamente associado a toda temática do direito administrativo. A título de exemplo, todo setor de infraestrutura está vinculado aos temas dos serviços públicos, bens públicos, agentes públicos, organização administrativa etc.

O estudo da Ciência do Direito Administrativo, com ênfase na temática da infraestrutura, exige o aprofundamento da teoria do direito. Esse aspecto é, comumente, desconsiderado nas publicações especializadas da área, mas é a tônica da linha editorial da *RDAI*. Sua vocação científica valoriza a análise conceitual e, pois, o aprofundamento dos institutos à luz da teoria do direito. Justamente por isso, a *Revista* abre-se para publicação de estudos de teoria do direito considerados importantes para o progresso científico do Direito Administrativo.

Acredita-se que os objetivos da *Revista* não serão atingidos apenas com a publicação de artigos científicos. Outras abordagens mostram-se bastante eficazes para o aprofundamento do debate científico. A *RDAI* pretende, por isso, publicar: a) pareceres; b) comentários jurisprudenciais; c) resenhas bibliográficas; d) breves comentários de doutrina; e) entrevistas com grandes nomes do Direito Administrativo brasileiro e da Infraestrutura; f) recentes diplomas normativos; g) comentários a textos normativos.

O Direito Administrativo e o Direito da Infraestrutura constroem-se não apenas na Academia, mas na aplicação prática, no cotidiano forense e administrativo. Pareceres elaborados por juristas de escol sobre a exegese das normas administrativas possuem indiscutível valor científico. Ademais, o conhecimento e o exame de decisões judiciais e administrativas relevantes, a resenha de obras de doutrina editadas recentemente, a apresentação e os comentários de diplomas normativos recém-publicados são de extraordinária pertinência para o aprimoramento do debate. É fundamental para o cientista do direito saber quais são os novos textos normativos, como eles vêm sendo aplicados, quais as novas obras sobre o assunto. A *RDAI*, apesar de ser primordialmente uma revista científica e, por consequência, destinar-se, precipuamente, à publicação de estudos acadêmicos, abre-se, enfim, para a publicação de outras produções jurídicas consideradas úteis para o debate científico.

A Ciência é fruto de um longo processo de reflexão; não se faz Ciência com o desprezo pelos avanços até então obtidos. A *RDAI*, sensível a isso, pretende resgatar os estudos que marcaram o Direito Administrativo brasileiro. A republicação

desses estudos – verdadeiros “divisores de água” nos respectivos temas – é de grande utilidade para os cientistas. Só com a atenção devida ao que já se produziu pode-se ir adiante. Não se trata apenas de uma homenagem àqueles que fizeram a Ciência avançar, e sim de um relevante serviço aos pesquisadores e operadores do Direito. Por evidente, a revisitação desses magníficos trabalhos facilita seu acesso à juventude acadêmica, o que pode ser de inestimável préstimo ao progresso científico.

Com essa linha editorial, os Coordenadores têm absoluta convicção de que a *RDAI* cumprirá sua missão. Sem embargo, este veículo só cumprirá seu papel se contribuir de alguma forma para que o Estado brasileiro atinja seus objetivos constitucionais, discriminados no art. 3º da CF/1988. Em última análise, a *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* invoca para si os mesmos objetivos impostos ao Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Pelas premissas aqui fixadas, o trabalho não se realizará individualmente. Todos, sem exceção, cientistas e operadores do Direito, independente do partido, da ideologia ou da linha de pensamento, estão convidados a embarcar nessa grande viagem rumo ao aprofundamento científico desse ramo fundamental das ciências jurídicas.

AUGUSTO NEVES DAL POZZO
RICARDO MARCONDES MARTINS
Coordenadores

APRESENTAÇÃO

INTRODUCTION

É com grande felicidade que apresentamos o número 20 da *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance – RDAI*, dividido em seis seções.

A primeira seção, destinada ao Direito Administrativo, é subdividida em quatro subseções. A primeira subseção tem por objeto as licitações e os contratos administrativos e traz três trabalhos. O primeiro, intitulado “Sistema de Registro de Preços na Lei 14.133/2021: deveres e obrigações da Administração Pública para com o fornecedor”, de autoria da Mestra Gabriela Pércio, Professora do Centro Universitário Curitiba (Paraná), apresenta relevante contribuição científica sobre o sistema de registro de preços. O segundo, intitulado “*Contracting out is in* – a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e o aperfeiçoamento do ambiente institucional para a ampliação do uso da contratação pública como meio de implementação de políticas públicas”, de autoria do Doutor Thiago Lima Breus, Professor da Universidade Federal do Paraná – UFPR, examina a implementação de políticas públicas à luz da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O terceiro, intitulado “Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020”, de autoria do Doutor José Osório do Nascimento Neto, Professor do Programa Pesquisa Produtividade da Faculdade Estácio Curitiba (Paraná), e do Especialista João Paulo Machado Piratelli, examina as contratações públicas e a Lei da Covid.

