

**Matheus Carvalho**

Manual de  
**Direito**  
**Administrativo**

**12<sup>a</sup>**  
**Edição**

---

revista  
atualizada  
ampliada

**2024**

 **EDITORA**  
*Jus***PODIVM**  
[www.editorajuspodivm.com.br](http://www.editorajuspodivm.com.br)

## CAPÍTULO 12

# SERVIÇOS PÚBLICOS

**SUMÁRIO** • 1. Conceito – 2. Princípios: 2.1. Dever de prestação pelo Estado; 2.2. Modicidade; 2.3. Atualidade; 2.4. Cortesia; 2.5. Economicidade; 2.6. Generalidade; 2.7. Submissão a controle; 2.8. Continuidade: 2.8.1. Greve de agentes públicos; 2.8.2. Inadimplemento do usuário do serviço; 2.8.3. *Exceptio non adimpleti contractus*; 2.8.4. Ocupação temporária de bens e substituição; 2.9. Isonomia – 3. Formas de prestação do serviço público – 4. Classificação – 5. Delegação Contratual de Serviços – 6. Concessão de Serviços Públicos: 6.1. Poder concedente: 6.1.1. Direitos e obrigações dos concedente; 6.2. Concessionária; 6.3. Usuários do serviço; 6.4. Procedimento licitatório: 6.4.1. Modalidades licitatórias diferenciadas; 6.5. Formalização dos contratos de concessão de serviço público; 6.6. Intervenção; 6.7. Duração do contrato de concessão; 6.8. Arbitragem; 6.9. Subconcessão; 6.10. Remuneração da concessionária; 6.10.1. Assunção do controle da empresa pelos financiadores 6.11. Extinção do contrato de concessão – 7. Parceria Público-Privada – PPP: 7.1. Espécies de Parcerias; 7.2. Cláusulas dos contratos de Parceria Público-Privada; 7.3. Características específicas das parcerias; 7.3.1. Compartilhamento de riscos e de ganhos decorrentes da redução do risco; 7.3.2. Financiamento do setor privado; 7.3.3. Pluralidade compensatória; 7.3.4. Garantias do parceiro público; 7.3.5. Diretrizes da lei de PPP; 7.3.6. Procedimento licitatório; 7.3.7. Sociedade de Propósito Específico; 7.3.8. Normas aplicadas no âmbito federal para os contratos de Parcerias Público-Privadas - 8. Permissão de Serviço Público - 9. Autorização de serviço público - 10. Consórcios Públicos - 11. Aprofundamento para provas subjetivas – Administração Dialógica - 12. Aprofundamento para provas subjetivas – consórcios públicos entre união e municípios - 13. Quadro Sinóptico - 14. Súmulas: 14.1 Súmulas do STF; 14.2 Súmulas do STJ - 15. Jurisprudências 2021/2022: 15.1. Informativos do STF – 16. Questões de Concurso.

## 1. CONCEITO

O conceito de serviços públicos vem sofrendo algumas alterações ao longo da história, e a definição dessas atividades, ainda na doutrina moderna, encontra divergências. Os primeiros estudos acerca da matéria surgiram na França, com a criação da Escola do Serviço Público – que seguia as orientações de Leon Duguit. À época, se defendia que o Direito Administrativo teria por objeto unicamente a disciplina jurídica dos serviços públicos, ou seja, os serviços prestados pelo Estado a toda a coletividade, necessários à coexistência dos cidadãos, considerando-se como serviço qualquer atividade executada pelo Estado, desde que fosse realizada com a finalidade de satisfazer as necessidades coletivas.

Ocorre que a noção de serviços públicos foi influenciada pela doutrina mais moderna de forma a restringir o seu conceito. Com efeito, tradicionalmente, a conceituação de serviço público era muito abrangente, abarcando toda atuação do Estado, na busca do interesse público, sem efetivar a distinção em relação às demais atividades administrativas.

Atualmente, a doutrina vem considerando fundamental diferenciar as atividades do Estado, traçando as distinções entre serviços públicos, exploração de atividade econômica pelo Estado, execução de obras públicas e exercício do poder de polícia, mesmo sendo todas essas atividades orientadas de forma a garantir o interesse da coletividade.

Ademais, a definição das atividades que podem ser abrangidas pelo conceito de serviços públicos não é estática, haja vista as mudanças decorrentes das novas necessidades dos cidadãos e da diversidade de culturas. Neste sentido, pode-se estabelecer que uma mesma atividade será considerada serviço público em uma determinada sociedade e em uma determinada

época, não o sendo em momentos históricos diversos ou em uma civilização que tenha uma cultura diferenciada. Compete à Constituição e à legislação infraconstitucional definir quais as atividades que serão rotuladas neste conceito. Podem ser citados como exemplos os serviços de telefonia e de radiodifusão de sons e imagens (televisão), que, há algum tempo, atrás, eram usufruídos por poucos cidadãos e limitados a determinadas camadas da população.

Dessa forma, a conceituação de determinada atividade como serviço público depende da conjunção de 3 (três) elementos, a saber:

- **Substrato material** – o serviço público é uma comodidade ou utilidade fruível pelo particular, de forma contínua, sem interrupções indevidas. Enfim, configura prestação de atividade continuada pela Administração Pública, na busca do interesse público, fornecendo uma comodidade que será usufruída por toda a sociedade. Nestes casos, o Estado assume essas condutas, de forma a oferecer aos cidadãos as benesses decorrentes da vida em sociedade.
- **Substrato formal** – o serviço público é regido por normas de direito público. Fala-se que o regime de prestação do serviço é um regime público, ainda que prestado por particulares em regime de delegação. Isso decorre do fato de que estas atividades são prestadas com a intenção de se beneficiar toda a coletividade, não visando a obtenção de vantagens ou interesses egoísticos de determinados cidadãos – caso contrário, o ente público não assumiria, como sua, a execução. Da mesma forma, a doutrina não considera serviço público o serviço prestado com a intenção de beneficiar pequenos grupos da sociedade, como uma rádio amadora, por exemplo.
- **Elemento subjetivo** – o serviço público deve ser prestado pelo Estado de forma direta ou indireta. Para a doutrina moderna, se o serviço público não for prestado pelo Estado (ainda que indiretamente) não poderá ser conceituado como serviço público, mesmo que se direcione aos interesses da coletividade. Pode-se definir, de forma adequada, que o Estado deverá promover a prestação do serviço – seja mediante prestação direta ou por meio da delegação da execução destas atividades a particulares, consoante disposto no art. 175 da Carta Magna.

Portanto, pode-se definir que será considerado serviço público toda atividade executada pelo Estado de forma a promover à sociedade uma comodidade ou utilidade, usufruída individualmente pelos cidadãos, visando ao interesse público, gozando das prerrogativas decorrentes da supremacia estatal e sujeições justificadas pela indisponibilidade do interesse público. Por fim, a atividade deve ser prestada pelo poder público, de forma direta ou mediante delegação a particulares que atuarão por sua conta e risco.

Esse é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>, que dispõe que a atividade pode ser definida “*como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade*”.

