

BENJAMIN ZYMLER

Jessé Torres Pereira Junior

*Prefácio*

# DIREITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE

4ª edição

Belo Horizonte



2015

Copyright © 2005 Editora Fórum Ltda.  
 2009 2ª edição  
 2012 3ª edição  
 2015 4ª edição

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

#### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinora Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
 Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º/16º andares – Funcionários – CEP 30130-007  
 Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
 www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

B468d Zymler, Benjamin

Direito Administrativo e Controle / Benjamin Zymler : prefácio de Jessé Torres Pereira Junior – 4 ed. – Belo Horizonte : Fórum, 2015.

331 p.  
 ISBN 978-85-450-0052-5

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. 3. Controle da Administração Pública. I. Título. II. Zymler, Benjamin. III. Pereira Junior, Jessé Torres.

CDD: 342  
 CDU: 342.9

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 331 p. ISBN 978-85-450-0052-5.

## SUMÁRIO

## PREFÁCIO

<b>Jessé Torres Pereira Junior</b> .....	15
--	----

INTRODUÇÃO .....	23
------------------	----

## CAPÍTULO 1

## REFORMA DO ESTADO

1.1	A procedimentalização do Direito Administrativo brasileiro .....	25
1.1.1	Introdução .....	25
1.1.2	Razões que levaram à procedimentalização do Direito Administrativo .....	25
1.1.2.1	Surgimento do Estado Social .....	25
1.1.2.2	A procedimentalização como elemento mitigador de frustrações .....	28
1.1.2.3	A procedimentalização como movimento “contracircular” .....	29
1.1.3	Alguns exemplos de recente procedimentalização do Direito Administrativo... 30	
1.1.3.1	Tribunal de Contas da União .....	30
1.1.3.2	Licitações e contratos .....	31
1.1.3.3	Concessões e permissões de serviço público .....	31
1.1.3.4	Constituição Federal .....	32
1.1.4	Lei nº 9.784/1999 .....	33
1.1.5	Considerações finais .....	41
1.2	Política, direito e reforma do Estado: uma visão funcional-sistêmica .....	42
1.2.1	Uma primeira abordagem da <i>autopoiesis</i> social .....	42
1.2.2	A diferenciação funcional da sociedade .....	46
1.2.3	O direito como sistema autopoietico.....	47
1.2.4	A política como sistema autopoietico .....	49
1.2.5	A inter-relação entre direito e política .....	51
1.2.6	Direito e política: um diagnóstico funcional-sistêmico .....	53
1.2.6.1	A sobrecarga do direito .....	53
1.2.6.2	A sobrecarga da política.....	53
1.2.6.3	O direito reflexivo .....	54
1.2.7	A regulação jurídica a partir da reforma do Estado brasileiro .....	54
1.2.8	Considerações finais .....	56

## CAPÍTULO 2

LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	59
---	----

2.1	Questões controvertidas da Lei nº 8.666/1993.....	59
2.1.1	Art. 24, inciso IV .....	59
2.1.2	Art. 73, §3º .....	60
2.1.3	Art. 25, <i>caput</i> , e art. 24, inciso XXII.....	61
2.1.4	Art. 25, <i>caput</i> .....	63
2.1.5	Art. 25, inciso I.....	63

