

DIREITO ADMINISTRATIVO

DIREITO ADMINISTRATIVO

→ **conceito:** é o conjunto de princípios jurídicos que regem a *atividade administrativa*, *as entidades*, *os órgãos* e *os agentes públicos*, objetivando o perfeito atendimento das necessidades da coletividade e dos fins desejados pelo Estado.

→ **objeto:** compete-lhe o estudo da atividade ou função administrativa exercida direta ou indiretamente, de sua estrutura, de seus bens, de seu pessoal e de sua finalidade.

→ **classificação:** é tradicionalmente classificado como ramo do *direito público interno*; o direito público regula as relações em que o Estado é parte ou mantém interesse preponderante, regendo a sua organização e atuando com supremacia e visando o interesse público, enquanto o direito privado restam as normas reguladoras das relações mantidas exclusivamente por particulares, caracterizadas pelo interesse privado.

→ **fontes:**

- lei
- jurisprudência
- doutrina
- princípios gerais do direito
- costumes

→ **princípios básicos da Administração Pública (art. 37, “caput”, CF):**

→ **legalidade** – segundo o qual ao administrador somente é dado realizar o quanto previsto na lei; dentre os princípios, este é o mais importante e do qual decorre os demais, por ser essencial ao Estado de Direito e ao Estado Democrático de Direito.

→ **impressoalidade** – a atuação deve voltar-se ao atendimento impessoal, geral, ainda que venha a interessar a pessoas determinadas, não sendo a atuação atribuída ao agente público, mas ao órgão ou à entidade estatal.

→ **moralidade** – que encerra a necessidade de toda a atividade administrativa, bem assim de os atos administrativos atenderem a um só tempo à lei, à moral, à equidade, aos deveres de boa administração, visto que pode haver imoralidade em ato tido como legal (nem tudo que é legal é honesto) - ex.: determinado prefeito, por ter sido derrotado no pleito eleitoral e às vésperas do encerramento do mandato, congela o imposto territorial urbano com o fito de diminuir as receitas do Município e inviabilizar a sua administração (ainda que tenha agido conforme a lei, agiu com inobservância da moralidade administrativa); a imoralidade administrativa qualificada é a que configura o ato de improbidade administrativa, e não apenas o ato imoral.

→ **publicidade** – a atuação transparente do Poder Público exige a publicação, ainda que meramente interna, de toda forma de manifestação administrativa, constituindo esse princípio requisito de eficácia dos atos administrativos; a publicidade está intimamente relacionada ao controle da Administração, visto que, conhecendo seus atos, contratos, negócios, pode o particular cogitar de impugná-los interna ou externamente; o princípio propicia, ainda, a obtenção de

informações, certidões, atestados da Administração, por qualquer interessado, desde que observada a forma legal; concorrem, porém, reservas ao princípio quando em jogo estiver a segurança da sociedade e/ou do Estado ou quando o conteúdo da informação for resguardado por sigilo.

→ **eficiência** – que impõe a necessidade de adoção, pelo administrador, de critérios técnicos, ou profissionais, que assegurem o melhor resultado possível, abolindo-se qualquer forma de atuação amadorística, obrigando também a entidade a organizar-se de modo eficiente; com relação à exigência de eficiência, há duas normas expressas que a consagram no próprio texto constitucional: a avaliação periódica de desempenho a que está submetido o servidor; a possibilidade de formalização de contratos de gestão, as organizações sociais e as agências executivas e outras formas de modernização instituídas a partir da EC nº 19/98.

→ a previsão dessas regras na CF não se limita ao “*caput*” do art. 37, podendo ser encontrada em outros pontos; servem de exemplos as previsões do art. 5º, LXXIII (***moralidade administrativa***), art. 93, IX e X (***motivação das decisões judiciais***), art. 169 (princípio da ***eficiência***, quando limita os gastos com folha de pessoal), entre outros.

→ cada Estado no exercício de seu Poder Constituinte Derivado Decorrente, com fundamento no art. 25 da CF, tem a possibilidade, quando da elaboração de suas Constituições, de acrescentar outros princípios, como por exemplo a Constituição paulista, que prevê a razoabilidade, a finalidade, a motivação e o interesse público como princípios básicos da Administração; a mesma conclusão pode ser adotada para o Distrito Federal e para os Municípios quando da elaboração de suas Leis Orgânicas, a teor do disposto, respectivamente, nos artigos 32 e 29 da CF, bem como para o legislador infraconstitucional.

→ a violação de qualquer dos princípios básicos da Administração inibe a edição de ato, contrato ou instrumento administrativo válido e capaz de produzir efeitos jurídicos; tal violação, isolada ou conjuntamente, sugere sempre o exercício do controle dos atos da Administração, seja por meio de *mandado de segurança*, *ação popular*, *ação civil pública*, seja mesmo pela aplicação do *princípio da autotutela*; há, contudo, situações que importam maior gravidade, ensejando, a partir da violação do princípio, a aplicação de sanções civis, penas, políticas e administrativas - ex.: a contratação com fraude ao procedimento licitatório e conseqüente favorecimento do contratado (houve violação ao princípio da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, podendo ter havido, ainda, a violação do princípio da eficiência; tal contratação poderá ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92, apurando-se a prática do ato de improbidade administrativa por meio de *ação civil pública*; mas a mesma contratação poderá ensejar a impetração de *mandado de segurança* pelo titular do direito de participar de certame licitatório válido, assim como poderá ensejar, pelo cidadão, o ajuizamento de *ação popular* ante o prejuízo causado ao patrimônio público); admite-se a convalidação, seja por meio de ratificação, seja mediante confirmação, de atos administrativos editados com preterição dos princípios, em especial quando deles não decorrer prejuízo material para os administrados e para a Administração Pública; os atos praticados com vício de forma, porque inobservada a regra de competência, ou com preterição da forma exigida em lei, podem e devem ensejar a convalidação; assim agindo, a Administração estará saneando o ato e homenageando o princípio da legalidade; não será admitida,

porém, para atos editados com preterição dos motivos, do conteúdo ou da finalidade, porquanto deles sempre será resultante grave prejuízo.

→ **princípios de direito administrativo:**

→ **supremacia do interesse público sobre o privado** – no confronto entre o interesse do particular e o interesse público, prevalecerá o segundo - ex.: Administração reconhece de utilidade pública um bem imóvel e declara a sua expropriação (o direito de propriedade deferido constitucionalmente ao particular cede lugar ao interesse da coletividade); haverá sempre limites a tal supremacia.

→ **indisponibilidade dos interesses públicos** – não é deferida liberdade ao administrador para concretizar transações de qualquer natureza sem prévia e correspondente norma legal; os bens, direitos e interesses públicos são confiados a ele apenas para a sua gestão, nunca para a sua disposição; o poder de disposição, seja para aliená-los, renunciá-los ou transacioná-los, dependerá sempre de lei; o princípio é próximo e se confunde em parte com o da legalidade, muito embora este lhe seja superior e antecedente necessário.

→ **continuidade** – a atividade administrativa, em especial os serviços públicos, não pode sofrer paralisações; por conta desse princípio há ressalvas e exceções ao direito de greve a todos deferido; em se tratando de agentes públicos, contudo, determinadas funções não podem sofrer paralisação em nenhuma hipótese, nem mesmo para o exercício daquele direito constitucional; há proibições ao exercício da greve por militares e para os demais tal exercício depende de regulamentação legal; serviços essenciais não admitem paralisação, como os de segurança pública, transporte público, saúde etc; também por força desse princípio, ao menos em tese, não pode o contrato administrativo não ser cumprido pelo contratado, ainda que a Administração (contratante) tenha deixado de satisfazer suas obrigações contratuais; não é aplicável aos contratos administrativos, via de regra, a chamada "*exceptio non adimpleti contractus*" (exceção de contrato não cumprido), assim como, por força desse princípio, admite-se a encampação da concessão de serviço público.

→ **autotutela** – deve a Administração rever os seus próprios atos, seja para revogá-los (quando inconvenientes), seja para anulá-los (quando ilegais); "a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (Súmula 473 do STF); anula-se o ato ilegal; revoga-se o ato inconveniente ou inoportuno; a possibilidade de revisão interna dos atos administrativos não pode conduzir a abusos, desrespeito de direitos; cessa a possibilidade de revisão, por conveniência e oportunidade, sempre que o ato produzir efeitos e gerar direitos a outrem.

→ **especialidade** – por conta desse princípio, as entidades estatais não podem abandonar, alterar ou modificar os objetivos para os quais foram constituídas; sempre atuarão vinculadas e adstritas ao seus fins ou objeto social; não se admite, então, que uma autarquia criada para o fomento do turismo possa vir a atuar, na prática, na área da saúde, ou em qualquer outra diversa daquela legal e estatutariamente fixada; a alteração do objeto somente é admissível se observada a forma pela qual foi constituída a entidade.

→ **presunção de legitimidade** – para concretizar o interesse público que norteia a atuação da Administração, suas decisões são dotadas do atributo da presunção de

legitimidade e de legalidade, tornando-as presumivelmente verdadeiras quanto aos fatos e adequadas quanto à legalidade; tal atributo permite a execução direta, pela própria Administração, do conteúdo do ato ou decisão administrativa, mesmo que não conte com a concordância do particular, e ainda que se lhe imponha uma obrigação.

→ os princípios abrangem a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

→ a atuação administrativa desconforme, ou contrária aos princípios enunciados, carreta ao ato a invalidade dos efeitos almejados pelo agente ou pela Administração; assim, perpetrando ato com preterição da *especialidade*, ou paralisando o contrato com inobservância do princípio da *continuidade*, decorrerá a edição de ato nulo, sujeitando seus responsáveis à apuração do prejuízo a que tiverem dado causa; sendo a violação qualificada, poderá ocorrer a prática de ato de improbidade administrativa.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

→ **conceito:** é o conjunto de entidades e de órgãos incumbidos de realizar a atividade administrativa visando a satisfação das necessidades coletivas e segundo os fins desejados pelo Estado.

→ **ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA BRASILEIRA:**

→ **Administração Pública direta** – corresponde à atuação direta pelo próprio Estado por suas entidades estatais: União, Estados, Municípios e Distrito Federal (a primeira é dotada de soberania, as demais, de autonomia política, administrativa e financeira).

→ **Administração Pública indireta** – quando executada por terceiros que não se confundem com a Administração Pública direta; a transferência da execução de serviços pode ocorrer para terceiros que se encontrem dentro ou fora da estrutura da Administração Pública; quando realizada por terceiros que se encontrem dentro da estrutura da Administração, mas que não se confundem com a Administração Pública direta, surgem as figuras das *autarquias*, *fundações*, *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* e, mais recentemente, as *agências reguladoras e executivas*; quando a transferência ocorre para terceiros que se encontrem fora da estrutura da Administração, vale dizer, para particulares, surgem as figuras das *concessionárias* e *permissionárias*.

→ **Paraestatais (3º setor)** – serviços sociais autônomos, organizações sociais, dentre outras.

→ dá-se o nome de **centralizada** para a atividade exercida diretamente pela entidade estatal; **desconcentrada**, sempre que a competência para o exercício da atividade é repartida ou espalhada por diversos órgãos dentro da Administração Pública direta mediante vários critérios, como o territorial, o geográfico (ex.: administrações regionais ou subprefeituras etc), o hierárquico (ex.: departamentos, divisões, unidades etc), por matéria (ex.: Ministérios da Administração Federal, Secretarias Estaduais ou Municipais etc); e **descentralizada**, quando a atividade administrativa é deferida a outras entidades dotadas de personalidade jurídica, seja por outorga (lei), seja por delegação (contrato).

→ **definição de serviço público:** é todo aquele desenvolvido pela Administração ou por quem lhe faça as vezes, mediante regras previamente estabelecidas por ela, visando à preservação do interesse público; a titularidade para a prestação de um serviço público nunca poderá sair, em vista dos interesses representados, das mãos da Administração; o máximo de que se cogita é a transferência da execução desse serviço, permanecendo a titularidade nas mãos do Poder Público, que tem a condição de fiscalização, podendo inclusive, em caso de necessidade, aplicar as sanções que se mostrarem cabíveis; a execução desses serviços só pode se verificar mediante regras prévia e unilateralmente impostas pela Administração, sem qualquer tipo de interferência do particular.