Tratados os elementos formadores do conceito de serviço público, resta diferenciar a prestação de serviços públicos, das outras atividades do Estado, também realizadas na busca

---

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos – Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Lumen Juris, 25ª, 2012.

do interesse de todos. Com efeito, para satisfazer os interesses da sociedade, a Administração Pública executa uma série de atividades que não podem ser confundidas com a prestação de serviços, como é o caso da exploração de atividade econômica pelo poder público ou do exercício do poder de polícia, o qual tem a finalidade de controlar atividades particulares que repercutem nos interesses de toda a sociedade. Ademais, o ente estatal executa obras públicas para facilitar a execução de suas finalidades essenciais.

Nestes termos, devem ser analisadas quais as principais distinções entre a prestação do serviço público propriamente dito e as demais atividades executadas pelo Estado.

- **Obra Pública** – A obra pública é uma atividade estanque, com projeto que determina início e fim das atividades. O serviço difere da execução de obras porque é uma atuação constante, configurando comodidade prestada de forma contínua. Os conceitos causam algumas confusões pelo fato de que, em diversas situações, a obra pública é indispensável à prestação de determinado serviço, mas com ele não se confunde. Por exemplo, não se pode confundir a obra do hospital com a prestação do serviço de saúde, ou a obra de um metrô com o serviço de transporte; não obstante em ambos os casos ser a obra necessária à execução do serviço público.
- **Poder de Polícia** – O poder de polícia configura uma restrição e não uma comodidade. Na busca do interesse público, o Estado restringe o exercício de liberdades e o uso da propriedade. Trata-se de atuação restritiva do poder público, diferentemente da prestação do serviço que é medida ampliativa. Saliente-se que, mesmo nas hipóteses em que o ato de polícia configura um consentimento estatal, – como ocorre, por exemplo, no caso de uma licença para construir ou uma autorização para porte de armas – o poder público define limites ao exercício da atividade privada, tratando-se, portanto, de medida restritiva e não ampliativa.
- **Exploração de atividade econômica** – Quando o ente estatal atua no mercado, explorando atividade econômica, submete-se às normas de direito privado, não se beneficiando das prerrogativas de poder público. Por exemplo, uma empresa pública que explora atividade econômica não usufrui de imunidade tributária nem se responsabiliza por seus atos, nos moldes do artigo 37, §6º, da Constituição Federal, sendo-lhe aplicadas as regras atinentes ao direito privado. Nesse sentido, o art. 173 da Carta Constitucional define que o Estado somente poderá intervir na atividade econômica quando necessário por razões de interesse coletivo ou por imperativo da segurança nacional, não havendo execução de atividades estatais com finalidade lucrativa.

Sendo assim, o conceito de serviços públicos tem relevância na medida em que o tratamento dado a essas atividades não se deve confundir com a execução das demais atividades desenvolvidas pelo ente estatal.

## 2. PRINCÍPIOS

O serviço público está submetido ao regime de direito público, o que significa que deve obediência aos princípios de Direito Administrativo definidos, no texto constitucional, de forma expressa ou implícita. Ressalte-se desde já que todos os princípios de Direito Administrativo, já analisados no capítulo específico desta obra são aplicáveis à prestação do serviço

público. Sendo assim, o Estado deve observar, na prestação de serviços, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Da mesma forma, deve atuar de modo a respeitar a razoabilidade e proporcionalidade, entre outros.

Todavia, alguns princípios são definidos pela lei 8.987/95 (que regulamenta a prestação dos serviços públicos, bem como a concessão e a permissão feita a particulares) e devem ser analisados de forma cuidadosa em relação a estas atividades. Nesta esteira, deverá ser analisado cada um destes preceitos isoladamente.

## 2.1. Dever de prestação pelo Estado

Trata-se de princípio definido pela doutrina, estabelecendo que o poder público não poderá se escusar da prestação de serviços públicos, configurando-se poder-dever do ente estatal, que tem a possibilidade de prestá-lo diretamente ou por particulares, mediante contratos de concessão e a permissão.

De fato, o serviço poderá ser executado pelo Estado de forma centralizada, admitindo-se a descentralização como forma de garantir-se o princípio da especialidade e a busca de maior eficiência na prestação da atividade. Nestes casos, a descentralização pode ser feita aos entes da Administração Indireta ou aos particulares. Em todos os casos, a Administração se mantém responsável subsidiariamente ao prestador direto, por qualquer dano decorrente da prestação do serviço cuja execução foi transferida.

A omissão do Estado no dever de prestação do serviço público, seja de forma direta ou indireta, configura abuso de poder e justifica, inclusive, responsabilidade civil, caso algum dano decorra do seu não agir.

## 2.2. Modicidade

A modicidade das tarifas também é princípio atinente ao tema em estudo, determinando que as tarifas cobradas para os usuários dos serviços sejam as mais baixas possíveis, a fim de manter a prestação do serviço à maior parte da coletividade. Alguns doutrinadores mais tradicionais chegavam a pregar a aplicação do princípio da gratuidade, não admitindo a cobrança de tarifas pela execução das atividades públicas. Trata-se de entendimento superado pela doutrina moderna que admite a cobrança desde que a preços módicos.

Ressalte-se que este princípio visa a garantir a prestação do serviço à maior parte das pessoas possível, uma vez que a cobrança de valores exorbitantes limitaria a fruição a determinadas camadas da população, excluindo as demais de atividade essencial a seu bem-estar.

Na busca pela prestação do serviço a custo baixo, a legislação permite que a empresa concessionária preveja a inclusão de **fontes alternativas de receitas**, para evitar o aumento das tarifas dos serviços executados. Nesse sentido, o art. 11 da lei 8.987/95 determina que *“No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas...”*

Sendo importante ressaltar que as fontes de receita alternativas serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ensejando

uma diminuição dos valores das tarifas como forma de atender ao interesse público, sem causar prejuízos ou diminuição de lucro da empresa contratada.

### 2.3. Atualidade

Também chamado de princípio da **adaptabilidade**, estabelece que a prestação do serviço público deve, sempre, ser feita dentro das técnicas mais modernas. Logo, dentro das possibilidades, o poder público deve buscar atualização nas técnicas de prestação do serviço. Não se considera viável, a título de exemplo, que, nos tempos atuais, determinado município invista dinheiro na criação de uma linha de transporte de bonde elétrico.

O art. 6º, §2º da lei 8.987/95, ao tratar deste preceito, define que “*atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço*”.

Trata-se de princípio diretamente ligado ao dever de **eficiência** imposto ao Estado na execução de suas atividades, haja vista o entendimento de que a evolução técnica visa à garantia de um serviço mais seguro e com melhores resultados.

### 2.4. Cortesia

Estampa o dever do prestador de serviço público de ser cortês e educado em sua prestação, ao tratar com o usuário. Também é regulamentado pelo art. 6º, §1º da Lei 8.987/95, que estipula que, para se considerar adequada a atividade estatal, deve-se atentar para o bom trato com os particulares que usufruirão dos serviços executados.

### 2.5. Economicidade

A economicidade carrega a noção de prestação do serviço de forma eficiente, com resultados positivos à sociedade e com gastos dentro dos limites da razoabilidade. Saliente-se que se costuma considerar este preceito no que tange à qualidade e também à quantidade de serviço prestado, evitando-se uma execução morosa por parte do servidor.