2.1.6	Art. 24, inciso II.....	64
2.1.7	Art. 57, inciso II.....	64
2.1.8	Art. 27, inciso V .....	66
2.2	A visão dos Tribunais de Contas sobre tópicos de licitações públicas.....	67
2.2.1	Os tipos de licitação .....	67
2.2.2	Aplicação do limite previsto no art. 48, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, às licitações do tipo “melhor técnica” e “técnica e preço” .....	69
2.2.3	A negociação obrigatória e a aceitação compulsória da proposta de menor preço.....	70
2.2.4	Necessidade de realização do julgamento das propostas em duas etapas.....	71
2.2.5	A aferição da melhor técnica e a avaliação da qualificação da empresa e da qualidade do projeto.....	72
2.2.6	Âmbito de utilização das licitações do tipo “melhor técnica” .....	72
2.2.7	A diferenciação da fase de julgamento da proposta técnica e da habilitação .....	73
2.2.8	Responsabilidade do contratante frente ao resultado do serviço .....	74
2.2.9	A contratação de entidades privadas .....	76
2.2.9.1	Do dever de licitar e da exceção prevista na Constituição Federal .....	76
2.2.9.2	Da dispensa de licitação .....	77
2.2.9.3	Dispensa de licitação com base no inciso XIII do art. 24 da Lei de Licitações e na Lei nº 8.958/1994.....	81
2.2.9.3.1	Requisitos do inciso XIII do art. 24.....	83
2.2.9.3.2	Requisitos relacionados à pessoa da contratada.....	83
2.2.9.3.3	Requisitos relacionados ao objeto contratado.....	85
2.2.9.3.4	Da complexidade do objeto .....	85
2.2.9.3.5	Capacidade operacional da contratada para executar o objeto.....	87
2.2.9.3.6	Fundações de apoio (Lei nº 8.958/1994) .....	88
2.2.9.3.7	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).....	89
2.2.9.4	Contratação de cooperativas pela Administração Pública federal .....	90
2.2.10	Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços de arquitetura e engenharia consultiva.....	94
2.3	Contratos administrativos de serviços contínuos na esfera federal: o problema da repactuação.....	98
2.4	As licitações no âmbito das Parcerias Público-Privadas.....	106
2.4.1	A prestação de serviços públicos no Estado moderno .....	106
2.4.2	As origens das Parcerias Público-Privadas .....	107
2.4.3	Considerações básicas sobre as Parcerias Público-Privadas .....	109
2.4.3.1	Conceito.....	109
2.4.3.2	Âmbito de aplicação .....	110
2.4.3.3	Diferenciais em relação às concessões de serviços públicos.....	111
2.4.3.3.1	O aporte de recursos públicos visando complementar a receita dos agentes privados.....	111
2.4.3.3.2	A maior segurança oferecida aos agentes privados.....	111
2.4.3.3.3	O aporte de recursos públicos somente após a realização dos investimentos ..	113
2.4.4	As Parcerias Público-Privadas e as licitações .....	113
2.4.5	As Parcerias Público-Privadas e a Lei de Responsabilidade Fiscal.....	118

2.4.6	Considerações críticas sobre a lei que rege as Parcerias Público-Privadas.....	119
2.4.6.1	De caráter geral.....	119
2.4.6.2	Específicas sobre licitações no âmbito das Parcerias Público-Privadas .....	121
2.4.7	Considerações finais .....	123

### CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDADE FISCAL .....	127	
3.1	Interpretação da Lei de Responsabilidade Fiscal frente à Constituição Federal.....	127
3.1.1	Interpretação constitucional.....	127
3.1.2	Separação e harmonia dos Poderes .....	128
3.1.3	A Federação brasileira e a autonomia dos entes federados.....	130
3.1.4	Constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal .....	132
3.1.4.1	Eventuais violações à separação de Poderes.....	133
3.1.4.1.1	§3º do art. 9º da LRF.....	133
3.1.4.1.2	Art. 14, inciso II.....	134
3.1.4.1.3	Art. 17 e parágrafos.....	135
3.1.4.1.4	Art. 20.....	137
3.1.4.1.5	Art. 23, §§1º, <i>in fine</i> , e 2º.....	139
3.1.4.1.6	Art. 30, I.....	141
3.1.4.1.7	Art. 60.....	142
3.1.4.2	Eventuais violações ao princípio federativo .....	142
3.1.4.2.1	Art. 4º, §2º, II .....	142
3.1.4.2.2	Art. 11, <i>caput</i> e parágrafo único.....	143
3.1.5	Considerações finais .....	145
3.2	Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal aos conselhos das profissões regulamentadas .....	146
3.2.1	Gênese dos conselhos das profissões regulamentadas.....	146
3.2.2	Natureza jurídica dos conselhos das profissões regulamentadas.....	147
3.2.3	A Lei nº 9.649/1998.....	149
3.2.4	Posições do TCU sobre pontos relevantes.....	150
3.2.4.1	Exigibilidade de concurso público e aplicabilidade da Lei nº 8.112/1990 aos conselhos .....	150
3.2.4.2	Aplicabilidade da Lei nº 8.666/1993 aos conselhos .....	151
3.2.4.3	Normas sobre prestação de contas .....	151
3.2.5	Reflexos da Emenda Constitucional nº 19/1998.....	152
3.2.6	Lei de Responsabilidade Fiscal .....	154
3.2.6.1	Aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal aos conselhos de fiscalização.....	154
3.2.7	Considerações finais .....	161