→ **estrutura da Administração Pública indireta:** as pessoas jurídicas instituídas pela vontade do Poder Público, e por isso integrantes da chamada Administração Pública indireta, possuem características próprias, distintas das pessoas jurídicas criadas por particulares; são elas: a) *a criação somente pode decorrer de lei*; b) *sua finalidade não será lucrativa*; c) *não se extinguem pela própria vontade (princípio do paralelismo das formas), mas apenas por força de lei (não lhes incidem, exclusivamente, as normas próprias do direito privado)*; d) *sujeitam-se sempre a controle interno pela própria entidade a que se vinculam e estão também sob controle externo exercido pelo Legislativo, com apoio do Tribunal de Contas, e pelo Judiciário, além da fiscalização desempenhada pelo Ministério Público*; e) *permanecem adstritas à finalidade para a qual foram instituídas (princípio da especialidade)* // não obstante se encontrarem dentro da estrutura da Administração, não se confundem com a chamada Administração Pública direta do Estado; dois são os objetivos que norteiam a criação dessas figuras: a *prestação de serviços públicos* e a *exploração de atividades econômicas*.

- **prestação de serviços públicos** – tem por objetivo oferecer concretude ao princípio da *eficiência*, visto que se parte do pressuposto de que a criação de uma pessoa para desenvolver somente um tipo de atividade faça com que ao longo do tempo se transforme em uma especialista, melhorando, assim, a qualidade do serviço; a situação descrita impede os administradores das entidades de afastá-las dos objetivos definidos na lei para os quais, aliás, foram criadas, recebendo o nome de princípio da *especialização*.

- **exploração de atividades econômicas** – a criação dessas pessoas para a exploração de atividades econômicas, entrando em um campo até então exercido com exclusividade pela iniciativa privada, ocorre em caráter excepcional e somente nas hipóteses expressamente autorizadas pela CF (segurança nacional ou interesse coletivo relevante); a atuação do Poder Público não pode, em absoluto, ser confundida com a que desenvolve um particular, eis que, nesse caso, totalmente voltada à obtenção de lucro; ainda que explorando atividade econômica, não pode a Administração balizar suas atitudes para a obtenção de lucro, mas, sim, para a preservação do interesse público que representa; toda atividade desenvolvida pelo Poder Público no setor será marcada pela absoluta ausência de prerrogativas em relação à iniciativa privada, sob pena de tornar letra morta o princípio da livre concorrência.

→ **autarquias** – são consideradas *pessoas jurídicas de direito público* criadas para a *prestação de serviços públicos* contando com um *capital exclusivamente público*; o único instrumento viável para a criação de autarquias é a lei, não se prestando para essa finalidade os decretos, as medidas provisórias, sendo,

outrossim, necessária **lei específica** quando da criação de cada autarquia (toda vez que o Poder Executivo pretender criar uma nova autarquia, posto que a competência sobre essa matéria é sua, em caráter privativo, deverá providenciar uma lei própria, não sendo possível, portanto, imaginar a criação, por intermédio de uma só lei, de diversas autarquias); a extinção também deverá ser feita mediante lei específica; apresentam como características importantes: **autonomia administrativa, autonomia financeira e patrimônio próprio**, de forma a demonstrar que, uma vez criadas, apresentam independência em relação à Administração direta, não sendo outro o significado da expressão “autarquia” (*autos arquia* = governo próprio); embora não se possa cogitar a existência de um vínculo de hierarquia ou subordinação entre a Administração Pública direta e as autarquias, é perfeitamente possível vislumbrar aqui a existência de um **controle** daquela para com estas, que **se restringirá ao campo da legalidade ou finalidade**, podendo, ainda, receber o nome de tutela; é possível atribuir a essas entidades os mesmos privilégios de que é dotada a Administração Pública direta, eis que são prestadoras de serviços públicos, única atividade que lhes é possível, e também em vista de sua personalidade de direito público, assim, usufruem da **imunidade tributária** em relação aos impostos e **estão incluídas na expressão “Fazenda Pública”**, tendo os privilégios processuais fixados no CPC (quádruplo o prazo para contestar e o dobro para recorrer); a responsabilidade pelas obrigações contraídas por essas pessoas a elas pertence, podendo admitir-se, no máximo, seja o Estado chamado apenas em caráter subsidiário, vale dizer, apenas depois de esgotadas as forças da autarquia; não se cogita aqui da possibilidade de o Estado responder em caráter solidário; em razão das atividades que desenvolvem (serviços públicos), **não se submetem ao regime falimentar** - ex.: INCRA, IBAMA, INSS, BACEN, CEET, HC, IAMSPE, SUCEN, UNESP, UNICAMP, USP etc.

→ **agências reguladoras** – surgem como espécies de autarquias que apresentam por objetivo a regulamentação, o controle e a fiscalização da execução dos serviços públicos transferidos ao setor privado; trata-se de autarquias de regime especial, às quais se aplicam todas as características até então verificadas para as demais - ex.: ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), ANAP (Agência Nacional de Petróleo), ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e ANS (Agência Nacional de Saúde) - elas estão vinculadas e não subordinadas aos respectivos Ministérios, as duas primeiras ao das Minas e Energia, a terceira ao das Comunicações e a última ao da Saúde.

→ **fundações** – são definidas como **pessoas jurídicas de direito público ou privado** criadas para a **prestação de serviços públicos**, contando com patrimônio personalizado destacado pelo seu instituidor, para a preservação do interesse público; ao assumirem personalidade de direito público, as fundações em tudo se assemelham ao regime jurídico das autarquias, surgindo, aliás, como espécies desse gênero, sendo rotuladas como **autarquias fundacionais**; aplicam-se às **fundações públicas** todas as normas, direitos e restrições pertinentes às autarquias; é possível cogitar a existência dentro da Administração Pública indireta, de fundações com personalidade jurídica de direito privado, não se podendo confundi-las, no entanto, com as chamadas **fundações particulares**, porque são inteiramente disciplinadas pelo direito privado - ex.: Biblioteca Nacional, IBGE, FUNAI, Fundação Padre Anchieta, Fundação Butantã, Fundação Memorial da América Latina, Fundação do Zoológico, FEBEM etc.

→ **agências executivas** – qualificativo atribuído às autarquias e fundações da administração federal, por iniciativa do Ministério Supervisor ao qual está vinculada, que tiverem com ele celebrado contrato de gestão e possuam plano estratégico de reestruturação e desenvolvimento institucional voltado para a melhoria da qualidade de gestão e para a redução de custos; não pode ser confundida com a criação de uma nova pessoa jurídica, como nos casos das autarquias e fundações, mas, apenas, de um qualificativo a elas atribuído por iniciativa da Administração direta e em caráter temporário, com o objetivo de estabelecer metas a serem cumpridas em nome do princípio da eficiência.

→ **empresas públicas (estatal)** – são definidas como *peças jurídicas de direito privado*, criadas para a *prestação de serviços públicos* ou para a *exploração de atividades econômicas*, constituídas por um *capital exclusivamente público e sob qualquer modalidade empresarial (sociedades civis ou comerciais)*; são dotadas de *autonomia administrativa, autonomia financeira e patrimônio próprio* da mesma forma como visto para as autarquias e fundações; não existe vínculo de hierarquia ou subordinação em relação à Administração Pública direta responsável pela sua criação, o que não impede a existência de um *controle* sobre suas atividades, que *se restringirá ao campo da legalidade ou finalidade*, podendo, ainda, receber o nome de tutela; sua criação, por integrarem a Administração Pública, também depende de *lei específica*; por se tratar de pessoas jurídicas de direito privado, o papel atribuído à lei nesses casos se revela completamente diferente, eis que ela não cria, mas apenas *autoriza*, a sua criação, que se concretizará mediante *registro dos estatutos sociais no órgão competente*; não têm, por natureza, qualquer privilégio estatal, só auferindo as prerrogativas administrativas, tributárias e processuais que lhe forem concedidas especificamente na lei criadora ou em dispositivos especiais pertinentes; quanto à questão relativa à responsabilidade pelas obrigações que contraíam perante terceiros, sem dúvida nenhuma serão elas a serem chamadas, respondendo o Estado apenas em caráter subsidiário, se forem prestadoras de serviços públicos; quanto à possibilidade de se submeterem ao regime falimentar, a questão fica em direta dependência, uma vez mais, das atividades desenvolvidas, porquanto, se prestadoras de serviços públicos, não se vislumbra essa possibilidade, se exploradora de atividade econômica, a possibilidade se torna possível - ex.: BNDS, EMURB, Caixa Econômica Federal, Radiobrás etc.

→ **sociedades de economia mista (estatal)** – são definidas como *peças jurídicas de direito privado*, criadas para a *prestação de serviços públicos* ou para a *exploração de atividades econômicas*, contando com um *capital misto* e constituídas somente sob a modalidade empresarial de sociedade anônima (formato de sociedades comerciais); pela definição oferecida, surgem agora as diferenças entre as empresas públicas e as sociedades de economia mista, a começar pelo capital, eis que inteiramente público para aquelas e misto para estas; enquanto as empresas públicas podem assumir qualquer modalidade empresarial, podendo surgir na forma de sociedades civis ou comerciais por força do art. 5º do Dec.-lei nº 200/67, as sociedades de economia mista, em vista do mesmo comando legal, só poderão assumir a modalidade de sociedades anônimas - ex.: Banco do Brasil, Petrobrás, Sabesp, Cohab, Metrô, Dersa, Cetesb, Anhembi Turismo, CET etc.

→ **terceiro setor** (é composto por particulares, portanto pessoas jurídicas de direito privado, que não integram a estrutura da Administração Pública, mas que com ela mantêm, por razões diversas e por meio de formas diferenciadas, parcerias com o intuito de preservar o interesse público):

→ **organizações sociais (paraestatal)** – são definidas como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado, tais como: ensino, pesquisa científica, proteção ao meio ambiente, incentivo à cultura, programas de saúde; a parceria será concretizada por meio de um contrato de gestão, pela qual serão definidos os incentivos que essas pessoas receberão do Estado para a execução das atividades, dentre eles: destinação de recursos orçamentários, destinação de bens (por meio de permissão de uso), destinação de serviços, possibilidade de serem elas contratadas por dispensa de licitação; é de se registrar que, por se tratar de qualificativo atribuído em caráter temporário a particulares, a referência aos exemplos torna-se difícil, o que não nos impede de mencionar que sua utilização tem se verificado, em maior escala, no setor de saúde, quando então o Estado repassa a essas entidades a administração de hospitais públicos.

→ **serviços sociais autônomos (paraestatal)** – são todos aqueles instituídos por lei com personalidade jurídica de direito privado para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, e que não tenham finalidade lucrativa; atuam ao lado do Estado, em caráter de cooperação, não prestando serviço público delegado, como ocorre com as organizações sociais, mas atividades privadas que o Poder Público tem interesse em incentivar; esses serviços sociais autônomos têm autorização do Estado para arrecadar e utilizar, na sua manutenção, contribuições parafiscais; embora não integrantes da Administração Pública, sujeitam-se aos princípios da licitação, à realização de processo seletivo e à prestação de contas, por estarem manuseando verbas públicas; assumem a forma de instituições particulares convencionais, tais como fundações, sociedades civis e associações, e não possuem privilégios fiscais, administrativos e processuais - ex.: SENAI, Sesi, Sesc, SENAC etc.

→ tanto as **organizações sociais** quanto os **serviços sociais autônomos** surgem como entidades “*paraestatais*” (significa *ao lado do Estado*), eis que não integram a estrutura da Administração Pública, mantendo, entretanto, parcerias por razões diferenciadas; enquanto para as organizações sociais o que justifica a parceria é a transferência de serviços públicos, para os chamados serviços sociais autônomos é o fomento de atividades que, embora não possam ser confundidas com serviços públicos, o Estado tem interesse em incentivar, desenvolver.