### 2.6. Generalidade

Conceituado por alguns estudiosos como princípio da **universalidade**, a norma define que serviço deverá ser prestado à maior quantidade de pessoas possível. A prestação geral, exigência da lei, se contrapõe à prestação setorizada, que beneficiaria somente algumas camadas da sociedade ou pessoas determinadas.

Nesse sentido, não se admite que o serviço público seja direcionado a uma pessoa ou grupo específico, em atenção ao princípio da impessoalidade na prestação. Com efeito, a execução da atividade será a mesma independentemente da pessoa que será beneficiada ou atingida.

### 2.7. Submissão a controle

Os serviços públicos devem ser controlados pela sociedade, assim como pela própria Administração Pública, como forma de garantia dos demais princípios, se admitindo, inclusive, o controle efetivado pelos demais poderes, desde que nos limites definidos pelo texto

constitucional. Dessa forma, o Poder Judiciário pode, quando provocado, analisar a legalidade na prestação das atividades estatais, bem como o Poder Legislativo realiza o controle financeiro.

Como garantia deste controle, a prestação dos serviços deve ser transparente, em observância ao dever de publicidade dos atos estatais e todas as condutas praticadas no decorrer de sua gestão devem ser devidamente motivadas, de forma a justificar a tomada de decisões, sejam os atos vinculados ou discricionários, nos moldes da lei.

Com efeito, o dever de motivação dos atos praticados na execução de serviços públicos garante ao cidadão que a Administração Pública apresentará todas as razões de fato e de direito que justificaram suas condutas.

## 2.8. Continuidade

Traduz-se na ideia de prestação ininterrupta da atividade administrativa e dos serviços prestados à coletividade, evitando interrupções indevidas, sendo designado, por uma parcela da doutrina, como **princípio da permanência**.

Configura-se, portanto, na exigência de que a atividade do Estado seja contínua, não podendo parar a prestação dos serviços e nem comportando falhas ou interrupções, já que muitas necessidades da sociedade são inadiáveis – como é o exemplo dos serviços de fornecimento de água, transporte público, iluminação pública e segurança pública, bem como fornecimento de energia elétrica à população em geral. Tal princípio está expressamente regulamentado, no art. 6º, §1º, da Lei 8.987/95, como necessário para que a atividade administrativa seja considerada adequada em sua execução. Para os estudiosos da matéria, este princípio se encontra, ainda, implícito no texto constitucional, em razão do dever de prestação de serviços de forma adequada às necessidades coletivas.

Vale ressaltar que o princípio da Continuidade está intimamente ligado ao princípio da Eficiência, haja vista se tratar de garantia de busca por resultados positivos, sem que sejam estes frutos prejudicados pela ausência de prestação, mesmo que por um determinado tempo.

Consoante explicitado no capítulo referente ao regime jurídico administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> trata a norma como um subprincípio, decorrente do princípio da **obrigatoriedade do desempenho da atividade pública**. Assim, o eminente doutrinador dispõe, acerca do tema, que “*Outrossim, em face do princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, típico do regime administrativo, como vimos vendo, a Administração sujeita-se ao dever de continuidade no desempenho de sua ação. O princípio da continuidade do serviço público é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade de desempenho da atividade administrativa*”.

Da análise deste princípio, decorrem algumas consequências à execução das atividades estatais que ensejam alguns questionamentos, senão vejamos.

### 2.8.1. Greve de agentes públicos

Trata-se de discussão que tem por base o fato de que o movimento paredista do servidor poderia interromper ou tornar inviável a execução dos serviços públicos, haja vista a necessidade

2. MELLO, Celso Antônio Bandeira de – Curso de Direito Administrativo. São Paulo:Malheiros,6ª ed.2009.

de ausência dos servidores para adesão à greve, causando prejuízos à sociedade, mais especificamente aos particulares que dependem das atividades paralisadas.

Acerca do questionamento efetivado, inicialmente, cumpre ressaltar que, por expressa vedação constitucional, os servidores militares não têm direito de greve nem de sindicalização, sejam eles das forças armadas, policiais militares estaduais ou integrantes do corpo de bombeiros militar dos estados. A vedação está definida no art. 142, §3º, IV, da Carta Magna, ao estipular que “*ao militar são proibidas a sindicalização e a greve*”. Com efeito, essas corporações executam atividades em carreiras direcionadas pela disciplina e hierarquia intensas, considerando-se falta grave a paralisação das atividades pela busca de melhores condições de trabalho. Ademais, estes agentes prestam serviços diretamente ligados à segurança nacional, cuja paralisação causaria prejuízos incalculáveis a toda a coletividade.

Nos últimos anos, o país presenciou diversas greves de servidores militares estaduais, que ensejaram o caos nas respectivas cidades onde ocorreram. No ano de 2017, os policiais militares do Espírito Santo fizeram uma greve que durou cerca de 21 dias. Essa greve é violadora do ordenamento jurídico pátrio e deve ensejar sanções aos seus participantes. Vejamos reportagem de O GLOBO:

**Termina a greve da PM no Espírito Santo após 21 dias de caos e insegurança**

*Acordo entre familiares de policiais e governo foi intermediado pelo Ministério Público do Trabalho*

**POR BRUNO DALVI, ESPECIAL PARA O GLOBO**

25/02/2017 11:21 / atualizado 25/02/2017 13:22

Leia mais: <https://oglobo.globo.com/brasil/termina-greve-da-pm-no-espírito-santo-apos-21-dias-de-caos-inseguranca-20982836#ixzz4tLAg6laNstest>

Vale salientar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 654432, ao qual se deu repercussão geral, afirmou o entendimento de que a **vedação ao direito de greve também se estende aos policiais civis**. A tese firmada dispõe que “(1) *o exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. (2) É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do artigo 165 do Código de Processo Civil, para vocalização dos interesses da categoria*”

Em sentido oposto, ao servidor público civil é garantido constitucionalmente o direito de greve e sindicalização. Observe-se que, ao tratar dos servidores públicos civis, em seu art. 37, VII, a Constituição da República garantiu o direito de greve a estes agentes nos termos e condições estabelecidos em lei específica.

O direito à livre associação sindical também tem base constitucional para esses agentes, haja vista a previsão de seu art. 37, VI, sendo que a doutrina brasileira considera que essa garantia está definida em dispositivo constitucional de eficácia plena, não dependendo de qualquer regulamentação para que seja exercido o direito pelos servidores públicos.

No entanto, em relação ao direito de greve, a matéria foi alvo de discussão doutrinária. De fato, alguns estudiosos consideram que este direito está disposto na Carta Magna, em norma de eficácia contida – ou seja, regra que admite aplicação direta, embora possa ser posteriormente regulada por lei que conterà seus efeitos. Contudo, outra parte da doutrina defende a ideia

de que a greve dos servidores está posta em dispositivo constitucional de eficácia limitada, dependendo, nesse sentido, de regulamentação constitucional para o seu pleno exercício.

Em relação ao tema, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que o direito de greve é norma de eficácia limitada, ou seja, não obstante o servidor tenha a garantia definida na Constituição, o exercício do direito fica limitado à edição de lei específica que o regulamente e, enquanto não for editada a lei, o exercício da prerrogativa será impossível.