A segunda subseção tem por objeto o Direito Administrativo Sancionador e traz o trabalho denominado “Sistema de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa: críticas à Lei 14.230/2021”, de autoria dos Professores Doutores José Roberto Pimenta Oliveira e Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ambos da PUC-SP, no qual examinam a responsabilização por improbidade administrativa à luz das alterações realizadas pela Lei 14.230/2021.

A terceira subseção tem por objeto a intervenção do Estado no domínio econômico e social e traz o trabalho intitulado “Crise do serviço público de educação no contexto da pandemia: implementação de infraestrutura para a melhoria do ensino mediante logística digital em prol da inclusão universalizada e da

igualdade material”, de autoria do Doutor Luiz Alberto Blanchet, Professor da PUCPR (Paraná), e da Especialista Melissa Trento, no qual examinam o relevante e atual tema da implementação da educação pública digital.

A quarta subseção tem por objeto o controle e traz o trabalho intitulado “Revisitando nosso sistema de freios e contrapesos: conflito de atribuição, Poderes do Estado e jurisdição constitucional”, de autoria do Doutor Daniel Guimarães Zveibil, no qual examina com proficiência o conflito entre os Poderes Públicos, em especial tendo em vista a pandemia da Covid-19, teoriza o que chama de “conflito de atribuição”, e propõe a releitura da Constituição. O trabalho, especialmente escrito para a RDAI, retoma a magistral tese de doutoramento do autor, recentemente publicada pela Editora Dialética – *Conflito de atribuição entre poderes do Estado: a tutela judicial do sistema de freios e contrapesos como questão principal*.

A segunda seção, seguindo um padrão estabelecido desde o primeiro número da RDAI, traz trabalhos da doutrina estrangeira. Neste número são publicados quatro trabalhos. O primeiro, intitulado “Imparcialidade Administrativa e Controle Jurisdicional da Decisão”, de autoria do Doutor David Duarte, Professor da Universidade de Lisboa (Portugal), dá continuidade ao estudo publicado na RDAI 19 sobre a “imparcialidade administrativa”, e examina o controle da imparcialidade. Dentre as diversas questões relevantes, teoriza sobre os vícios da imparcialidade, e o faz de modo profundo e inovador. Trata-se da republicação, agora no Brasil, do capítulo final do livro *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, publicado em Portugal, em 1996, e há muito esgotado. O segundo, intitulado “Le patriotisme économique”, de autoria do Doutor Jacques Chevallier, Professor da Université Panthéon-Assas (França). A RDAI republica no Brasil o trabalho originariamente publicado na *La Semaine Juridique*, no qual é examinado o patriotismo econômico, tema de suma relevância para o Direito Público brasileiro. O terceiro, intitulado “Del derecho de petición a la transparencia digital en Colombia”, de autoria do Doutor Augusto Hernández Becerra, Professor da Universidad Externado de Colombia, examina, com profundidade, o direito à transparência no Direito Administrativo colombiano. O quarto, intitulado “Evolución y régimen jurídico de la responsabilidad de los contratistas”, de autoria do Doutor Jaime Pintos Santiago, Professor da Universidad a Distancia de Madrid – UDIMA (Espanha), no qual efetua denso estudo histórico da contratação pública no Direito espanhol.

A terceira seção tem por objeto a publicação de pareceres jurídicos de importância científica para o Direito Administrativo. Neste número, a RDAI publica o parecer do Doutorando Weber Luiz de Oliveira, Procurador do Estado de Santa

Catarina, no qual examina a inaplicabilidade ao adicional de férias do limite com gasto de pessoal estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal.

A quarta seção, seguindo a proposta da linha editorial de apresentar comentários sobre as mais recentes decisões judiciais relacionadas à temática da revista, traz três comentários. O primeiro, de autoria do Doutor Guillermo Glassman, examina a decisão do STF na ADI 5.779 sobre a constitucionalidade da atuação da ANVISA sobre a produção e comercialização de inibidores de apetite de eficácia e segurança controversas. O segundo, de autoria do Doutorando Antonio Carlos Alves Pinto Serrano, examina a decisão do STF no RE 1.209.429, sobre a responsabilidade objetiva do Estado pela atuação policial durante a cobertura jornalística. O terceiro, de autoria do Mestrando Bruno Vieira da Rocha Barbirato, sobre a decisão do STF no MS 35.410/DF, em que se examina a possibilidade de apreciação de inconstitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