ORGÃOS, CARGOS E AGENTES PÚBLICOS

→ a atividade administrativa pode ser exercida diretamente pela Entidade Estatal (**centralização**), por outras pessoas jurídicas e ela vinculadas (**descentralização**) ou por escalões diferentes e que compõem a estrutura administrativa da mesma entidade (**desconcentração**); a diversidade e multiplicidade de funções exige uma ou outra solução; há impossibilidade de concentração em um só centro de competência de todas as tarefas deferidas a determinada entidade estatal; assim, ante o gigantismo de suas atribuições inicialmente acometidas apenas à chefia, ocorrendo a **desconcentração**, que

exige a manutenção de vínculo hierárquico e funcional, diferentemente do que ocorre com a **descentralização** (por outorga ou delegação, conforme decorre de lei ou contrato).

→ **órgãos públicos**: são centros de competência, ou unidades de atuação, pertencentes a uma entidade estatal, dotados de atribuições próprias, porém não dotados de personalidade jurídica própria; por não ser dotado de personalidade jurídica (integram a pessoa jurídica), atua em nome daquele a que se vinculam, não sendo sujeitos de obrigações e de direitos; dessa forma, a Secretaria de Estado da Saúde (órgão) atua em nome do Estado (pessoa jurídica de direito público), o Ministério da Justiça (órgão) atua em nome da União (pessoa jurídica de direito público).

→ **quanto à posição hierárquica:**

→ **independentes** – têm origem na CF e representam os Poderes do Estado, sem qualquer subordinação - ex.: Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário (ou a Presidência da República, o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e dos Senadores, o STF, no âmbito federal; o Governo do Estado, a Assembléia Legislativa, o Tribunal de Justiça e os Tribunais de Alçada, no âmbito estadual; a Prefeitura Municipal, a Câmara de Vereadores, no âmbito municipal).

→ **autônomos** – subordinados aos independentes e localizados na cúpula da Administração, possuem autonomia administrativa e financeira (os ministérios, as secretarias estaduais e municipais, a procuradoria-geral de Justiça).

→ **superiores** – são órgãos de direção despidos de autonomia e voltados a funções técnicas e de planejamento (os gabinetes, as coordenadorias, as divisões).

→ **subalternos** – são despidos de autonomia e resumidos à execução de atribuições confiadas por outros órgãos (seções, portarias, serviços).

→ **quanto à composição:**

→ **simples** – reúnam um único centro de competência (órgão).

→ **compostos** – reúnam mais de um centro de competência (órgão).

→ **quanto à atuação funcional:**

→ **singulares** – decidam pela vontade de um único agente (titular) - ex.: a Presidência da República, a Governadoria e a Prefeitura.

→ **colegiados** – decidam pela conjugação de vontades de seus integrantes (membros); deliberação é o designativo correto para as decisões colegiadas.

→ **função pública**: atribuição, encargo ou competência para o exercício de determinada função, assim também como o fim a que se destina o exercício da atividade.

→ **emprego público**: corresponde à possibilidade de exercício da função pública por contrato de trabalho regido pela CLT (sociedade de economia mista, empresa pública e mesmo a Administração direta, quando não adotado o regime estatutário).

→ **cargos públicos**: é a unidade de atribuições e responsabilidades confiadas a um agente público; os cargos públicos devem ser organizados em **classes** (corresponde a junção de cargos de idêntica natureza, com competência, responsabilidade e

vencimentos idênticos) ou **carreiras** (corresponde à organização dos cargos, sendo obrigatória a sua existência na Administração direta e indireta, sugerindo vinculação hierárquica entre uns e outros e forma isonômicas de acesso, por promoção, remoção, permuta etc.) que compõem o quadro; eles devem ser criados por lei ou resolução (Poder Legislativo) e somente serão extintos ou transformados por ato da mesma natureza (princípio do *paralelismo das formas*); podem ser **efetivos**, em **comissão**, ou **vitalícios**, conforme o modo de provimento ou investidura do agente; no Poder Executivo, sempre são criados por lei, sendo esta de iniciativa do chefe do Poder Executivo; os cargos no Poder Legislativo dependem de ato normativo interno (resolução), com conteúdo e forma de lei; para o Poder Judiciário há necessidade de lei de iniciativa da chefia desse Poder, sendo aplicável idêntica regra aos Tribunais de Contas e ao Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Estados; os cargos vitalícios (juiz, promotor, conselheiro do Tribunal de Contas) são institucionalizados pela CF e os demais, por lei; a exigência do concurso público somente se dá em face dos cargos efetivos, ou de provimento efetivo, não sendo exigido para o exercício temporário de função pública (provimento temporário), para os cargos declarados em lei de provimento em comissão e para as "*funções de confiança*"; as "*funções de confiança*" somente podem ser exercidas por servidores públicos, já concursados; destinam-se apenas às "atribuições de direção, chefia e assessoramento"; os cargos em comissão, ou seja, os que admitem o provimento independentemente de concursos (livre nomeação), também são destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento", devendo parte deles ser preenchida tão-só por servidores públicos, como determina a CF.

→ **agentes públicos**: é toda pessoa física vinculada, definitiva ou transitoriamente, ao exercício de **função pública**; os agentes públicos ocupam cargos que integram os órgãos, que, por sua vez, integram a entidade estatal, na qual desempenham funções públicas; as funções têm natureza de encargo ("*múnus público*") e sempre se destinam a satisfazer as necessidades da coletividade.

→ **políticos** – são titulares de cargo localizados na cúpula governamental, investidos por eleição, nomeação ou designação, para o exercício de funções descritas na CF; são políticos eleitos pelo voto popular, ministros de Estado, juízes e promotores de justiça, membros dos Tribunais de Contas e representantes diplomáticos.

→ **administrativos** – são os vinculados à Administração por relações de emprego, profissionais, normalmente nomeados ou contratados, não exercendo atividades políticas ou governamentais; têm como espécies os servidores públicos (antigos funcionários públicos) concursados; os exercentes de cargo ou emprego em comissão e os servidores temporários.

→ **honoríficos** – são os exercentes de função pública de forma transitória, convocados, designados ou nomeados para cumprir objetivos cívicos, culturais, educacionais, recreativos ou de assistência social, como o mesário eleitoral ou membro do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri - jurado.

→ **delegados** – são os destinatários de função específica, realizando-a em nome próprio, tal como ocorre com os serventuários da Justiça em serventias (cartórios) extrajudiciais (registro civil das pessoas naturais, por ex.).

→ **credenciados** – são os que recebem poderes de representação do ente estatal para atos determinados, como ocorre nas transações internacionais.

→ **órgão** corresponde a centro de competência despersonalizado e integrante da estrutura administrativa; **cargo**, ao lugar titularizado pelo agente público; e **função**, aos encargos ou atribuições; não há cargo sem função; há função sem cargo.

→ **competência legiferante**: a competência para legislar sobre essa matéria pertence às quatro pessoas integrantes da nossa Federação, cada qual, por óbvio, dentro do campo de atuação que lhe foi reservado pela Constituição.

→ **investidura ou provimento**: à forma de vinculação do agente ao cargo ou à função dá-se o nome de investidura ou provimento; a investidura contrapõe-se à vacância, forma de desligamento do agente público do cargo ou função, e pode ser:

→ **política** – é decorrente de eleição para mandatos (Presidente da República, senadores, deputados, governadores, prefeitos e vereadores), assim como para altos cargos da Administração e para os em comissão nas mesmas circunstâncias (ministros, secretários, procurador-geral da República e procurador-geral da justiça).

→ **originária ou derivada** – a **originária** corresponde à primeira forma de vinculação do agente e a **derivada** pressupõe vinculação anterior (**promoção**, **remoção**, **permuta**); ambas pressupõem, via de regra, **concurso**: externo (originária) ou interno (derivada); o provimento **derivado** está presente também na **reintegração** (corresponde ao retorno ao cargo anterior por anulação do desligamento, podendo ser judicial ou administrativa, conforme decorra ou não de decisão judicial; o agente retorna com os mesmos direitos; se o cargo já tiver sido ocupado por outro, este será removido para cargo desimpedido ou permanecerá em disponibilidade), **readmissão** (correspondia à forma de retorno do servidor legal e corretamente desligado; era discricionária e não podia ser imposta pelo Judiciário; não é mais admitida, pois os estatutos não mais a contemplam), **aproveitamento** (o término do período de disponibilidade corresponde ao aproveitamento, pelo qual o servidor retoma o exercício de suas funções no cargo de que é titular) e **reversão** (corresponde ao retorno do agente público aposentado ao cargo que ocupava ou a outro compatível, normalmente condicionada a certo trato temporal ou à superação da limitação física ou mental que impôs a aposentadoria por invalidez; a crítica que se faz a essa forma de provimento derivado é a de que não pressupõe a realização de novo concurso público seletivo, correspondendo, em tese, a burla à exigência constitucional).

→ **vitaliciedade** – é a que confere caráter de perpetuidade ao seu titular (juízes, promotores de justiça, membros do Tribunal de Contas), exigindo processo judicial para o desligamento.

→ **efetiva** – é adequada para os servidores públicos, conferindo grau de estabilidade depois de vencido o estágio probatório de três anos.

→ **em comissão** – não confere vitaliciedade ou efetividade ao titular, sendo cabente nas nomeações para cargos ou funções de confiança.

→ **estabilidade ≠ vitaliciedade**: enquanto a estabilidade assegura efetivamente a permanência do servidor no serviço, a vitaliciedade assegura a sua permanência no cargo, incidindo não sobre todas as carreiras, mas, tão-somente, em relação àquelas relacionadas pela própria Constituição; embora ambas demandam nomeação em caráter efetivo, ou seja, precedida de concurso público, o estágio probatório para a estabilidade é de três anos, enquanto o da vitaliciedade é de apenas dois; enquanto a perda do cargo

pelo servidor vitalício só poderá ocorrer mediante sentença judicial com trânsito em julgado ou de deliberação do tribunal ao qual esteja o Juiz vinculado (antes do seu vitaliciamento), o servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgada, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, assegurando ampla defesa.

→ **vacância**: o desligamento do agente público corresponde à sua destituição do cargo, emprego ou função; há vacância nas seguintes hipóteses:

→ **exoneração** – que pode ser a pedido ou não; a exoneração "*ex officio*" pode ocorrer para os cargos *vitalícios* (sempre que não for satisfeito o estágio probatório, ou quando o agente, a despeito de ter tomado posse, não entra em exercício), *efetivos* ou *em comissão*.

→ **demissão** – é imposta pelo cometimento de falta disciplinar e tem natureza de penalidade.

→ **falecimento**

→ **aposentadoria** – é a transferência para a inatividade remunerada, podendo ser *voluntária* (a pedido e desde que satisfeitos certos requisitos), *compulsória* (obrigatória) e *por invalidez*.

→ **readaptação** – corresponde à investidura do agente em cargo compatível com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, fixada tal limitação em inspeção médica.

→ a Lei nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos da União) menciona ainda a **ascensão**, a **transferência** e a **posse em outro cargo inacumulável** como formas de vacância.

→ a CF, por força da EC nº 19/98, prevê outras duas hipóteses de desligamento: a) **avaliação insatisfatória de desempenho** e b) **para atender ao limite de despesas com pessoal ativo e inativo** (a *Lei de Responsabilidade Fiscal* estabelece para a União o limite máximo de 50% do gasto com folha de pessoal em relação à arrecadação e de 60% para os Estados, Municípios e Distrito Federal).