Assim, diante da ausência de lei específica a tratar da matéria, o exercício do direito de greve do servidor fica prejudicado e os agentes estatais não podem realizar movimentos paredistas, a despeito da garantia constitucional.

Ocorre que a ausência de legislação, nestes casos, configura inconstitucionalidade por omissão, uma vez que a prerrogativa está disposta na Carta Magna e a falta de regulamentação impede a concretização do dispositivo. Nesta esteira, no que tange aos servidores civis, o Supremo Tribunal Federal determinou ao julgar Mandado de Injunção<sup>3</sup> referente à matéria que, enquanto não houver lei específica a regulamentar a greve dos servidores, será utilizada a lei geral de greve (Lei 7.783/89) para o exercício desse direito. Tal entendimento visa a garantir que a omissão legislativa não cause prejuízos a direito constitucional e vem sendo reiterado pela Suprema Corte. Todavia, deve-se entender que a não prestação do serviço público enseja a paralisação do pagamento da contraprestação, representada, *in casu*, pela remuneração devida aos agentes, sob pena de se configurar enriquecimento sem causa, em detrimento do dinheiro público.

Ainda na discussão acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, se o servidor exercer o direito de greve de forma lícita, ou seja, em obediência às normas definidas na lei 7.783/89, embora não tenha direito à remuneração pelos dias parados, haja vista não tenha havido a prestação do serviço a ensejar o pagamento da contraprestação, não deve sofrer o corte da remuneração durante o exercício deste direito, desde que o movimento paredista tenha sido realizado licitamente, sob pena de se considerar coerção indevida do poder público.

Nesses casos, o servidor, ao terminar a greve, ficará sujeito à compensação pelos dias parados, sendo obrigado a ressarcir o erário. Neste sentido, analisemos o julgado que trata acerca do tema, proferido pela Corte.

SERVIDORES PÚBLICOS. GREVE. LEGITIMIDADE. PAGAMENTO. DIAS PARADOS.

É cediço que a lei de greve do serviço público ainda não foi regulamentada, mas, após o julgamento no STF do mandado de injunção 708-DF, DJe 30/10/2008, determinou-se a aplicação das Leis ns. 7.701/1988 e 7.783/1989 enquanto persistir essa omissão quanto à existência de lei específica, nos termos previstos no art. 37, VII, da CF/1988. Este Superior Tribunal, consequentemente, passou a ter competência para apreciar os processos relativos à declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve de servidores públicos civis, bem como às respectivas medidas acautelatórias, quando as greves forem nacionais ou abrangerem mais de uma unidade da Federação. Também no citado mandado de injunção, o STF, ao interpretar o art. 7º da Lei n. 7.783/1989, entendeu que com a deflagração da greve ocorre a suspensão

3. Neste sentido, já foram proferidos julgamentos similares em três Mandados de Injunção impetrados diretamente perante o Supremo Tribunal Federal, quais sejam, o MI n. 670, o MI n. 708 e o MI n. 712. Em todos os casos, foi determinado pela corte a aplicação da lei 7.783/89, como forma de suprir a omissão decorrente da ausência de lei específica a regulamentar o direito constitucional de greve dos servidores públicos.

do contrato de trabalho. Assim, não devem ser pagos os salários dos dias de paralisação, a não ser que a greve tenha sido provocada por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais as quais possam justificar essa suspensão do contrato de trabalho. Anotou-se que, reiteradas vezes, em casos análogos, o STF tem decidido no mesmo sentido. Na hipótese dos autos, os servidores em greve pertencentes à carreira da Previdência, da Saúde e do Trabalho buscam a criação de carreira exclusiva para o Ministério do Trabalho, disciplinada pela Lei n. 11.357/2006. Consta que os servidores somente deflagraram a greve após ter sido frustrado o cumprimento do termo de acordo firmado, em 25/3/2008, entre as entidades sindicais representativas da classe e o Governo Federal, este representado por secretários. Para não ser considerada ilegal a greve, antes de deflagrarem o movimento, expediram a comunicação e a devida notificação extrajudicial ao Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão. Neste Superior Tribunal, em relação a essa greve, foi interposta medida cautelar preparatória a dissídio coletivo sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve e petição que cuida de dissídio coletivo, ambas ajuizadas pela Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal (CONDSEF) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social da Central Única dos Trabalhadores (CNTSS/CUT) e outra petição (ação declaratória) ajuizada pela União. O Min. Relator considerou legal a greve, fazendo uma análise do ordenamento jurídico, da interdependência dos Poderes, do direito de greve e do princípio da dignidade humana. Assim, afirmou, que, embora o termo de acordo firmado não configure acordo ou convenção coletiva de trabalho, não tenha força vinculante, nem seja ato jurídico perfeito em razão dos princípios da separação dos Poderes e da reserva legal (arts. 2º, 61, § 1º, II, **a e c**, e 165 da CF/1988), constitui causa legal de exclusão da alegada natureza abusiva da greve, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 7.783/1989. Quanto ao pagamento dos vencimentos durante o período de paralisação, o Min. Relator ressaltou ponto de vista quanto à natureza da disciplina legal e constitucional do servidor público, a exigir um mínimo de regramento para a criação de um fundo destinado a fazer frente à não percepção de vencimentos durante a suspensão do vínculo funcional, o que, pela sua excepcionalidade, poderia justificar a não suspensão do pagamento. Entretanto, assevera que não há como ignorar a jurisprudência do STF e a natureza particular de necessidade da formação desse fundo devido à suspensão do vínculo funcional no período de greve. Diante desses argumentos, entre outros, a Seção declarou a legalidade da paralisação do trabalho, determinando que a União se abstenha de promover qualquer ato que possa acarretar prejuízo administrativo funcional e financeiro aos grevistas, mas que haja regular compensação dos dias paralisados sob pena de reposição ao erário dos vencimentos pagos, nos termos do art. 46 da Lei n. 8.112/1990. Precedentes citados do STF: AI 799.041-MG, DJe 31/5/2010; RE 456.530-SC, DJe 31/5/2010; RE 480.989-RS, DJe 11/5/2010; RE 538.923-PA, DJe 16/3/2010, e MI 3.085-DF, DJe 1º/9/2010. **MC 16.774-DF**, **Pet 7.920-DF**, e **Pet 7.884-DF**, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgados em 22/9/2010 (ver Informativo n. 440).

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal, em 2016, na análise do Recurso Extraordinário nº 693.456, decidiu, apreciando o tema da repercussão geral, por unanimidade, por maioria, na parte conhecida, fixar tese nos seguintes termos: ***“A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público”***.

Sendo assim, considera-se que o direito de greve do servidor configura uma exceção ao princípio da continuidade, uma vez que enseja uma diminuição no ritmo dos serviços executados. Dessa forma, deverá ser exercido, respeitando os limites definidos na legislação pertinente, de modo a se evitar a paralisação total da atividade pública e o prejuízo aos usuários, indevida e inconstitucionalmente.

Outrossim, ainda que a greve seja lícita, se não decorrer da prática de ato ilegal por parte da Administração, será admitido o corte da remuneração dos servidores grevistas, sem prejuízo de pagamentos posteriores, caso seja firmado acordo de compensação.