A quinta seção traz entrevista inédita, especialmente concedida à RDAI, com o Doutor Fábio Ulhoa Coelho, Professor Titular de Direito Comercial da PUC-SP. Nela examina boa parte de sua riquíssima produção bibliográfica, tratando, entre outros temas, da desconsideração da personalidade jurídica, do poder, da aplicação do CDC à Administração Pública, do Direito Antitruste, do desafio kelseniano, da lógica jurídica, das empresas estatais. Esse breve panorama evidencia a amplitude e a profundidade da entrevista. Não há palavras para registrar o agradecimento da coordenação da RDAI ao Professor Fábio Ulhoa Coelho pela generosidade em nos concedê-la. Dá-se, mais uma vez, continuidade ao que foi iniciado no número 01 da RDAI: trazer ao público depoimentos de importância histórica!

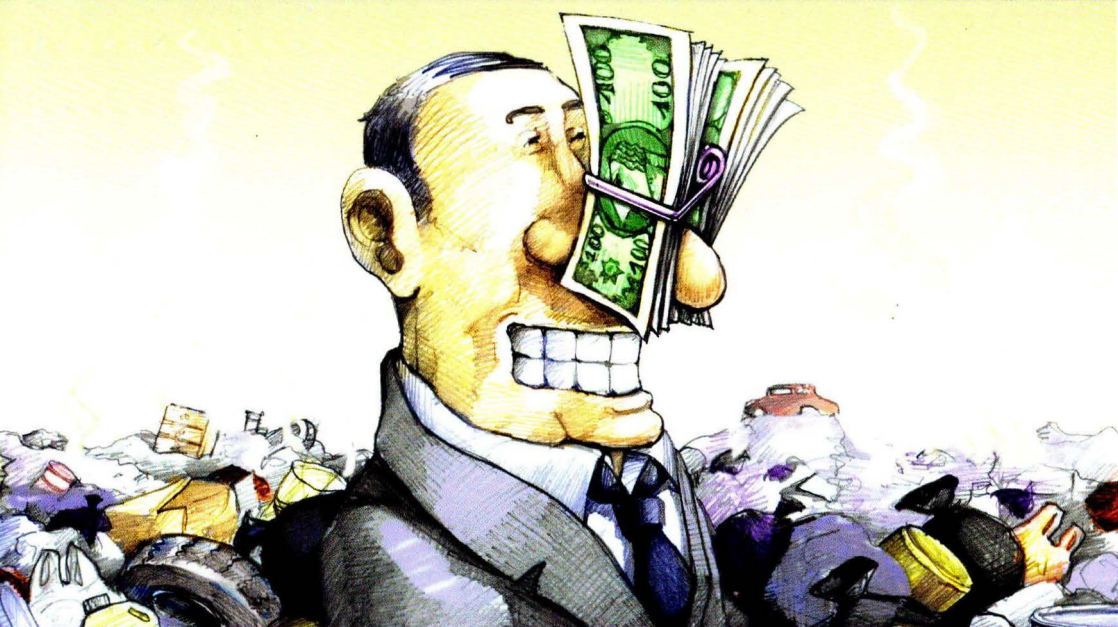
A sexta e última seção, denominada “Memória do Direito Administrativo”, traz ao público estudos que se tornaram referência na doutrina brasileira. Neste número, republicam-se dois memoráveis trabalhos. O primeiro, denominado “Intervenção em serviço público”, de autoria do Doutor Fábio Ulhoa Coelho, foi originariamente publicado em *Estudos de Direito Público* – EDP, Revista da Associação dos Advogados da Prefeitura do Município de São Paulo, no primeiro semestre de 1985. Trata-se de parecer proferido pelo autor, quando exercia o cargo de Procurador do Município de São Paulo, cujo tema é até hoje bastante atual. Com a republicação do trabalho, a RDAI presta homenagem ao Professor Fábio Ulhoa Coelho, por toda sua contribuição ao desenvolvimento científico do direito brasileiro. Publica-se, também, o trabalho denominado “Apontamentos sobre os agentes públicos”, de autoria do Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello, publicado originariamente no número 13 da *Revista de Direito Público* – RDP, periódico publicado pela prestigiada Revista dos Tribunais, no terceiro trimestre de 1970.

A RDAI, acreditam os coordenadores, continua cumprindo plenamente sua *linha editorial*: contribuir para o aprimoramento científico do Direito Administrativo. Registra-se o agradecimento ao Doutor Alexandre Godoy Dotta pelo trabalho empreendido em prol da publicação deste número, bem como à competente equipe da Editora Thomson Reuters Revista dos Tribunais.