→ **acessibilidade**: os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros e estrangeiros (incluídos pela EC nº 19/98), na forma da lei; existem cargos que a CF houve por bem restringir tão somente para os brasileiros natos, excluindo assim os brasileiros naturalizados, bem como os estrangeiros, por razões óbvias (ex.: cargos que materializam a linha sucessória do Presidente da República); há exigência de aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo exceções constitucionais estabelecidas (ex.: cargos em comissão); as funções de confiança (direção, chefia e assessoramento) não exigem concurso, já que acessíveis apenas aos servidores de carreira; as contratações por tempo determinado somente são admitidas para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e quando possível deve exigir seleção pública; o prazo de validade do concurso público não é de dois anos, mas de “até dois anos”, prorrogável uma vez, por igual período, passando os aprovados a deter direito subjetivo no caso de nomeação, podendo, no concurso, a Administração estabelecer requisitos específicos (sexo, idade, estatura física), desde que compatíveis com a função a ser exercida, assim como alterá-los se o interesse público assim o reclamar; a possibilidade de alteração não fere o princípio da *igualdade* e atende ao princípio da *razoabilidade*, visto que impossível a todos o exercício de toda e qualquer

atividade // a possibilidade de o ingresso no serviço público fazer-se diretamente, sem concurso, é absolutamente excepcional; é que a CF prevê hipóteses excepcionais de contratação por tempo determinado, ou serviços de caráter temporário; nessa hipóteses, porém, o agente não ocupará cargo ou emprego público, exercerá tão-somente a função pública; por isso não se exige concurso público para o exercício de função pública, ditando a CF a obrigação apenas para "cargo ou emprego" ("*a investidura em cargo ou emprego público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressaltadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*") // a Administração, antes da posse, pode revogar ou anular o concurso, desde que concorra ou o interesse público ou qualquer ilegalidade na sua realização; depois da posse, somente se admitirá a invalidação do concurso mediante regular processo administrativo, assegurando o contraditório e a ampla defesa // vencido o **concurso público**, passa o aprovado a deter direito subjetivo à nomeação se esta vier a ocorrer; o provimento do cargo dá-se pela **nomeação** (por decreto, por portaria; pode ser concretizada em caráter efetivo, quando se trata de cargo isolado ou de carreira, e em comissão para cargos de confiança livre de exoneração); a investidura decorre da **posse**, que é a condição para o exercício da função pública (deverá ocorrer no prazo de 30 dias, contados da publicação do ato de provimento, quando então o servidor deverá apresentar sua declaração de bens e valores, bem como a declaração quanto ao exercício ou não de outro cargo, emprego ou função pública; o ato de posse também dependerá de prévia inspeção médica oficial), e a partir desta passa o servidor a deter direitos inerentes ao seu cargo; o início efetivo das suas atribuições deverá ocorrer no prazo de 15 dias, contados a partir da posse, sob pena de exoneração; ao entrar em exercício, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo ficará sujeito a **estágio probatório por período de 36 meses**, durante o qual a sua aptidão e capacidade serão objeto de avaliação para o desempenho do cargo, observados os seguintes fatores: assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade; a passagem para a estabilidade não se faz mais de forma automática, demandando a realização de uma **avaliação especial de desempenho** por comissão instituída para essa finalidade; embora expressamente prevista, a realização da avaliação de desempenho até o presente momento não foi concretizada, na medida em que depende da edição de regulamentação posterior que ainda não foi levada a efeito; preenchidos todos os requisitos, ou seja, nomeação em caráter efetivo, estágio probatório de 3 anos e aprovação em avaliação de desempenho, o servidor adquire a estabilidade, que lhe garante a permanência no serviço público e não no cargo; extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo; não é possível a demissão ou exoneração do funcionário sem oferecer a ele contraditório e ampla defesa; nada impede que a exoneração recaia sobre o funcionário em estágio probatório, desde que decorrente da extinção do cargo.

→ **sistemas remuneratórios dos agentes públicos:**

→ **remuneração (ou estipêndio)** – é devida à grande massa de servidores públicos (ou agentes administrativos), correspondendo ao valor fixado em lei (vencimento - no singular) e às vantagens pessoais (vencimentos - no plural); corresponde ao valor a que faz jus o servidor pelo período trabalhado.

→ **subsídios** – é a modalidade de remuneração, fixada em parcela única e devido aos chamados agentes políticos (detentores de mandato eletivo, membros da Magistratura e MP, conselheiros dos Tribunais de Contas) e outros de

determinadas categorias profissionais (procuradores dos Estados, integrantes da Advocacia-Geral da União e defensores públicos, servidores da Polícia Federal, Civil e Militar, inclusive Corpos de Bombeiros Militares); por ser devido e fixado em parcela única, o subsídio não pode incluir qualquer vantagem pessoal (anuênios, quinquênios etc.), mas não impedem o recebimento de 13º salário, adicional noturno, adicional de férias, salário-família etc.

- **adicionais** são vantagens devidas pelo tempo de serviço ou pelo exercício de funções especiais; **gratificações** são devidas em razão de condições anormais do serviço ou em razão de condições do servidor; a totalização da parcela fixa (vencimento) e as gratificações e adicionais compõem a remuneração do servidor público.

- vige a proibição da irredutibilidade de vencimentos.

- independentemente do regime a que estiver submetido o servidor, a CF estabelece qual o limite máximo de remuneração dentro da Administração Pública, isto é, o que percebem os *Ministros do STF* a título de subsídio.

→ **acumulação remunerada:** é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários e não ultrapasse o valor do subsídio percebido pelos Ministros do STF: *a de dois cargos de professor, a de um cargo de professor com outro técnico ou científico, a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas* // a possibilidade de acumulação remunerada de cargos também se estende, desde que comprovada a compatibilidade de horários, e que o resultado da acumulação não exceda o valor do subsídio dos Ministros do STF, para os integrantes do Poder Judiciário e do MP, conforme previsão constitucional, podendo exercer *a de um cargo de magistério* // a CF estabeleceu regras específicas acerca dessa proibição para os detentores de mandato eletivo: *tratando-se de mandato federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função; investido no mandato de prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração; investido no mandato de vereador, havendo compatibilidade de horários, perceberá as vantagens de seu cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo, e, não havendo compatibilidade, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.*

→ **aposentadoria:**

→ **voluntária** – decorre de pedido do servidor desde que conte com mais de 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 anos no cargo, podendo gerar direitos à percepção de proventos integrais ou proporcionais; serão integrais se o servidor contar com mais de 70 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher; serão proporcionais se o servidor contar com 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher.

→ **compulsória** – é determinada aos 70 anos de idade, com direito à percepção de proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

→ **por invalidez** – toma em conta a impossibilidade de continuidade no exercício das atividades decorrentes do cargo, emprego ou função, podendo gerar direito a proventos proporcionais ao tempo de contribuição, ou integrais, se a limitação física ou mental for decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave.

→ o critério deixou de ser o “*tempo de serviço*” e passou a ser o “*tempo de contribuição*”, o que faz com que só possam aposentar-se por essas regras os servidores que, em alguma medida, tenham contribuído para a seguridade social; a regra não é aplicada a qualquer servidor público, mas, tão-somente, aos que sejam titulares de cargos efetivos na Administração direta e nas autarquias e fundações; não serão destinatários os servidores públicos que não ocupem cargos efetivos (aqueles cuja nomeação não tenha sido precedida de concurso público) e os que ocupam cargos em sociedades de economia mista e empresas públicas, aplicando-se a estes as regras do regime geral de previdência; a CF estabeleceu limites máximos (o do subsídio dos Ministros do STF) para os proventos de aposentadoria, incluindo-se aquelas situações que envolvem hipóteses de acumulação com vencimentos dos cargos em atividade; qualquer modificação introduzida na remuneração dos servidores em atividade deverá ser, imediatamente, estendida para os aposentados e pensionistas na mesma data e na mesma proporção, sob pena de inconstitucionalidade.

→ **deveres dos agentes públicos**: estão expressos no texto constitucional e nos diversos Estatutos dos Servidores Públicos; a Lei nº 8.429/92 também expressa a possibilidade de sancionamento da conduta do agente ímprobo, ou seja, autor de ato de improbidade administrativa (atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito do agente ou do particular beneficiado; atos que importam dano ao Erário e atos que importam violação aos princípios da Administração); pela doutrina são anotados os seguintes deveres: a) *dever de lealdade* (para com a entidade estatal a que está vinculado), b) *dever de obediência* (acatamento à lei e às ordens de superiores), c) *dever de conduta ética* (de honestidade, moralidade, decoro, zelo, eficiência e eficácia).

→ **direitos e deveres infraconstitucionais**: a fixação pela CF das regras básicas relativas ao regime dos servidores públicos não esgota o tema, não impedindo o legislador infraconstitucional de discipliná-lo, inclusive, como já se disse no início, inovando sobre ele, estabelecendo obrigações e direitos; a matéria relativa aos servidores públicos é daquelas que comportam leis federais, estaduais, municipais e distritais, cada qual, por óbvio, dentro do seu campo de atuação; dessa forma, perfeitamente possível que a matéria seja disciplinada de forma diferenciada nas diversas esferas do governo, desde que respeitados os princípios estabelecidos pela CF.

→ **responsabilidade do agente**: a prática de ato ilícito pelo agente público no exercício de suas funções pode ensejar a ***responsabilização civil, criminal e administrativa***; a ***responsabilidade civil*** e a ***responsabilidade criminal*** são fixadas pelo Judiciário, segundo as normas do direito civil e do direito penal; a ***responsabilidade administrativa*** é apurada e fixada pela própria Administração Pública, em sede de procedimento próprio (processo administrativo disciplinar ou sindicância); em qualquer caso, porém, há necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa; a sanção em razão do cometimento de ilícito administrativo deve estar prevista em lei, e será fixada em conformidade com a gravidade da infração; a extinção da pena disciplinar pode decorrer do seu *cumprimento*, da *prescrição* (opera a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo) ou do *perdão* (depende de lei ou ato normativo geral editado pelo próprio Poder que aplicou a sanção; a pena de demissão não é suscetível de perdão); a pena de demissão não é aplicável aos *vitalícios*, porquanto depende de processo judicial; a apuração da ***responsabilidade administrativa*** independe, pois, do Judiciário // a ***responsabilidade civil*** pode ser apurada internamente e resultar em acordo com o

servidor sempre que se cuidar de dano causado ao Estado; em se tratando de servidor celetista, é indispensável a sua concordância para os descontos mensais; para os demais agentes, se a lei prever o desconto, este poderá ocorrer independentemente de eventual discordância (a decisão é auto-executável); se o dano tiver sido praticado contra terceiro, porém, responderá o Estado, restando-lhe a ação regressiva; em qualquer caso, para que o agente seja responsabilizado é indispensável a configuração do ilícito civil (ação, culpa ou dolo, relação de causalidade e verificação do dano) // a **responsabilidade criminal** decorre da prática de infração penal, é apurada e fixada pelo juízo criminal, segundo as normas próprias (CP, CPP e legislação especial); a decisão proferida no juízo criminal (na ação penal) somente repercute na Administração (comunicabilidade das instâncias), inibindo o processamento do processo administrativo se: a) *negar a existência do fato*, b) *negar a autoria*; assim, se determinado agente é denunciado pela prática do crime de "conculção" e no juízo criminal é absolvido porque o fato não ocorreu, ou tendo ocorrido, não é o seu autor, deverá ser absolvido na esfera administrativa também; o mesmo se aplica à responsabilidade civil; o CP determina a possibilidade de perda do cargo, função pública ou mandato eletivo: a) *quando aplicada PPL por tempo igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública*, b) *nas demais hipóteses quando a pena aplicada for superior a 4 anos*.

PODERES ADMINISTRATIVOS

(são poderes instrumentais; é conferido à Administração Pública para bem atender ao interesse público)

→ **Poder-dever:** Poder sugere faculdade, uso de prerrogativas segundo o desejo de seu detentor; para a Administração Pública não é assim; Poder corresponde, ao mesmo tempo, a dever (**Poder-dever**); há inteira subordinação do poder em relação ao dever, tanto que aquele não pode ser exercido livremente, sujeitando-se sempre a uma finalidade específica // o seu uso de maneira ilícita encerra o abuso de poder e a ilegalidade do ato praticado; o uso ilegal pode advir da incompetência do agente, do distanciamento da finalidade do ato, ou, ainda, da sua execução equivocada; assim, tem-se o **ato ilegal** por **excesso de poder** (quando o conteúdo do ato foge aos limites a ele tangidos - ex.: quando deferida uma vantagem não prevista em lei) e **desvio de finalidade** (quando o ato for praticado com finalidade diversa da estatuída pela lei - ex.: se a desapropriação é decretada não porque o bem imóvel do particular encerra alguma utilidade social, mas para satisfazer ao desejo de seu proprietário) e o **abuso de poder** por **irregular execução do ato**; para alguns, o *abuso de poder* corresponde ao gênero, sendo suas espécies o *desvio de finalidade* e o *excesso de poder*; havidos por **desvio de finalidade**, os atos são ilegais necessariamente; se decorrentes de **excesso de poder**, podem ser mantidos os seus efeitos, desde que afastados aqueles que excedem a norma legal; o abuso de poder por **irregular execução do ato** é fácil de ser encontrado na convalidação do ato jurídico administrativo em ato concreto, material; assim, se o agente, embora competente, atua com abuso de autoridade, terá havido **abuso do poder**; o ato jurídico não será necessariamente nulo, mas seu executor responderá pela autuação ilegal (responsabilidade civil, criminal e administrativa); o *mandado de segurança*, a *ação popular* e a *ação civil pública* podem questionar, judicialmente, os atos praticados com **desvio de finalidade** e com **abuso de poder**.