Por fim, discute-se acerca da competência judicial para analisar as controvérsias decorrentes dos movimentos paredistas realizados por servidores públicos: a Justiça Comum terá legitimidade para julgar as greves realizadas pelos empregados públicos, sejam eles estatutários ou regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte tese de repercussão geral<sup>4</sup>:

*"A Justiça comum, Federal e estadual, é competente para julgar a abusividade de greve de servidores públicos celetistas da administração direta, autarquias e fundações públicas."*

### 2.8.2. Inadimplemento do usuário do serviço

A Lei 8.987/95, em seu art. 6º, §3º, estabelece expressamente que é possível a interrupção das atividades estatais em algumas situações. Nesse sentido, define o texto legal que “*Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em **situação de emergência** ou após **prévio aviso**, quando: I - motivada por **razões de ordem técnica** ou de **segurança das instalações**; e, II - por **inadimplemento do usuário**, considerado o interesse da coletividade*”.

Assim, podem ser verificadas duas situações diversas: a interrupção decorrente de razões de ordem técnica, alheias à vontade do prestador e dos usuários em geral e aquela que é feita deliberadamente pelo poder público ou por quem atue na execução da atividade administrativa, por delegação, motivado pelo não pagamento dos particulares que usufruem da atividade.

No que tange à interrupção por motivos de **ordem técnica**, não há discussão doutrinária acerca da sua regularidade, haja vista a impossibilidade fática de garantir-se a execução da atividade. Nesses casos, pode-se estabelecer que a queda de um poste de transmissão de energia ensejará a interrupção do serviço de energia elétrica em determinada área até que seja reparado o dano decorrente do evento acidental; assim como a necessidade de conserto do encanamento de determinado logradouro deverá ensejar a interrupção do serviço de esgoto e de abastecimento de água até que seja solucionado o problema.

Por seu turno, no que tange à interrupção por **inadimplemento do usuário**, não obstante se trate de matéria divergente na doutrina nacional, a princípio a possibilidade de paralisação do serviço deve ser considerada constitucional, bastando que o usuário seja previamente avisado, nos moldes exigidos pela legislação, ora transcrita. Com efeito, a maioria dos estudiosos entende que esta regra é não somente adequada ao texto da Constituição Federal como também garantidora do princípio da continuidade, uma vez que a manutenção de serviços públicos àqueles que estão inadimplentes pode ensejar a impossibilidade futura de que a atividade seja mantida a todos os que estão adimplentes com suas prestações, em virtude da inviabilidade econômica que será causada ao prestador.

Trata-se, ainda, de aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, permitindo ao Estado que interrompa o serviço em relação a um determinado

4. Tese aprovada em agosto de 2017, no julgamento plenário do RE 846.854.

cidadão inadimplente como forma de manter a prestação aos demais particulares que estão cumprindo regularmente com o dever de pagar a contraprestação pela atividade estatal.

Ademais, pode-se definir que haverá enriquecimento sem causa do particular que tiver garantida a manutenção da prestação do serviço público sem arcar com os custos dela decorrentes. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já proferiu algumas decisões<sup>5</sup>.

Analisemos um julgado da corte acerca da matéria, permitindo a paralisação de uma atividade em decorrência da inadimplência do usuário.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIÇO PÚBLICO. FORNECIMENTO DE ÁGUA. INTERRUPTÃO. ART. 6, § 3º, INCISO II, DA LEI N. 8.987/95. LEGALIDADE.

1. Nos termos da Lei n. 8.987/95, não se considera quebra na continuidade do serviço público a sua interrupção em situação emergencial ou após prévio aviso quando motivada pelo inadimplemento do usuário. Assim, inexistente qualquer ilegalidade ou afronta às disposições constantes do Código de Defesa do Consumidor no corte do fornecimento de água ao usuário inadimplente.

2. Recurso especial improvido. Processo REsp 596320/PR; RECURSO ESPECIAL 2003/0166715-8

Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 12/12/2006

É importante ainda ressaltar que, em sentido contrário, alguns doutrinadores se orientam apontando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que admite a interrupção do serviço por inadimplemento do usuário, haja vista a violação ao dever de continuidade implícito na Constituição Federal, devendo o prestador manter a execução da atividade, somente se admitindo que faça paralelamente a cobrança judicial dos valores não pagos. Algumas decisões isoladas de tribunais vêm admitindo esse entendimento, considerando que o corte na prestação do serviço como forma de compelir o particular ao pagamento das suas tarifas extrapola os limites da lei. Todavia, conforme explicitado, essa posição é minoritária.

5. Algumas decisões do STJ apontam pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe ao prestador de uma atividade interromper a prestação deste serviço diante do não cumprimento das obrigações pelo consumidor final. A aplicação do CDC, contudo, deve ser feita de forma relativa, consoante se analisa do julgado transcrito: ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. USUÁRIO INADIMPLENTE. POSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 22 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), "os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos".

2. A Lei 8.987/95, por sua vez, ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, em seu Capítulo II ("Do Serviço Adequado"), traz a definição, para esse especial objeto de relação de consumo, do que se considera "serviço adequado", prevendo, nos incisos I e II do §3º do art. 6º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

3. Tem-se, assim, que a continuidade do serviço público assegurada pelo art. 22 do CDC não constitui princípio absoluto, mas garantia limitada pelas disposições da Lei 8.987/95, que, em nome justamente da preservação da continuidade e da qualidade da prestação dos serviços ao conjunto dos usuários, permite, em hipóteses entre as quais o inadimplemento, a suspensão no seu fornecimento. Precedentes da 1ª Turma: REsp 591.692/RJ, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 14.03.2005; REsp 691.516/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ de 24.10.2005; REsp 337.965/MG, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 20.10.2003.

4. Recurso especial a que se dá provimento.

RECURSO ESPECIAL N. 898.769 - RS (2006/0240399-0)

Mesmo para aqueles que admitem a interrupção dos serviços – o que se apresenta como o entendimento majoritário adotado pela doutrina e jurisprudência nacionais –, não se discute se será ilegal a paralisação de determinado serviço público por inadimplemento do usuário caso enseje a interrupção de um serviço essencial à coletividade –, como ocorre, por exemplo, quando uma concessionária determina o corte no fornecimento de energia elétrica de um hospital em virtude do inadimplemento.

Nesses casos, a interrupção do serviço será prejudicial ao interesse da coletividade e não pode subsistir, em garantia ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, impedindo que se priorizem os direitos do prestador do serviço em detrimento das necessidades coletivas.

Por exemplo, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a iluminação pública é serviço essencial à segurança da coletividade, razão pela qual não pode ser interrompido, por motivo de inadimplemento<sup>6</sup>. Nestas situações, a concessionária deverá efetivar a cobrança ao ente estatal inadimplente sem, contudo, paralisar a prestação do serviço, o que atingiria os usuários que não têm qualquer responsabilidade pelo fato.