### CAPÍTULO 4

CONTROLE EXTERNO .....	163	
4.1	Controle externo: o Tribunal de Contas da União .....	163
4.1.1	Introdução.....	163
4.1.2	Controle da Administração Pública: fundamentos, princípios norteadores e tipologia.....	163
4.1.2.1	Controle da Administração Pública: fundamentos.....	163
4.1.2.2	Controle da Administração Pública: princípios norteadores .....	164
4.1.2.3	Controle da Administração Pública: tipologia.....	164
4.1.2.3.1	Controle interno .....	165

4.1.2.3.2	Controle externo.....	166
4.1.3	Controle da Administração financeira e orçamentária.....	167
4.1.3.1	Modelos de controle externo no direito comparado.....	167
4.1.4	Controle externo no Brasil.....	168
4.1.5	A atuação do TCU.....	171
4.1.6	Novas vertentes do controle.....	173
4.1.6.1	Fiscalização de serviços públicos.....	173
4.1.6.2	Fiscalização de obras públicas.....	175
4.1.7	Considerações finais.....	175
4.2	A melhoria dos serviços públicos como objetivo final do sistema de controle.....	176
4.2.1	Introdução.....	176
4.2.2	Serviço público: definição e noções gerais.....	177
4.2.3	Descentralização de serviços públicos.....	178
4.2.4	Serviços públicos a cargo de entidades da Administração indireta.....	179
4.2.5	Serviços públicos descentralizados mediante concessão, permissão e autorização.....	180
4.2.6	Descentralização de serviços públicos não exclusivos do Estado: as Organizações Sociais.....	182
4.2.7	Controle dos serviços públicos.....	183
4.2.7.1	Controle da Administração Pública: princípios norteadores.....	183
4.2.7.2	Modalidades de controle dos serviços públicos.....	185
4.2.8	Controle externo exercido pelo TCU.....	186
4.2.8.1	Controle das entidades estatais prestadoras de serviço público.....	187
4.2.8.2	Controle da outorga e da execução do contrato de concessão.....	187
4.2.8.3	Controle dos contratos de gestão.....	189
4.2.9	Considerações finais.....	193
4.3	O papel do Tribunal de Contas da União no controle das agências reguladoras.....	194
4.3.1	A prestação de serviços públicos no Estado moderno.....	194
4.3.2	Natureza jurídica das agências reguladoras.....	195
4.3.3	O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União.....	197
4.3.3.1	A evolução do controle do TCU na prestação de serviços públicos.....	197
4.3.3.2	Estrutura organizacional do TCU.....	197
4.3.3.3	Mecanismos de controle.....	198
4.3.4	A atividade fiscalizadora do Tribunal: exemplos práticos.....	199
4.3.5	Perspectivas de controle.....	203
4.3.6	Considerações finais.....	203
4.4	A responsabilidade subjetiva dos agentes públicos no âmbito do controle de contas.....	204
4.4.1	Introdução.....	204
4.4.2	Dimensões administrativa e civil da responsabilidade do gestor público.....	205
4.4.3	Natureza subjetiva da responsabilidade do gestor público.....	206
4.4.4	Exame das peculiaridades do ato investigado: pressupostos da imputação de responsabilidade.....	207
4.4.4.1	Existência da irregularidade.....	208
4.4.4.2	Autoria do ato examinado.....	209
4.4.4.3	A culpa do agente.....	209
4.4.4.4	O grau de culpa do agente.....	210