→ conquanto possam ser estudados separadamente, porque interessam a capítulos e institutos diferentes, os chamados **poderes administrativos** são:

→ **vinculado (ou regrado)** (tocam aos atos administrativos) – é aquele que o agente fica inteiramente preso ao enunciado da lei, que, de resto, estabelece o único comportamento a ser adotado em situações concretas, não deixando nenhuma margem de liberdade para uma apreciação subjetiva pelo administrador - ex.: servidor que ingressa com pedido de aposentadoria em razão de atingir o limite máximo de idade permitida pela CF para a permanência no serviço público (70 anos), ou seja, único requisito exigido pela lei; revela-se nítida a ausência de possibilidade para que o administrador possa estabelecer um juízo de conveniência e oportunidade para efeito do atendimento ou não do pedido formulado; estando comprovado, não terá ele outra alternativa que não a de atender ao pedido formulado; todos os elementos do ato administrativo vêm previstos em lei e se dela se afastar, o administrador praticará ato ilegal e nulo (ex.: se um prefeito decide construir uma ponte deverá abrir concorrência pública; a decisão de construir uma ponte é discricionária).

→ **discricionário** (tocam aos atos administrativos) – é aquele que o agente também fica inteiramente preso ao enunciado da lei, que, no entanto, não estabelece um único comportamento a ser adotado por ele em situações concretas; abre um espaço para o administrador, lançando mão de um juízo de conveniência e oportunidade, não se limite a um único comportamento possível - ex.: autorização para o porte de arma, colocação de cadeiras e mesas em calçada defronte a bares e restaurantes etc.

→ **hierárquico** (tangem à Administração Pública) – é o que detêm a Administração para a sua organização estrutural, o que escalona seus órgãos e reparte suas funções, definindo, na forma da lei, os limites de competências de cada um; dele decorrem algumas prerrogativas: delegar e avocar atribuições, dar ordens, fiscalizar e rever atividades de órgãos inferiores.

→ **disciplinar** (tangem à Administração Pública) – é aquele conferido ao administrador para apurar infrações e aplicar penalidades funcionais a seus agentes e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa, como é o caso das que por ela são contratados.

→ **normativo (ou regulamentar)** – é a faculdade atribuída ao administrador (chefe do Executivo) para a expedição de *decretos* e *regulamentos* com o intuito de oferecer fiel execução à lei (não pode contrariar, restringir ou ampliar o conteúdo de leis já existentes, mas tão-somente melhor explicitá-los)(*art. 84, CF - Compete privativamente ao Presidente da República - IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução*); tudo que se disse até aqui retrata o que, na classificação doutrinária, recebe o nome de **decretos e regulamentos de execução** (se determinada matéria ainda não tiver sido objeto de regulamentação, por via de lei, não se justificará a edição de decretos e regulamentos, pois não terão ao que oferecer fiel regulamentação) sendo os únicos, aliás, admitidos em nosso ordenamento jurídico como regra geral; cumpre alertar para a existência de polêmica doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, a ponto de se admitirem em nosso ordenamento jurídico os chamados **decretos e regulamentos autônomos ou independentes**, ou seja, aqueles que não dependem da existência de lei anterior para que possam ser editados (são aceitos para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam

as reservas da lei, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas; não substituem definitivamente a lei, suprem apenas a sua ausência naquilo que pode ser provido por ato do Executivo até que a lei disponha a respeito; promulgada a lei, fica superado o decreto).

→ **de polícia (ou polícia administrativa)** – atribuição (ou poder) conferida à Administração de impor limites ao exercício de direitos e de atividades individuais em função do interesse público primário; decorre da supremacia do interesse público em relação ao interesse do particular, resultando limites ao exercício de liberdade e propriedade deferidas aos particulares; é o que ocorre para o exercício de profissões, instalação e funcionamento de lojas comerciais, e mesmo para as construções residenciais ou comerciais; nessas hipóteses, necessariamente, o interessado deverá postular a obtenção de ato administrativo que retrate a possibilidade, à vista do interesse público, de exercer seu direito; a atuação do poder de polícia, que não se confunde com polícia judiciária e a repressiva de delitos, será exteriorizada pela concessão de licença ou de autorização concedidas por alvará; a finalidade do poder de polícia é a defesa do bem-estar social, a proteção do interesse da coletividade, ou mesmo do Estado, encontrando limites nos direitos fundamentais assegurados no texto constitucionais, e sendo sempre questionável perante o Judiciário, notadamente nas hipóteses de desvio de finalidade, abuso ou excesso de poder; o exercício desse poder pode dar-se por meio da edição de **atos normativos de alcance geral** (ex.: edição de regulamentos e portarias que disciplinem o uso e a venda de fogos de artifícios, a soltura de balões, a venda de bebidas alcoólicas, bem como as limitações administrativas ao direito de propriedade) ou mesmo por meio de **atos de efeitos concretos** (os exemplos se multiplicam, podendo-se verificar a extensão desse poder na fiscalização sobre o comércio de medicamentos, o controle sobre as publicações, na aplicação de sanções a estabelecimentos comerciais por falta de segurança ou higiene, no embargo a obras irregulares, bem como no simples guinchamento de um veículo parado em lugar proibido); a atuação administrativa é dotada, por vezes, de **atributos** que buscam garantir certeza de sua execução e verdadeira prevalência do interesse público, são eles: **discricionariedade** (a lei concede ao administrador a possibilidade de decidir o momento, as circunstâncias para o exercício da atividade; concede-lhe oportunidade e conveniência a seu juízo), **auto-executoriedade** (o ato será executado diretamente pela Administração, não carecendo de provimento judicial para tornar-se apto) e **coercibilidade** (ao particular a decisão administrativa sempre será cogente, obrigatória, admitindo o emprego de força para seu cumprimento); a fiscalização exercida pela Prefeitura Municipal em bares e restaurantes, por ex., decorre do exercício do poder de polícia; fácil conhecer os atributos mencionados: a autoridade decide a ocasião, a oportunidade para a fiscalização, não havendo previsão legal para que ocorra naquela data e horário (há discricionariedade); da fiscalização poderá resultar a apreensão de mercadorias impróprias para o consumo humano, e ela será executada pela Administração (auto-executoriedade), sendo obrigatória para o particular (coercibilidade); o particular poderá a qualquer tempo questionar a atuação da Administração, normalmente o fazendo por *mandado de segurança* com pedido liminar // do poder de polícia não pode decorrer a concessão de vantagens pessoais ou a imposição de prejuízos dissociados do atendimento do interesse público; por isso, há mister da *observância da necessidade, proporcionalidade e adequação* (eficácia), que constituem limites do poder de polícia.

- **sanções:** multa (depende do Judiciário para a sua execução), a apreensão de bens, de mercadorias, o fechamento de estabelecimento, a proibição de fabricação, a inutilização de gêneros etc.

- **alvarás de licença e de autorização:** o alvará constitui gênero do qual são espécies o *alvará de licença* (definitivo e não pode ser negada ou recusada pela Administração sempre que o particular preencher todos os requisitos para a sua obtenção, como ocorre para a licença de funcionamento de bares e restaurantes, para a licença para construir, ou para a licença para o exercício de atividade profissional; o particular, ante a recusa ou omissão da Administração, pode valer-se do *mandado de segurança*, para assegurar respeito a seu direito líquido e certo) e o *alvará de autorização* (precário, discricionário na sua concessão e por isso pode ser negada ou recusada, assim como invalidada a qualquer tempo pela Administração, como ocorre na autorização para portar arma de fogo deferida ao particular ou para pesca amadora); o alvará pode ser anulado (por ilegalidade na sua concessão), revogado (por conveniência e oportunidade) ou cassado (por ilegalidade na sua execução); assim, será invalidado por culpa do particular (cassação), em razão do interesse da Administração (revogação) e por ilegalidade (anulação).

ATOS ADMINISTRATIVOS

→ **definição:** é toda manifestação *unilateral* de vontade da Administração (direta ou indireta), ou de quem lhe faça as vezes (concessionários e permissionários), que agindo nessa qualidade tenha por fim imediato, *adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar* direitos ou *impor* obrigações aos administrados, passível de reapreciação pelo Poder Judiciário (deverá restringir ao aspecto de sua legalidade, de forma a não interferir no princípio da separação entre os Poderes, e desde que, por óbvio, tenha sido provocado por terceiros); nem todo ato administrativo provém da Administração Pública, da mesma maneira que nem todo ato da Administração pode ser considerado como administrativo, pois, como se verá mais adiante, os chamados *atos de gestão* são editados pelo Poder Público, mas debaixo de regime jurídico de direito privado; a licitude dos atos praticados pelos particulares é verificada pela sua não contrariedade em relação à lei, a dos atos administrativos é aferida pela sua compatibilidade em relação a ela.

→ o CC, como se sabe, relaciona como requisitos de validade do ato jurídico em seu art. 82, *agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei*; o ato administrativo, como modalidade de ato jurídico, também não dispensa esses três requisitos de validade, guardada a necessidade de algumas adaptações, por força dos diferentes interesses a serem defendidos; em vista dos interesses representados pelo Poder Público, os atos administrativos necessitam de outros requisitos que não aparecem naqueles editados por particulares, submetidos que estão a outro regime jurídico; dentro desse contexto, nossa doutrina e jurisprudência alinhavam, com algumas variantes, os seguintes **requisitos de validade** para os atos administrativos:

→ **competência** (= agente capaz) – para ser considerado válido, deve ser editado por quem detenha competência para tanto.

→ **forma** (= forma prescrita ou não defesa em lei) – é o modo pelo qual o ato deve ser feito; é a previamente estabelecida por lei, que, em geral, é a escrita; pode se cogitar da existência de atos administrativos que não sigam essa forma escrita, mas que acabem sendo exteriorizadas por intermédio de gestos ou mesmo de maneira verbal, surgindo como exemplos os gestos e apitos emitidos por um guarda de trânsito.

→ **objeto** (= objeto lícito) – é o assunto de que trata o ato, ou seu conteúdo, como a imposição de uma multa ou a regulamentação de uma feira livre.

→ **finalidade** (exclusivo dos atos administrativos) – é o objetivo do ato, de acordo com a vontade da lei; o desvio de finalidade, ou a finalidade diversa da desejada pela lei, é uma espécie de abuso de poder.

→ **motivo** (exclusivo dos atos administrativos) – é a obrigação que tem a Administração Pública de oferecer, àqueles a quem representa, explicações quanto aos atos que edita, o mesmo não se verificando relativamente aos particulares, por representarem os seus próprios interesses; é exatamente por meio da explicação desses motivos que o Poder Judiciário terá condições, desde que provocado para tanto, de estabelecer o controle de legalidade em relação aos atos administrativos, o único, a saber, que lhe é permitido; também da necessidade de motivação desses atos é que surge a chamada “*Teoria dos Motivos Determinantes*”, segundo a qual a existência de fato dos motivos mencionados pelo administrador, que justificaram a edição do ato, condiciona sua validade, ficando ele, de resto, inteiramente preso aos motivos durante a sua execução; se deles se afastar durante a execução, caracterizada estará a figura do desvio de finalidade, modalidade de ilegalidade, e, portanto, passível de reapreciação pelo Poder Judiciário; o afastamento desses motivos só não implicará caracterização de ilegalidade naquelas hipóteses em que o interesse público continuar caracterizado (ex.: procedimento expropriatório, em que um determinado imóvel é desapropriado para a construção de uma escola e posteriormente o Poder Público resolve, por necessidade superveniente, construir naquele local uma delegacia de polícia).