Seguindo a mesma linha, em 2019, a corte se manifestou mais uma vez estabelecendo a impossibilidade de interrupção de serviços para pessoas jurídicas de direito público. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. PRESERVAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. PAGAMENTO DAS FATURAS EM ATRASO NÃO ACARRETA A PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR. JULGAMENTO ULTRA PETITA.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

1. "O interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Assim, a aludida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional se mostrar necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica" (REsp 1.584.614/CE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 7/11/2018). 2. Assim, considerando que a pretensão formulada pela autora da ação visa à condenação da parte ré em se abster de interromper o fornecimento de energia elétrica em virtude da essencialidade do serviço prestado pela Universidade Federal de Sergipe e do Hospital Universitário, há se concluir que remanesce o interesse processual em obter a tutela jurisdicional, independentemente do adimplemento das faturas em atraso.

3. As concessionárias somente podem deixar de fornecer energia elétrica a entes públicos inadimplentes quando não houver prejuízo à continuidade dos serviços públicos essenciais. Isso porque o interesse da coletividade deve ser ponderado ante a aplicação das disposições normativas que possibilitam a interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário.

4. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, de modo a analisar a razoabilidade da medida adotada, bem como a essencialidade do serviço prestado, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

6. A matéria vem sendo julgada neste sentido pela Corte de forma reiterada, podendo ser citado relevante julgamento em 2012, do **AI 854430 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO**.

5. A matéria relativa à existência de julgamento ultra petita não foi apreciada pela instância julgante de origem, tampouco foram opostos embargos declaratórios para suprir eventual omissão.

Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1814096/SE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 11/11/2019)

Cabe ainda ressaltar que a lei 8.987/95 dispõe que a interrupção dos serviços, nas hipóteses de inadimplemento do usuário não poderá iniciar-se na sexta-feira, no sábado ou no domingo, nem em feriado ou no dia anterior a feriado. Isso porque ensejaria um desconforto ao cidadão que teria que aguardar até o próximo dia útil para fazer a regularização.

### 2.8.3. Exceptio non adimpleti contractus

Trata-se da regra de exceção de contrato não cumprido, que define para qualquer uma das partes contratantes o direito de suspender a execução do contrato em face do inadimplemento da outra parte. A doutrina tradicional era assente no sentido de que, nos contratos administrativos, a aplicação desta teoria em benefício do particular contratado pelo Estado ensejaria afronta direta ao princípio da continuidade do serviço público. Sendo assim, os particulares deveriam manter a prestação determinada nos contratos celebrados com o poder público, mesmo diante do inadimplemento deste por longos períodos.

Ocorre que, Se o ente estatal suspensão de execução do contrato por prazo superior a 3 (três) meses ou se ocorrerem repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações ou ainda, em casos de atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos, o particular pode SUSPENDER A EXECUÇÃO do contrato (exceção de contrato não cumprido), conforme disposição do art. 137, §3º, II da nova Lei de Licitações.

Trata-se da aplicação da exceção de contrato não cumprido de forma diferida, garantida ao particular, independentemente de provimento jurisdicional.

Saliente-se que, conforme analisado previamente, no capítulo atinente aos contratos administrativos, a rescisão dos contratos administrativos pelo particular motivada por inadimplemento do poder público depende de decisão judicial. A aplicação da *exceptio non adimpleti contractus* enseja somente a paralisação das atividades do particular, não ensejando a extinção da avença firmada com a Administração.

### 2.8.4. Ocupação temporária de bens e substituição

Analisadas todas as exceções ao princípio da continuidade, é relevante ressaltar que alguns dispositivos legais foram definidos como forma de garantia da não interrupção da atividade administrativa.

Quanto a isso, o art. 104, V da nova Lei de Licitações define que a Administração Pública, para evitar a interrupção da atividade pública, poderá, nos casos de serviços essenciais, efetivar a **ocupação provisória** de bens móveis, imóveis, de pessoal e serviços vinculados ao

objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo. Trata-se de cláusula exorbitante dos contratos administrativos que visa a evitar uma indevida paralisação da atividade exercida pelo particular contratado pelo Estado.

Outrossim, nos contratos de concessão de serviços públicos, admite-se a transferência de propriedade, ao final do contrato, dos bens da concessionária que estejam atrelados à prestação do serviço público. Este instituto é conhecido como **reversão** de bens. Nestes termos, define a lei 8.987/95, ao tratar do tema, em seu art. 36, que *“A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido”*.

Ademais, os estatutos dos servidores públicos preveem os institutos da **substituição** e **suplência** como forma de evitar que a ausência de um determinado agente enseje a não execução do serviço que lhe era atribuído. Assim, os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade, sendo que será responsabilidade do substituto assumir, sem prejuízo do cargo que ocupa, o exercício do cargo ou função de direção ou chefia e os de Natureza Especial nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo.

## 2.9. Isonomia

A prestação dos serviços não pode criar diferenciação indevida entre os usuários, de forma que não pode o Poder Público se esmerar na execução das atividades para um particular, em detrimento dos demais cidadãos.

Ademais, consoante o que se designa, doutrinariamente, como isonomia material, se faz possível o tratamento desigual na prestação de serviços públicos àqueles usuários que são diferentes, nas medidas de suas diversidades. Nestes casos, é possível que a prestação do serviço seja preocupada com as especificidades inerentes a cada usuário. Neste sentido, os serviços públicos são o alvo mais comum das ações afirmativas que visam a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida das suas desigualdades, permitindo a inserção de cotas para ingressos em Universidades Públicas e ingressos em concursos, assim como a reserva de vagas em concurso público para portadores de necessidades especiais, entre outros.

Inclusive, em virtude da alteração das necessidades dos administrados, costuma-se definir que os serviços devem respeitar o princípio da **mutabilidade de regime** em sua prestação. Sendo assim, o serviço de transporte que costumava ser prestado por meio de bonde elétrico nas grandes cidades é executado através de sistemas de metrô. Trata-se da adequação da atividade estatal às constantes necessidades do cidadão.

## 3. FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A prestação do serviço público é feita pelo Estado que, no entanto, pode efetivar esta execução de forma direta ou mediante descentralização. Com efeito, a prestação direta ocorre pela prestação efetivada pelos próprios entes federativos, ou seja, União, estados, municípios e Distrito Federal, de forma centralizada.

Ocorre que, para uma maior eficiência e visando à especialização na execução da atividade administrativa, o ente estatal descentraliza a prestação de determinados serviços públicos para entes da administração indireta, quais sejam as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, previstas no texto constitucional e criadas mediante lei específica, sob o controle da entidade centralizada; ou transfere a particulares, mediante contratos administrativos de concessão e permissão.

Desse modo, a doutrina preconiza que a descentralização pode ser feita mediante outorga ou delegação de serviços.

Na **outorga**, é transferida a titularidade e a execução do serviço público à pessoa jurídica diversa do Estado, ao passo que, na **delegação**, apenas a execução é transferida, permanecendo com o Estado a titularidade do serviço. Para a doutrina majoritária, a outorga é conferida, somente, para pessoas jurídicas de direito público; já a delegação é feita para particulares ou aos entes da Administração Indireta regidos pelo direito privado.

A outorga, também denominada de descentralização por serviço, é feita sempre mediante edição de lei específica que cria as entidades públicas da Administração Indireta que ficarão responsáveis pela execução de atividades específicas. Por seu turno, a delegação, designada como descentralização por colaboração, pode ser efetivada por lei (no caso de entes da Administração Indireta de direito privado, cuja criação depende de autorização legislativa específica) ou mediante contratos de concessão e permissão de serviços públicos. Sendo assim, pode-se estabelecer que a delegação será legal ou contratual.