AUGUSTO NEVES DAL POZZO
RICARDO MARCONDES MARTINS
Coordenadores

NESTA EDIÇÃO:

**PANORAMA CRÍTICO DA LEI DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, COM AS
ALTERAÇÕES DA LEI 14.230/2021**



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 20

ANO 6 • n. 20 • jan. - mar. • 2022

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 6 • ISSUE 20 • Jan. - Mar. • 2022

SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS NA LEI 14.133/2021: DEVERES E OBRIGAÇÕES
DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA COM O FORNECEDOR

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

1912 • 2022

110
anos

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 20

ANO 6 • n. 20 • jan. - mar. • 2022

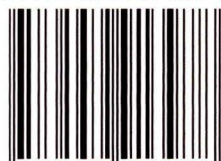
*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 6 • ISSUE 20 • Jan. - Mar. • 2022

Sistema de Registro de Preços na Lei 14.133/2021: deveres e obrigações da Administração Pública para com o fornecedor • *Contracting out is in* – A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e o aperfeiçoamento do ambiente institucional para a ampliação do uso da contratação pública como meio de implementação de políticas públicas • Tecnologia e inovação na gestão pública: enfrentamento de crises com transparência e participação popular no âmbito da Lei 13.979/2020 • Panorama crítico da Lei de Improbidade Administrativa, com as alterações da Lei 14.230/2021 • Crise do serviço público de educação no contexto da pandemia: implementação de infraestrutura para a melhoria do ensino mediante logística digital em prol da inclusão universalizada e da igualdade material • Revisitando nosso sistema de freios e contrapesos: conflito de atribuição, Poderes do Estado e jurisdição constitucional • Imparcialidade Administrativa e Controlo Jurisdicional da Decisão • *Le Patriotisme Économique* • *Del derecho de petición a la transparencia digital en Colombia* • *Evolución y régimen jurídico de la responsabilidad de los contratistas* • Despesa total com pessoal e limites da Lei de Responsabilidade Fiscal. (Im)possibilidade de exclusão do terço de férias • Intervenção em Serviço Público • Apontamentos sobre os agentes públicos.

ISSN 2526-8120

ISBN 978-65-5991-397-8



9 786559 913978

Ajude-nos a melhorar
cada vez mais nossos
produtos, acesse o
QR Code e responda
nossa pesquisa!



Visual Law

THOMSON REUTERS®



THOMSON REUTERS®

Os servidores (note-se) admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada serão regidos na forma de lei especial (art. 106). O dispositivo em apreço consagra a possibilidade de admissão de agentes segundo um regime alheio ao do funcionalismo, quando se tratar de serviço temporário ou função especializada de caráter técnico. Qual a lei especial a que se reporta o texto? Lei federal, porventura? De acordo com a Carta Constitucional de 1967, antes da Emenda de 1969, o gênero de atividade referida disciplinava-se pela legislação trabalhista, conforme previsão do então art. 104. Parece-nos que o texto do art. 106 visa tão-só a afastar a possibilidade de admissões temporárias ou para funções de natureza especializada, subordinadas a regime idêntico ao do funcionalismo. Sendo assim, a lei complementar para disciplina de tais servidores será estadual, municipal ou federal, conforme a pessoa jurídica que reclame os mencionados serviços. A única limitação é a impossibilidade de estender aos admitidos para tais atividades a mesma legislação aplicável aos seus funcionários. Desejou a Lei Magna, de um lado, afastar as normas trabalhistas e, de outro, obstar a atribuição dos mesmos direitos funcionais ou equiparações que viessem a nivelar funcionários e servidores admitidos para os serviços referidos. Sendo esta – segundo entendemos – a intenção do texto, e apenas desta, nada autoriza a supor que o regime destes servidores seja o estabelecido em lei federal, para tal fim editada.

Outro princípio de suma importância é o contemplado no art. 107 e seu parágrafo único. De acordo com ele, firma-se a responsabilidade do Estado e demais pessoas de direito público pelas lesões a terceiros, causadas por seus funcionários agindo nessa qualidade, respondendo estes, perante o Estado, regressivamente, quando hajam procedido com dolo ou mesmo culpa.

Afinal, a carta Constitucional estabelece que é a Justiça Federal a jurisdição competente para processar e julgar as causas entre a União, suas autarquias e empresas públicas, decorrentes das relações de trabalho com seus servidores, sejam quais forem os regimes jurídicos destes. Em suma, o propósito é afastar a Justiça do Trabalho de tais litígios, atribuindo-os à Justiça Federal.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Mandado de segurança e controle jurisdicional da função pública, de Ricardo Marcondes Martins – *RePro* 163/60-103.