→ a falta de um dos requisitos pode levar à invalidação do ato, à sua ilegalidade ou à possibilidade de sua anulação pelo Poder Judiciário.

→ **atributos** (surgem em decorrência dos interesses que a Administração representa quando atua, vale dizer, os da coletividade):

→ **presunção de legitimidade** – salvo prova em contrário, presumem-se legítimos os atos da administração e verdadeiros os fatos por ela alegados (presunção relativa ou “*juris tantum*”).

→ **auto-executoriedade** – representa a possibilidade de a Administração executar sozinha os seus próprios atos sem buscar a concordância prévia do Poder Judiciário.

→ **imperatividade** – ao editar os seus atos, a Administração poderá impor de forma unilateral seu cumprimento aos particulares em vista dos interesses que representa.

→ **classificação:**

→ **quanto aos destinatários**

→ **gerais** – são os editados sem um destinatário específico - ex.: edital de um concurso público, portaria proibindo a venda de bebidas alcoólicas a menores etc.

→ **individuais** – são os editados com destinatário certo - ex.: permissão de uso de um bem público, nomeação de um funcionário, sua exoneração, autorização para o porte de arma etc.

→ **quanto ao alcance**

→ **internos** – geram efeitos dentro da Administração Pública - ex.: edição de pareceres etc.

→ **externos** – geram efeitos fora da Administração Pública - ex.: permissão de uso, autorização para o porte de arma etc.

→ **quanto ao objeto**

→ **de império** – a Administração tem supremacia sobre o administrado; são aqueles que a Administração pratica, de forma unilateral, lançando mão de sua supremacia sobre os interesses dos particulares - ex.: interdição de um estabelecimento comercial em vista de irregularidades encontradas, embargo de uma obra pelos mesmos motivos, aplicação de sanções administrativas aos agentes públicos pela prática de irregularidades etc.

→ **de gestão** – são aqueles que a Administração pratica afastando-se das prerrogativas (cláusulas exorbitantes) que normalmente utiliza para se equiparar aos particulares com quem se relaciona - ex.: situação em que o Poder Público celebra contratos de locação com particulares na qualidade de locatário, pois esse tipo de ajuste não caracteriza contrato administrativo.

→ **de expediente** – são os destinados a dar andamento aos processos e papéis que tramitam no interior das repartições.

→ **quanto ao grau de liberdade conferido ao administrador**

→ **vinculados** – são aqueles em que o administrador fica inteiramente preso ao enunciado da lei, que estabelece, previamente, um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, não existindo, pois, nenhum espaço para a realização de um juízo de conveniência e oportunidade - ex.: regras de um concurso público etc.

→ **discricionários** – embora também esteja o administrador submetido ao império da lei, aqui ela não prevê um único comportamento possível de ser adotado em situações concretas, abrindo, por consequência, espaço para que o administrador estabeleça um juízo de conveniência e oportunidade - ex.: determinação de mão única ou mão dupla de trânsito numa rua etc.

→ **quanto à formação do ato**

→ **simples** – são aqueles que resultam da manifestação de vontade de um único órgão, pouco importando sua natureza, se unipessoal ou colegiado.

→ **compostos** – resultam, de igual sorte, da vontade única de um órgão, ficando, entretanto, na dependência de confirmação por outro superior para tornarem-se exeqüíveis.

→ **complexos** – são aqueles que resultam da manifestação de vontade de mais de um órgão - ex.: ato de investidura na Administração (é um ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo chefe do Executivo e

complementado pela posse e exercício dados pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado).

→ **espécies:**

→ **normativos** – são atos que contêm um comando geral, impessoal, como o *regulamento*, o *decreto*, o *regimento* (é de aplicação interna, destinando-se a prover o funcionamento dos órgãos) e a *resolução* (é ato editado por altas autoridades - ministros e secretários de Estado - e se destina a esclarecer situação própria da sua área de atuação); as *deliberações*, que podem ser normativas ou meramente decisórias, retratam a conjugação de vontade da maioria que compõe o órgão colegiado, possuindo a natureza de ato normativo.

→ **ordinários** – são atos disciplinadores da conduta interna da Administração, endereçados aos servidores, como as *instruções*, os *avisos*, os *ofícios*, as *portarias* (normalmente utilizadas para designar servidores para determinada função, ou dão início a sindicância e a procedimento administrativo disciplinar), as *ordens de serviço* ou *memorandos* (dão início à execução do contrato administrativo, indicando ao particular a possibilidade de iniciar a contraprestação avençada).

→ **enunciativos** – são os atos que apenas atestam, certificam ou declaram uma situação de interesse do particular ou da própria Administração, tal como ocorre com as *certidões* (consigna o registro em livros, papel ou documento oficial), *atestados* (comprova um fato havido, ainda que sujeito a alteração), *pareceres normativos*, *pareceres técnicos*.

→ **negociais** – são os atos que exprimem manifestação de vontade bilateral e concordante: Administração e particular sugerindo a realização de um negócio jurídico - ex.: *licença* (não pode ser negada sempre que cumpridas as exigências para a sua obtenção, constituindo esta direito individual líquido e certo; daí ser indenizável a sua revogação posterior) *autorização* (é uma espécie de alvará; pode ser recusada e a qualquer tempo invalidada), *permissão* (exprime a faculdade outorgada ao particular para a utilização especial de bem público ou prestação de serviço público - ex.: alvarás de licença para edificar, construir e exercer profissão; autorização para o porte de arma de fogo, para caça e pesca amadoras; permissão para a instalação de banca de jornais e revistas em logradouros públicos; as permissões devem ser licitadas) etc; são expedidas a pedido ou a requerimento do interessado, carecendo sempre da manifestação concordante da vontade de ambos.

→ **punitivos** – são os atos que contêm uma sanção imposta ao particular ou ao agente público ante o desrespeito às disposições legais, regulamentares ou ordinatórias; são exemplos a *multa administrativa* (única a depender do Judiciário para a sua execução), a *interdição administrativa*, a *destruição de coisas*, o *afastamento temporário de cargo ou função pública*; todos dependem de procedimento administrativo contraditório (ampla defesa, inclusive) e são de iniciativa vinculada.

→ **invalidação do ato administrativo:** os atos administrativos podem deixar de produzir efeitos sempre que verificada a necessidade de sua supressão, seja por ilegalidade (*anulação*), seja por conveniência e oportunidade (*revogação*), seja, quando possível, por descumprimento na sua execução (*cassação*); a *anulação* tanto pode ser derivante de decisão da própria Administração como também ordenada pelo Judiciário, operando os seus efeitos retroativos ("ex tunc"); a *revogação*, contudo, somente é

possível por decisão da própria Administração, e opera efeitos "*ex nunc*", não retroagindo e não alcançando direitos adquiridos.

LICITAÇÃO

→ **definição:** é um procedimento administrativo voltado à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação desejada pela Administração e necessária ao atendimento do interesse público; tem como finalidade permitir a melhor contratação possível (seleção da proposta mais vantajosa, não necessariamente a que apresente o menor preço) e possibilitar que qualquer interessado possa validamente participar da disputa pelas contratações; é composta por diversas fases (etapas), todas elas independentes entre si, apresentando-se em uma ordem cronológica que não pode ser alterada, visando à celebração de um futuro contrato; *a realização de licitação é a regra, excepcionalmente, admite-se a contratação direta (sem licitação).*

→ **competência:** enquanto a União tem competência para a edição de normas gerais, fica para os Estados, Municípios e Distrito Federal a competência para edição de normas específicas dentro do seu território; além da competência para legislar, as quatro pessoas já mencionadas, apresentam competência para a abertura de procedimentos licitatórios, cada qual dentro do seu campo de atuação.

→ **princípios:**

→ **gerais** – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e isonomia.

→ **específicos** – vinculação ao instrumento convocatório (edital ou convite), procedimento formal, julgamento objetivo das propostas, sigilo na apresentação das propostas, adjudicação compulsória ao vencedor etc.

→ **objeto:** *obras, serviços*, inclusive de publicidade, *compras, alienações, locações, concessões e permissões*, quando contratadas pela Administração, constituem o objeto possível do certame licitatório.

→ **contratação direta:**

→ **licitação dispensável:**

→ *em razão do valor*

→ *em razão de situações excepcionais* – em casos de guerra, grave perturbação da ordem (greve, motim, revolução, golpe de Estado), emergência (não se confunde com mera urgência; é evento inesperado e imprevisível, decorrente da ação da natureza - inundações, seca, epidemia - permite a contratação por prazo não superior a 180 dias; a emergência ficta ou decorrente de omissão ou incúria do agente público deve levar este à responsabilização administrativa, criminal e civil, porque frustradora do dever de licitar) ou calamidade pública, quando não há interessados habilitados, é autorizada a contratação direta.

→ *em razão do objeto* – ex.: nas compras de hortifrutigranjeiros e outros gêneros perecíveis, desde que observado o preço do dia e o tempo necessários à realização do certame; nas compras de materiais usados pelas

Forças Armadas, desde que não se trate de material de uso pessoal e administrativo, dentre outras hipóteses.

→ **em razão da pessoa** – ex.: na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, desde que se trate de contrato de prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra e que o preço seja compatível com os praticados no mercado (o superfaturamento nunca é permitido); para as contratações com organizações sociais, desde que se trate de serviços, que a qualificação tenha sido obtida no âmbito das respectivas esferas de governo e o objeto esteja contemplado no contrato de gestão.

→ a lei enumera taxativamente as hipóteses de dispensa.

→ há situação que a doutrina define ser de licitação **fracassada** (participantes não obtêm a habilitação ou são desclassificados) ou **deserta** (não surgem interessados); a contratação direta, nesses casos, deverá seguir o que previa o edital da licitação anterior.

→ **licitação inexigível**: são situações em que, nada obstante possa o administrador pretender abrir uma licitação, ainda assim, a tentativa seria inócua por força da impossibilidade de instauração de competição - fornecedor exclusivo / notória especialização / profissional de qualquer setor artístico, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

→ **modalidades**:

→ **concorrência** – é a modalidade de licitação indicada para contratos de **maior vulto ou valor**; tem como requisitos ou características básicas a **universalidade** (decorrente da amplitude de participantes potenciais no certame licitatório; por esse requisito admite-se a qualquer interessado a sua participação, ainda que não esteja cadastrado, diferentemente do que ocorre na tomada de preços e no convite), a **ampla publicidade**, a **habilitação preliminar** e o **julgamento por comissão** (composta de, no mínimo, três membros, podendo apenas dois ser servidores e o terceiro convidado; ela pode ser permanente ou especial, formada ou composta para um procedimento determinado; a capacidade jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica e a idoneidade econômico-financeira são analisadas e julgadas pela comissão).

→ **tomada de preço** – é a modalidade de licitação indicada para contratos de **vulto médio**, que admite determinados interessados habilitados antes do início do procedimento, aberta mediante publicidade; possui características próximas às da concorrência (julgamento por comissão, divulgação do ato convocatório), mas dela difere substancialmente pela obrigatoriedade de habilitação prévia (antes do início do procedimento), que decorre da inscrição no registro cadastral (assentamento que defere a qualificação de interessados em contratar segundo sua área de atuação, substituindo a apresentação de parte da documentação).

→ **convite** – é a modalidade de licitação indicada para contratos de **menor valor**; três interessados, registrados ou não na repartição licitante, pelo convite (que substitui o edital) são chamados a apresentar suas propostas no prazo de 5 dias úteis; a publicidade do convite é relativa, porquanto se exige apenas a publicação interna (afixação no quadro de avisos); admite-se, porém, a participação de qualquer interessado, desde que 24 horas antes da data final (encerramento e

abertura das propostas) este venha a se manifestar; se o procedimento se repetir para o mesmo objeto ou assemelhado, a licitante deverá substituir um dos convidados (optando por outro já cadastrado e não convidado); o julgamento das propostas tanto poderá ser realizado por comissão como por servidor único; a ordem de serviço ou a nota de empenho podem substituir o instrumento do contrato, dando início à execução do que foi pactuado; o controle da legalidade é realizada pela necessidade de publicação, ainda que resumida, na imprensa oficial.