Deve ser ressaltado, contudo, que mesmo quando o Estado transfere a titularidade do serviço, ele se mantém responsável pelos danos decorrentes da atividade, de forma subsidiária, sempre que o prestador direto não puder arcar com as indenizações decorrentes dos prejuízos causados na execução da atividade delegada.

Analisemos o quadro mnemônico.

Outorga (descentralização por serviço)	Delegação (descentralização por colaboração)
Transferência da titularidade e da execução do serviço público.	Transferência da execução do serviço público.
<b>Mediante lei</b> – Pessoas jurídicas de Direito Público da Administração Indireta.	<b>Mediante lei</b> – Pessoas jurídicas de Direito Privado da Administração Indireta. <b>Mediante contrato</b> – Particulares prestadores de serviços públicos.

Ocorre que nem todos os serviços públicos admitem delegação, sendo regulamentadas, na doutrina, algumas situações nas quais o Estado tem o dever de executar a atividade diretamente, como forma de se resguardar o interesse da sociedade. Neste sentido, os serviços públicos podem se classificar em 4 (quatro) espécies:

- 1) **Serviços públicos exclusivos, não delegáveis:** são aqueles serviços que somente podem ser prestados diretamente pelo Estado, não se admitindo a transferência a particulares. A Constituição Federal expressamente prevê dois deles, quais sejam, o serviço postal e o correio aéreo nacional, dispostos no art. 21, X do texto constitucional. A doutrina acrescenta outros como a administração tributária e a organização administrativa – que não podem, por sua natureza, ser executados mediante delegação. Inclusive, em razão da impossibilidade de delegação destas atividades, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos executa

## CAPÍTULO 15

# IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

**SUMÁRIO** • 1. Considerações iniciais – 2. Conceito – 3. Natureza jurídica das sanções de improbidade – 4. Dos agentes da improbidade administrativa – 5. Espécies de ato de improbidade e sanções aplicáveis – 6. Sanções pela prática de ato de improbidade – 7. Cautelar de indisponibilidade de bens – 8. Cautelar de afastamento preventivo – 9. Procedimento da Ação de improbidade – 9.1. Partes e competência – 9.2. Petição inicial, contestação e julgamento – 9.3. Transformação em ação civil pública – 10. Do acordo de não persecução cível – 11. Crime de denúncia caluniosa – 12. Prescrição – 13. Retroatividade da norma mais benéfica em improbidade administrativa – 14. Aprofundamento para provas discursivas – 14.1. Inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa – 15. Quadro Sinóptico – 16. Súmulas – 16.1. Súmulas do STJ – 17. Jurisprudências 2021/2022 – 17.1. Informativos do STJ – 18. Questões de Concursos

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A improbidade administrativa tem base na Constituição Federal que, em seu art. 37, §4º, estabelece que a lei sancionará os atos de improbidade. Esse dispositivo constitucional enumera algumas sanções a serem aplicadas pela prática de ato de improbidade e, conforme entendimento majoritário da doutrina, trata-se de rol meramente exemplificativo, não esgotando as sanções a serem aplicadas.

Com efeito, estipula a norma que “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”. Por sua vez, a lei que regulamenta os atos de improbidade, expedida, em obediência ao dispositivo transcrito, relaciona um rol mais extenso de sanções, considerando que aquele previsto na Carta Magna é um rol de sanções mínimas a serem aplicadas.

Atualmente, a matéria referente à improbidade administrativa praticada pelos agentes públicos se encontra positivada na Lei 8429/92. Essa lei tem sua estrutura composta por cinco pontos principais: o sujeito passivo, o sujeito ativo, a tipologia da improbidade, as sanções e os procedimentos.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>1</sup>, a “*ação de Improbidade Administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.*”

*Ressalte-se que a matéria tem muita repercussão na mídia, diante dos inúmeros escândalos de corrupção no país. De acordo com reportagem de O GLOBO, no site da globo.com, veiculada no ano de 2017, foram mais de 11.000 condenações por improbidade administrativa desde 1995. Vejamos:*

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 23. ed., 2012.

## Justiça condenou 11.607 por improbidade administrativa entre 1995 e 2016

*Estudo mostra que maioria dos punidos são funcionários públicos de baixo escalão*

POR JULIANA ARREGUY

29/08/2017 13:06 / atualizado 29/08/2017 18:39

Leia mais: <https://oglobo.globo.com/brasil/justica-condenou-11607-por-improbidade-administrativa-entre-1995-2016-21760194#ixzz4tL8wrknWstest>

## 2. CONCEITO

A doutrina faz distinções quanto ao sentido de **probidade** e **moralidade**. Alguns autores consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é conceito mais amplo do que a moralidade. O posicionamento majoritário da Doutrina, que deve ser seguido para provas de concursos públicos, afirma que a moralidade e a probidade, enquanto princípios, são expressões sinônimas, em razão de a Constituição da República ter mencionado em seu texto a moralidade como princípio no art. 37, caput, e a improbidade como lesão ao mesmo princípio.

Todavia, a noção de improbidade não se confunde com a de imoralidade, sendo esta uma espécie daquela. O agente ímprobo sempre se qualificará como violador do princípio da moralidade, contudo, nem todo ato de improbidade tipificado em lei corresponde a violação ao princípio da moralidade.

Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa deu tratamento amplo à matéria, estipulando uma série de atos de improbidade, divididos em 3 grupos diferentes de ações e que podem não caracterizar violação direta à moralidade. Dessa forma, pode-se dizer que a improbidade administrativa é gênero do qual a violação à moralidade é uma espécie.

É importante mencionarmos que a Lei de Improbidade Administrativa não deve ser aplicada para meras irregularidades ou transgressões disciplinares – pois estas serão devidamente punidas na instância administrativa, mediante a instauração de processo disciplinar. De outro modo, visa a resguardar os princípios da administração pública.

Conforme a Lei 8.429/92, são espécies de improbidade administrativa:

- ações ou omissões que geram enriquecimento ilícito, em detrimento da função pública;
- ações ou omissões que causam dano ao erário;
- ações ou omissões que atentam contra os princípios da Administração Pública.

A configuração do ato de improbidade não depende da demonstração de dano patrimonial ao erário público, podendo estar configurada pela simples violação a princípios administrativos. Todavia, somente estará caracterizado o ato de improbidade administrativa mediante a comprovação do dolo específico do agente.

## 3. NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES DE IMPROBIDADE

É cediço que as instâncias penal, administrativa e cível são independentes e que os atos de improbidade podem ser sancionados nas três instâncias. Importante saber que as sanções

de improbidade previstas na Lei 8429/92 têm natureza especial, decorrente do direito administrativo sancionador, não impedindo, contudo, a apuração de responsabilidades na esfera administrativa, na esfera civil e na esfera penal pelo mesmo fato praticado.