4.4.5	Responsabilidade de terceiros: necessidade de demonstração de conluio entre esse terceiro e o administrador público.....	210
4.4.6	Responsabilização de entes públicos e congêneres.....	211
4.4.7	Responsabilidade de gestores de empresas estatais.....	212
4.4.8	Responsabilidade do advogado público.....	213
4.4.9	Responsabilidade do gestor público e motivação do ato administrativo.....	216
4.4.10	Responsabilidade dos agentes políticos.....	217
4.4.11	Considerações finais.....	218
4.5	Fiscalização de obras públicas exercida pelo TCU.....	218
4.5.1	Aspecto histórico.....	218
4.5.2	Sistema Fiscobras.....	219
4.5.3	Metodologia utilizada pelo TCU na seleção de obras fiscalizadas.....	219
4.5.4	Fiscalização de obras em 2008.....	220
4.5.5	Levantamentos de auditoria realizados em 2008.....	221
4.5.6	Principais aspectos avaliados nos levantamentos de auditoria de obras.....	222
4.5.7	Conceituação de irregularidade grave.....	224
4.5.8	Resultados dos levantamentos de auditoria realizados em 2008.....	225
4.5.9	Tipos de irregularidades mais recorrentes.....	226
4.5.10	Restrição orçamentária: decisão política.....	227
4.5.11	Internet.....	228
4.5.12	Conclusão.....	228

## CAPÍTULO 5

PROCESSO ADMINISTRATIVO: O EXEMPLO DO TCU.....	229	
5.1	Apresentação.....	229
5.2	Processo administrativo.....	230
5.2.1	Introdução.....	230
5.2.2	Visão geral do processo.....	231
5.2.2.1	O monopólio jurisdicional do processo.....	231
5.2.2.2	O processo ou procedimento administrativo.....	232
5.2.3	O processo administrativo e suas características.....	233
5.2.3.1	O contencioso administrativo.....	233
5.2.3.2	Processo administrativo e processo jurisdicional.....	234
5.2.4	Sistema de relações entre a Administração e a Justiça.....	237
5.2.4.1	Introdução.....	237
5.2.4.2	Sistemas judicialista e administrativo.....	237
5.2.5	Processo administrativo e a Constituição brasileira.....	238
5.2.5.1	Introdução.....	238
5.2.5.2	Processo administrativo como garantia fundamental.....	238
5.2.5.3	O devido processo legal no âmbito administrativo.....	239
5.2.6	Princípios do processo administrativo.....	239
5.2.6.1	Introdução.....	239
5.2.6.2	Princípio do contraditório.....	240
5.2.6.3	Princípio da ampla defesa.....	241
5.2.6.4	Princípio da oficialidade.....	242
5.2.6.5	Princípio da verdade material.....	243
5.2.6.6	Princípio do formalismo moderado.....	243
5.2.6.7	Princípio da publicidade.....	244
5.2.7	Fases do processo administrativo.....	244
5.2.8	Compilação de normas processuais administrativas: a Lei nº 9.784/1999.....	245