→ **leilão** – é a modalidade de licitação obrigatória para: a) *venda de bens móveis inservíveis para a Administração*, b) *venda de produtos legalmente apreendidos ou penhorados* (comumente para objetos apreendidos em rodoviárias, aeroportos, postos de fronteiras etc.), c) *venda de bens imóveis cuja aquisição tenha derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento* (admitindo-se também a concorrência); qualquer que seja o tipo, exige prévia avaliação do bem posto à venda e ampla publicidade; é admitido também para a *alienação de ações, dissolução de sociedades com alienação de seus ativos, locação, comodato, concessões, permissões ou autorizações de serviços públicos, para cumprimento do Plano Nacional de Desestatização* (é realizado nas Bolsas de Valores, exigindo habilitação prévia e ampla publicidade - ex.: Eletropaulo, Cesp, Telesp etc.).

→ **concurso** – ficam ajustados para objetos específicos.

→ **pregão** – é a modalidade de licitação que, ainda, pode ser adotada pela União (Estados e Municípios terão de legislar a respeito se desejarem adotá-lo) para aquisição de bens e de serviços comuns, assim compreendidos aqueles cujos "padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado; é realizado em duas fases distintas: a) interna, denominada "preparatória" e reservada para a justificação da necessidade de contratação e definição do objeto, dentre outras providências; b) externa, que tem início com a convocação dos interessados e realização da sessão pública de julgamento; os licitantes habilitados apresentarão propostas contendo a indicação do objeto e do preço; conhecidas as ofertas, a de menor valor e os que a excederem em até 10% poderão apresentar lances verbais e sucessivos, até que proclamado o vencedor; o critério será sempre o de menor preço; é vedada a exigência de "garantia de proposta", "aquisição de edital pelos licitantes, como condição para participação no certame" e "pagamento de taxas e emolumentos".

→ **procedimento - fases:**

→ **interna** – inicia-se com a abertura do procedimento, caracterização da necessidade de contratar, definição precisa do objeto a ser contratado, reserva de recursos orçamentários dentre outros; a Lei das Licitações prescreve, por ex., a necessidade, nas contratações de obras e serviços, de "projeto básico aprovado pela autoridade competente", a existência de "orçamento detalhado" em planilhas, a "previsão de recursos orçamentários" e, quando o caso, a contemplação no "plano plurianual".

→ **externa**

→ **edital** (ou carta-convite, no caso da modalidade *convite*) – é a lei interna das licitações na medida em que traz dentro de si todas as regras que serão desenvolvidas durante todo o procedimento; excepcionalmente, a fase externa começa com audiência pública, antecedente da divulgação do edital,

e reservada para as hipóteses que contemplam contratação futura com vezes superior ao limite imposto para a concorrência de obras e serviços de engenharia; a audiência pública destina-se a tornar pública a contratação desejada e deve ser realizada 15 dias antes da publicação do edital; o edital deve ser divulgado interna e externamente, admitindo-se a publicação resumida na segunda hipótese (aviso do edital); o prazo de convocação dos interessados será, no mínimo, de 30 dias nas concorrências, 45 nos concursos, 15 nas tomadas de preço e leilão e 5 dias úteis nos convites; ele deve conter: objeto da licitação, prazo e condições para a assinatura do contrato, sanções em razão do inadimplemento, local onde poderá ser examinado o projeto básico e o projeto executivo, critérios para participar da licitação e para o julgamento, condições de pagamento, exigências de seguros, dentre outras cláusulas obrigatórias; o prazo para a impugnação do edital e seus termos expira, para o licitante, no segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação nas concorrências ou dos envelopes com as propostas nos convites, tomadas de preços, concursos e leilões; para o cidadão, porém, o prazo de impugnação é de até 5 dias úteis antes daquela data (abertura).

→ **habilitação** – é o recebimento da documentação e proposta; a documentação deverá comprovar a habilitação jurídica, a capacidade técnica, a idoneidade financeira e a regularidade fiscal do licitante (na tomada de preços e convite essa fase é antecedente à abertura do certame); a habilitação não é discricionária, é vinculada; a comissão deverá ater-se aos requisitos exigidos e à verificação de seu atendimento pelo interessado, conferindo-a aos que os satisfizerem; o desatendimento gera a inabilitação e inibe o conhecimento da proposta de preço (apresentada em envelope distinto, opaco, fechado e rubricado); pode ocorrer que apenas um seja habilitado, e a licitação prosseguirá com a abertura do seu envelope de propostas; se nenhum interessado for habilitado haverá a licitação fracassada, que pode ensejar a contratação direta; antes, porém, deverá a Administração conceder o prazo de 8 dias para os interessados representarem suas documentações, suprimindo as falhas; a habilitação exige: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal.

→ **classificação** – ao contrário do que ocorre na fase antecedente (da habilitação), na classificação devem as propostas receber análise quanto aos seu conteúdo; naquela fase, basta a análise sob o aspecto formal (se atendidos ou não os requisitos objetivos); nesta, a análise tocará o conteúdo das propostas visando saber se são, de fato, factíveis e se atendem ao edital, sob pena de desclassificação; o exame das propostas e a consequente classificação poderão ensejar a realização de perícias, exames, testes, para a verificação da idoneidade (exeqüibilidade) da proposta apresentada; a proposta inidônea será desclassificada; a habilitação restringe-se ao proponente, a classificação atinge a proposta.

→ **julgamento** – ocorre após a classificação das propostas, e nele há a confrontação daquelas que forem selecionadas; será privativo da comissão, nas concorrências e tomadas de preço, da comissão ou do servidor nomeado, nos convites; o julgamento será uno, sempre de acordo com os critérios de avaliação descritos no edital; havendo empate, aplica-se o critério de preferência deferida a bens ou serviços produzidos no Brasil, mantido o

empate, aplica-se o sorteio; o julgamento deve ser objetivo e seguir o tipo de licitação adotado: **menor preço** (usual), **melhor técnica** (o material mais eficiente, mais rentável, melhor; são reservadas para serviços de natureza intelectual - projetos, consultorias - e excepcionalmente utilizadas para o fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços; para o julgamento emprega-se 3 envelopes: um para a documentação - habilitação, outro para a técnica a ser empregada, e o terceiro contendo a proposta de preço; a Administração, selecionando a melhor técnica, deverá em seguida eleger o melhor preço, negociando, se caso, com o vencedor para que prevaleça o menor preço apresentado), **técnica e preço** (preço mais vantajoso e melhor técnica), **maior oferta ou lance** (refere-se, exclusivamente, ao leilão).

→ **homologação** – corresponde à aprovação do certame e de seu resultado; é realizada pela autoridade administrativa não participante da comissão de licitação e indicada pela lei local; em regra, será aquela que ordenou a abertura da licitação; pode tal agente público: a) homologar o resultado, procedendo na sequência à adjudicação do objeto ao vencedor; b) anular o certame, ante qualquer ilegalidade; c) revogar o certame, se presente causa que o autorize; d) sanar os vícios ou irregularidades que não contaminem o resultado da licitação.

- **invalidação da licitação**: pode decorrer de **anulação** (pela ilegalidade conhecida no procedimento, operando efeitos "*ex tunc*" e não gerando direito a indenização, carecendo o ato ser fundamentado e publicado) ou **revogação** (ao contrário da anulação, pode ensejar o direito a indenização ao licitante vencedor e que teve para si o objeto adjudicado; assim, a revogação opera efeitos "*ex nunc*" e prende-se a "razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado"; se o ato não contiver suficiente demonstração do interesse público gasalhado na revogação, pode o licitante vencedor buscar o restabelecimento do procedimento licitatório, conquanto a Administração não esteja obrigada a contratá-lo; ou seja, a Administração pode revogar desde que o faça na forma da lei; somente ela pode revogar a licitação; o Judiciário somente poderá anular a licitação).

→ **adjudicação** – o licitante que teve a sua proposta acolhida como a vencedora terá direito ao futuro contrato; a adjudicação produz os seguintes efeitos jurídicos: a) confere ao vencedor o direito a contratação futura, b) impede a Administração de proceder à abertura de outra licitação com idêntico objeto, c) libera todos os demais participantes, inclusive as garantias por eles oferecidas, d) vincula o vencedor nos termos do edital e da proposta consagrada, e) sujeita o vencedor (adjudicatário) às penalidades previstas no edital se não assinar o contrato no prazo assinado.

→ **crimes praticados**: dispensar ou não exigir licitação fora das hipóteses previstas em lei; frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação; admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem em favor do adjudicatário; devassar o sigilo de propostas.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

→ teoria geral dos contratos:

→ contratos privados (civil e comercial)

→ contratos públicos

→ administrativos

→ *típicos (ou propriamente dito)* – regido exclusivamente por normas de direito público / supremacia do poder público

→ *atípicos (ou semipúblicos)* – predominância de normas de direito privado / Administração em posição de igualdade com o particular.

→ acordos internacionais

→ contratos administrativos típicos: são todos aqueles ajustes celebrados pela Administração Pública por meio de regras previamente estipuladas por ela, sob um regime de direito público, visando à preservação dos interesses da coletividade; a marca característica dos contratos celebrados com a Administração Pública encontra-se no regime jurídico debaixo do qual os ajustes são fixados; em vista dos interesses a serem preservados, ou seja, os da coletividade, as regras são estabelecidas de forma **unilateral** pelo Poder Público, sem que os particulares que com ele contratam possam estabelecer qualquer tipo de interferência; aos olhos dos particulares, os contratos administrativos surgem como ajustes de adesão, posto que não podem eles interferir de forma alguma quando da sua elaboração; a Administração Pública são conferidas prerrogativas, vantagens que não se estendem aos particulares, que a colocam em uma posição de superioridade em relação a elas, quando da celebração de contratos administrativos, por força dos interesses que representa (“*cláusulas exorbitantes*”).

→ características: *exigência de prévia licitação, só dispensável nos casos previstos em lei; participação da Administração com supremacia do poder de fixar as condições iniciais do ajuste* (cláusulas exorbitantes).

→ competência legislante: à União compete legislar sobre normas gerais atinentes às contratações promovidas pelo Poder Público, a exemplo do que ocorre em matéria de licitações, reservando-se aos Estados e Municípios a possibilidade de legislar supletivamente (art. 22, XXVII, CF).

→ cláusulas exorbitantes: nos contratos administrativos são contempladas hipóteses e cláusulas que asseguram a desigualdade entre os contratantes; para uma das partes são deferidas prerrogativas incomuns, que extrapolam o direito comum (direito privado), colocando-a em posição de supremacia, estas recebem o nome de “*cláusulas exorbitantes*”, porque exorbitam o direito privado, sendo ilegais se previstas em contratos firmados exclusivamente por particulares, dentre elas:

→ **as que traduzem o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato** (existência de justa causa, presente na modificação da necessidade coletiva, ou do interesse público, restando ao particular eventual indenização pelos danos que vier a suportar);

→ **as que impõe a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro;**

→ **a possibilidade de revisão de preços e de tarifas contratualmente fixadas;**

→ **a inoponibilidade de exceção de contrato não cumprido** - "*exceptio non adimpleti contractus*" (no direito privado, o descumprimento de obrigação contratual pode desobrigar a outra parte; tal não ocorre nos contratos administrativos, ante a incidência dos princípios da continuidade dos serviços públicos e da supremacia do interesse público sobre o particular; o atraso de pagamentos - 90 dias, se ausente justa causa - ou a imposição de gravame insuportável para o contratado podem, porém, autorizar a suspensão da execução do contrato);

→ **permitir estranhos a acompanhar a execução do objeto pactuado;**

→ **a possibilidade de aplicação de penalidades, ante o descumprimento das obrigações assumidas** - *advertência, multa, rescisão unilateral do contrato, suspensão temporária* (impede a contratação ou a participação de licitação pelo órgão ou entidade que a realizou - ex.: Secretaria de Estado, não se estende a outros - como as outras Secretarias; pelo prazo não superior a 2 anos) e *declaração de inidoneidade* (estende-se a toda a Administração contratante - a todas as Secretarias de Estado, por ex.);

→ **a exigência de garantias.**

→ **cláusulas essenciais:** a que determina a *inclusão do objeto com seus elementos característicos*, o *regime de execução ou a forma de fornecimento*, os *prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega*, e o *crédito pelo qual correrá a despesa*; essa última de forma a evitar possa a Administração alegar, durante a execução do ajuste, a falta de verbas para financiá-lo.