Logo, ao praticar um ato de improbidade, o servidor estará sujeito às sanções administrativas (conforme processo administrativo disciplinar estipulado no seu estatuto), sem prejuízo da ação penal nos moldes da legislação pertinente. Também, haverá a responsabilização civil deste servidor, conforme a legislação cabível e que ensejará, inclusive, a possibilidade de reparação do dano causado pela conduta.

Além dessas instâncias, o sujeito poderá, pelo mesmo fato, desde que caracterizados os fundamentos legais, se responsabilizar perante a lei de improbidade administrativa.

As sanções por improbidade serão aplicadas mediante a propositura da Ação de Improbidade, sendo que a própria Lei 8429/92 define os contornos dessa ação.

Sendo assim, por tratar-se de lei que comina sanções decorrentes do direito administrativo sancionador àqueles que causam danos diretos ou não ao erário público, entende-se que compete privativamente à União legislar acerca de improbidade administrativa e, dessa forma, a Lei 8.429/92 tem abrangência nacional e não somente federal.

#### • INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS

A legislação estabelece que, sendo o servidor absolvido na esfera penal por *inexistência do fato* ou *negativa de autoria*, necessariamente deverá ser absolvido na esfera civil e administrativa. Saliente-se que nem toda absolvição penal tem o poder de interferir nas outras esferas, mas tão somente naquela que decorrer de demonstração de que o fato não ocorreu ou de que o agente não foi o seu autor.

Imagine-se, por exemplo, que determinado sujeito desviou dinheiro público. Neste caso, a Administração, tomando conhecimento, informa ao Ministério Público e o servidor responderá a processos nas 3 (três) esferas. Consoante já analisado, o processo administrativo não precisa esperar o fim dos demais, diante da independência das instâncias. Ocorre que o servidor foi demitido, mediante julgamento proferido em processo administrativo disciplinar e, 1 (um) ano depois, foi absolvido, na esfera penal, embasado na negativa de autoria. Diante disso, este servidor será reintegrado aos quadros da Administração Pública.

Neste sentido, o art. 126 da lei 8.112/90 dispõe que *“A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”*.

O art. 21, § 3º da lei 8.429/92 traz norma similar àquela trazida pelo art. 126 da lei 8.112/90, ao dispor que *“As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria”*.

Nesse sentido, se a decisão penal ensejar absolvição em decorrência do reconhecimento de que o agente não foi o autor do fato ou que ele sequer existiu, isso deve ensejar a absolvição na ação de improbidade.

Da mesma forma, o reconhecimento desses aspectos em uma ação civil pública para apuração dos fatos também deve influenciar a ação de improbidade administrativa.

A lei 8.429/92, no entanto, trazia em seu art. 21, § 4º – suspenso pela ADI 7236 – a regra de que “*A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)*”.

Nesse caso, dispõe o art. 386 do Código de Processo Penal que:

*Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I*

*– estar provada a inexistência do fato;*

*II – não haver prova da existência do fato;*

*III – não constituir o fato infração penal;*

*IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;*

*V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;*

*VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;*

*VII – não existir prova suficiente para a condenação.*

Nesse caso, a lei previa a ampla comunicabilidade das instâncias, estabelecendo que a decisão absolutória colegiada deveria suspender a ação de improbidade em curso e impedir a propositura de nova ação pelo mesmo fato e, além disso, dispunha que em qualquer hipótese, a absolvição irá ensejar a absolvição na ação de improbidade.

Tratava-se de disposição controversa que atribuía ao juízo penal preponderância sob o juízo competente para análise da improbidade administrativa, transmitindo a absolvição penal para essa esfera em todos os casos, ainda que decorresse, por exemplo, da falta de comprovação dos fatos.

Em razão de toda a controvérsia e pelo fato de, efetivamente, violar a independência das instâncias, o dispositivo foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 7236.

## 4. DOS AGENTES DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Sujeito Ativo – a Lei 8.429/92 conceitua e apresenta o rol de sujeitos ativos a responderem por atos ímprobos, afirmando que a improbidade administrativa pode ser praticada por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta, fundacional ou autárquica de qualquer dos Poderes da União, Estados ou Municípios e de empresas incorporadas ao patrimônio público. Isto posto, aqueles que praticam ato de improbidade são agentes públicos. Importa-nos observar que também pode cometer ato de improbidade quem atua em nome da Administração Pública ainda que temporariamente e sem remuneração, conforme preceito do artigo 2º da referida lei.

*Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei.*

Ressalte-se que a jurisprudência e doutrina chegaram a questionar a abrangência desta lei perante os agentes políticos, sendo que alguns julgados firmavam o entendimento de

que os agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade, nos moldes previstos na Carta Magna, não estariam sujeitos à Lei de improbidade. Isso porque a Lei de Crimes de Responsabilidade estipula sanções de natureza civil e seria *bis in idem* admitir as duas punições.

Por sua vez, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nas Reclamações 2.790 e 2.115, reafirmaram o seu posicionamento de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República e Ministros de Estado em crimes conexos com os cometidos por aquele (o Presidente), não há norma alguma que proíba que os agentes políticos respondam por crimes de responsabilidade e por atos de improbidade.

Todavia, com a alteração feita pela lei 14.230/21, o texto legal passa a incluir expressamente os agentes políticos no rol de agentes públicos que respondem por atos de improbidade administrativa, dando fim à referida controvérsia.

Ressalte-se que, **além dos agentes públicos, particulares também podem responder por improbidade, desde que se beneficiem ou concorram para a prática do ato.** Dessa forma, a lei de improbidade não se aplica somente a agentes públicos, estabelecendo sanções a particulares, alheios à estrutura do Estado.

Nesse contexto, a lei, após a alteração sofrida em 2021, passa a admitir a prática de atos de improbidade administrativa por **pessoas jurídicas.**

Com efeito, a lei inova ao permitir a aplicação de seus termos às pessoas jurídicas que atuem em razão de convênio ou contratos de repasse ou qualquer acordo equivalente, ao lado do Estado, no exercício de funções públicas.

Cabe salientar, todavia, que esse dispositivo tende a ser esvaziado pelo fato de que não são cumuláveis as sanções da lei 8.429/92 com as sanções da lei 12.846/13. Assim, como a maioria dos atos de improbidade administrativa também se caracterizam como ato lesivo nos moldes da lei “anticorrupção empresarial”, dificilmente, haverá aplicabilidade concreta dessa sanção.

Nesses casos, inclusive, o dirigente ou administrador da Pessoa Jurídica somente poderá figurar no polo passivo da ação de improbidade, se houver a demonstração de que participou e se beneficiou diretamente da prática do ato. Diante disso, responderá no limite da sua culpabilidade e do seu benefício.

Ademais, é interessante verificar que a entidade privada que recebe dinheiro público por meio de convênios e acordos pode sofrer o ato de improbidade, quando seus agentes desviarem verbas recebidas em decorrência de repasse do ente público e, da mesma forma, podem praticar o ato de improbidade, nos moldes desse dispositivo.

É importante ainda informar que o Superior Tribunal de Justiça não admite que o particular pratique ato de improbidade sozinho, estando sempre vinculado à prática deste ato em conjunto com um agente público.

Analise-se o julgado a seguir sobre o tema:

*Superior Tribunal de Justiça STJ - AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL: AgInt no REsp 1845674 DF 2019/0323069-0*