5.3	Processo no Tribunal de Contas da União .....	245
5.3.1	Tipos de processos .....	245
5.3.1.1	Processos de tomada e prestação de contas .....	246
5.3.1.1.1	Aspectos básicos.....	246
5.3.1.1.2	Elementos constantes das tomadas e prestações de contas .....	247
5.3.1.1.3	Trâmite processual.....	248
5.3.1.1.4	Processos de fiscalização.....	250
5.3.1.1.5	Processos de tomada de contas especial.....	252
5.3.1.1.6	Processos de admissão e concessões .....	252
5.3.1.1.7	Processos especiais.....	253
5.3.2	A natureza jurídica do julgamento de contas .....	254
5.3.3	Atuação dos sujeitos processuais .....	256
5.3.3.1	Conceito de parte processual.....	256
5.3.3.2	A função processual do Ministério Público junto ao TCU.....	258
5.3.3.3	A atuação do relator.....	259
5.3.3.4	A atuação dos colegiados.....	259
5.3.3.5	Os procuradores das partes.....	260
5.3.4	Atos processuais.....	260
5.3.4.1	Conceito e critérios de classificação.....	260
5.3.4.2	Atos do relator e do colegiado.....	261
5.3.4.2.1	Classificação por tipo de processo.....	261
5.3.4.2.1.1	Processos de contas.....	261
5.3.4.2.1.2	Processos de fiscalização.....	263
5.3.4.2.1.3	Processo de admissão e concessões.....	263
5.3.4.2.2	Classificação por espécie de ato .....	264
5.3.4.2.2.1	Citação do responsável.....	264
5.3.4.2.2.2	Audiência do responsável.....	264
5.3.4.2.2.3	Notificação do responsável.....	267
5.3.4.3	Atos do responsável e do interessado .....	267
5.3.4.3.1	Pedido de ingresso em processo .....	267
5.3.4.3.2	Pedido de vista .....	268
5.3.4.3.3	Pedido de cópia de processo.....	270
5.3.4.3.4	Pedido de juntada de documentos .....	270
5.3.4.3.5	Pedido de certidões e informações .....	270
5.3.4.3.6	Sustentação oral.....	271
5.3.4.4	Contagem dos prazos.....	271
5.3.5	Medidas cautelares .....	272
5.3.5.1	Sustação do ato ou contrato impugnado .....	273
5.3.5.2	Afastamento temporário do responsável .....	274
5.3.5.3	Declaração de indisponibilidade de bens.....	274
5.3.6	Recursos.....	276
5.3.7	Declaração de inidoneidade de licitante.....	278
5.3.8	Cobrança executiva dos acórdãos do TCU.....	278
5.3.9	Conexão entre as instâncias administrativa e judicial .....	279
5.3.9.1	Introdução .....	279
5.3.9.2	As normas positivas regedoras da questão .....	280
5.3.9.3	Das questões prejudiciais.....	281
5.3.9.4	Da distinção entre questão prejudicial e questão preliminar .....	282
5.3.9.5	Da comunicação entre as jurisdições penal e extrapenal .....	282
5.3.9.6	Da comunicação entre as instâncias administrativa e judicial .....	283



5.3.9.7	A problemática da execução dos acórdãos do TCU.....	284
5.3.9.8	Inelegibilidade decorrente de contas irregulares .....	285
5.3.10	Considerações finais .....	285
	REFERÊNCIAS .....	287

## APÊNDICE

	O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC).....	291
	Introdução .....	291
1	Objeto e alcance do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).....	293
2	Os fundamentos constitucionais do novo regime .....	295
3	Fases do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.....	299
3.1	Publicação.....	299
3.2	Apresentação das propostas.....	301
3.3	Julgamento .....	302
3.4	Habilitação e fase recursal .....	305
	Conclusão.....	306
	PRINCÍPIOS VOLTADOS À REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO .....	307
1	Introdução .....	307
2	O concurso público .....	308
2.1	Considerações iniciais .....	308
2.2	Princípios constitucionais concretizados por meio da realização de concurso público .....	310
2.2.1	Princípio republicano .....	310
2.2.2	Princípio da impessoalidade .....	310
2.2.3	Princípio da eficiência.....	312
3	Princípios voltados à realização do concurso público.....	312
3.1	Princípio da licitação pública .....	312
3.2	Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	315
3.3	Princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos.....	319
3.3.1	Idade .....	321
3.3.2	Sexo .....	322
3.3.3	Altura .....	323
3.3.4	Peso.....	323
3.3.5	Dentes .....	325
3.3.6	Tatuagem .....	325
3.3.7	Investigação social.....	326
3.3.7	Garantia de acesso aos portadores de deficiência ou de necessidades especiais .....	327
	Considerações finais .....	329
	REFERÊNCIAS .....	331