→ **instrumento:** o contrato administrativo poderá ser *verbal*, nas pequenas contratações que tenham por objeto compras, sendo *escrito* em todas as demais hipóteses; o instrumento tanto pode ser o *termo registrado em livro próprio da contratante* ou a *escritura pública*, nas hipóteses em que esta é exigida (como na venda e compra); ele é obrigatório nas concorrências e tomadas de preços e nas contratações diretas (por dispensa ou inexigibilidade), podendo ser dispensado nas demais hipóteses em que for substituído por "carta-contrato", notas de empenho, ordem de serviço ou autorização de compra (como nas compras com entrega imediata).

→ **vigência:** tem início com a formalização da avença (data e assinatura), salvo se outra posterior no instrumento estiver contemplada.

→ **eficácia:** pode ser coincidente com a vigência; corresponde à possibilidade de produção dos efeitos; a publicação resumida do contrato é condição para a eficácia; via de regra, a eficácia extingue-se com a extinção do contrato.

→ **prazo de duração:** é via de regra, coincidente com a *vigência do crédito orçamentário*, que é idêntica ao ano civil, salvo se celebrado o negócio no último quadrimestre; excepcionam a regra, ainda, os *projetos contemplados no plano plurianual* (aqueles projetos cuja duração se estenda por mais de um orçamento), os *serviços prestados de forma contínua* (o prazo poderá ser prorrogado por até 60 meses, admitindo-se, em caráter excepcional e desde que devidamente justificado, o seu prolongamento, por mais 12 meses), o *aluguel de equipamentos* e a *utilização de programas de informática* (esses dois últimos poderão se prolongar pelo prazo de até 48 meses).

→ **garantias:** o contratante deverá, conforme indicado no edital ou instrumento convocatório, ofertar garantia capaz de assegurar a fiel execução do objeto contratado; a garantia será escolhida pelo contratado, desde que prevista no edital, podendo ser: **caução** (em dinheiro ou títulos da dívida pública), **seguro-garantia** (ou "*performance bond*"; apólice de seguro que obrigue a segurada a executar o contrato ou à indenização) ou **fiança-bancária** (garantia fidejussória); o limite da garantia será de até 5% do valor do contrato, salvo se se referir a obras, serviços e fornecimento de grande vulto, quando será de até 10% do valor do contrato; a Administração deve exigir, a prestação das seguintes garantias: **seguro de bens e de pessoas, compromisso de fornecimento pelo fornecedor, importador, ou fabricante de bens, materiais ou produtos contratados**, sempre que tais cautelas forem convenientes.

→ **execução:** no curso da execução do contrato administrativo detém a Administração o dever de fiscalizar e orientar o contratado, o que não retira deste a responsabilidade por sua fiel execução.

→ **extinção:** é a cessação do vínculo obrigacional entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas (**conclusão do objeto**) ou pelo seu rompimento, através da **rescisão** (administrativa / amigável ou consensual / judicial) ou da **anulação**.

→ **inexecução:** o descumprimento do pactuado leva à imposição de sanções, penalidades e à apuração da responsabilidade civil; nas hipóteses em que se apresenta justificada a inexecução contratual, aplica-se a estas a chamada **teoria da imprevisão**, como causa justificadora da inexecução do contrato (**força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração e interferências imprevistas**).

→ **força maior** – retrata aquela criada pelo homem, surgindo como exemplo a deflagração de um movimento grevista posterior à assinatura do contrato, impedindo que a empresa contratada possa cumprir o ajuste nos termos inicialmente fixados.

→ **caso fortuito** – eventos da natureza que impedem ou dificultam a execução do ajuste conforme o combinado inicialmente e que não poderiam ter sido previstos pelas partes - ex.: presença de chuvas torrenciais em região normalmente sujeita a longos períodos de estiagem ou mesmo o exemplo contrário, eis que a falta constante de chuvas poderia trazer problemas quanto ao fornecimento de energia elétrica de forma a prejudicar a execução do contrato.

→ **fato do príncipe** – é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera substancialmente a execução do contrato administrativo; obriga o Poder Público contratante a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte, a fim de possibilitar o prosseguimento da execução (revisão), e, se esta for impossível, rende ensejo à rescisão do contrato, com as indenizações cabíveis - ex.: a criação de um novo tributo, aumentando os encargos para os contratados, demandando uma revisão das cláusulas inicialmente fixadas para o equilíbrio da equação econômica-financeira; situações criadas pelo governo que importem em medidas de racionamento de energia elétrica.

→ **fato da Administração** – é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta ou especificamente sobre o contrato, retarda ou impede sua execução; enquanto no "**fato do príncipe**" a atitude tomada pelo Poder Público gerava reflexos apenas indiretos sobre o ajuste, em razão do caráter geral da medida, aqui os reflexos são diretos, incidindo especificamente sobre o contrato e somente sobre ele - ex.: a não realização das desapropriações necessárias pra que uma obra possa ser executada, a falta de pagamento que impeça o particular de cumprir com os compromissos assumidos perante terceiros,

levando a uma impossibilidade de cumprimento do ajuste, ao menos nos termos inicialmente estabelecidos.

→ **interferências imprevistas** – não se confundem com outras eventuais superveniências (caso fortuito, força maior, fato do príncipe, fato da administração), porque estas sobrevêm ao contrato, ao passo que aquelas o antecedem, mas se mantêm desconhecidas até serem reveladas através das obras e serviços em andamento, dada sua omissão nas sondagens ou sua imprevisibilidade para o local, em circunstâncias comuns de trabalho; não são impeditivas da execução do contrato, mas sim criadoras de maiores dificuldades e onerosidades para a conclusão dos trabalhos, o que enseja a adequação dos preços e dos prazos à nova realidade encontrada *in loco*, como numa obra pública, o encontro de um terreno rochoso e não arenoso, como indicado pela Administração, ou mesmo a passagem subterrânea de canalização ou dutos não revelados no projeto em execução.

→ **espécies:**

→ **de obra pública** – é todo contrato que tem por objeto uma construção, uma reforma ou uma ampliação de obra pública, podendo ser por:

- **empreitada** - a contraprestação (remuneração) é previamente fixada por preço certo, ainda que reajustável (preço global - abrange a entrega de toda a obra); por preço certo de unidades determinadas (preço unitário - refere-se a segmentos ou etapas, como o pagamento por metro quadrado ou por quilômetro de estrada concluída), por preço certo e cujo pagamento se dará ao final (integral - contratam-se a obra e os serviços, e também as instalações, para se obter uma unidade funcional, como, por exemplo, a encomenda de uma usina de força);

- **tarefa** (empreitada de pequeno porte) - a contraprestação é devida na proporção em que é realizada a obra, periodicamente, após medição da Administração.

→ **de serviço** – é todo ajuste que tem por objeto a prestação de uma atividade, pelo contratado, à Administração; os serviços podem ser comum ou técnicos profissionais (generalizados ou especializados).

→ **de fornecimento** – são os contratos de compra que prevêm a aquisição de bens móveis pela Administração, tais como materiais ou produtos de qualquer natureza; pode ser de três modalidades: integral, parcelada ou fornecimento contínuo; na primeira hipótese o contrato exaure-se com a entrega da coisa adquirida; na segunda, apenas com a entrega final, e na terceira, como a entrega é sucessiva, nas datas prefixadas.

→ **de concessão**

- **de obra pública** - é o contrato pelo qual a Administração transfere, mediante remuneração indireta e por prazo certo, ao particular a execução de uma obra pública, a fim de que seja executada por conta e risco do contratado; a remuneração será paga pelos beneficiários da obra ou usuários dos serviços dela decorrente, como ocorre com as praças de pedágio; exige a realização de licitação, na modalidade concorrência, e depende de lei autorizativa.

- **de serviço público** - é o contrato pelo qual a Administração transfere ao particular a prestação de serviço a ela cometido, a fim de que o preste em seu nome, por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário; apenas a execução do serviço é transferida à pessoa jurídica, ou consórcio de empresas, permanecendo a titularidade com o Poder Público; exige licitação

segundo a modalidade concorrência; as concessões recebem tratamento e previsão constitucional, sendo reguladas pela Lei nº 8.987/95, que traça normas gerais; sobre a matéria, apenas a União pode legislar fixando normas gerais; as concessões e permissões dos serviços de energia elétrica estão reguladas pela Lei nº 9.074/95, as concessões de serviço de radiodifusão sonora e de sons, pela Lei nº 8.977/95, os serviços de telecomunicações estão regidos pela Lei nº 9.472/97; a rescisão unilateral do contrato enseja a chamada encampação do serviço público, correspondendo à retomada coativa pelo poder concedente; a rescisão por inadimplência permite a caducidade da concessão; a reversão decorre da extinção da concessão, incorporando-se ao patrimônio público os bens do contratado, desde que apurada a justa indenização; difere das permissões, que não possuem tecnicamente natureza negocial, contratual, mas de mero ato unilateral, discricionário; as permissões dependem de licitação, tal como ocorre com as concessões; conquanto não seja próprio, aquelas podem ter prazo certo (permissões condicionadas ou qualificadas); a despeito das desigualdades, possuem hoje o mesmo tratamento jurídico, salvo pela precariedade própria dos atos discricionários.

→ ***de uso de bem público***

→ **de gerenciamento** – é o contrato pelo qual o Poder Público transfere ao contratado a condução de um empreendimento, conservando, porém, a capacidade decisória; é atividade de mediação, representativo de serviço técnico profissional especializado, comum nas grandes obras (como nas hidroelétricas, rodovias etc.); será o particular o controlador, condutor, gerenciador da obra, atuando como mediador.

→ **de gestão** – é o contrato pelo qual o Poder Público (contratante) instrumentaliza parceria com o contratado (entidade privada ou da Administração Pública indireta), constituindo autêntico acordo operacional, mediante o qual o contratante passa a ser destinatário de benefícios previstos em lei; a CF prevê essa modalidade contratual, como meio de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta; as organizações sociais vinculam-se contratualmente à Administração por essa modalidade contratual.

→ **convênios e consórcios**: nos ***contratos administrativos*** os interesses das partes envolvidas são divergentes, enquanto o Poder Público procura o recebimento do objeto, na forma inicialmente convencionada, o particular contratado almeja o recebimento do pagamento ajustado; nos convênios e consórcios algo diferente se verifica, na medida em que os interesses das partes envolvidas são convergentes, comuns; podemos definir ***consórcios*** como ajustes celebrados entre pessoas da mesma esfera do governo (entre Municípios ou entre Estados), visando atingir objetivos comuns (ex.: realização de consórcio visando à despoluição de um rio que passa pelo território de ambos os Municípios; à duplicação de uma estrada que liga dois Municípios ou que interesse a dois Estados limítrofes); os ***convênios*** também surgem como ajustes celebrados visando atingir interesses comuns, mas por pessoas de diferentes esferas do governo, ou entre elas e a iniciativa privada, o que não se verificava na hipótese anterior; aplicam, no que couber, aos convênios e consórcios as regras estabelecidas na Lei de Licitações e Contratos.

SERVIÇOS PÚBLICOS

→ **conceito:** é toda atividade desempenhada direta ou indiretamente pelo Estado, visando solver necessidades essenciais do cidadão, da coletividade ou do próprio Estado.

→ **classificação:**

→ **serviços públicos propriamente ditos (ou essenciais)** – imprescindíveis à sobrevivência da sociedade e, por isso, não admitem delegação ou outorga (polícia, saúde, defesa nacional etc.); são chamados de pró-comunidade.

→ **serviços de utilidade pública** – úteis, mas não essenciais, atendem ao interesse da comunidade, podendo ser prestados diretamente pelo Estado, ou por terceiros, mediante remuneração paga pelos usuários e sob constante fiscalização (transporte coletivo, telefonia etc.).

→ **serviços próprios do Estado**

→ **serviços impróprios do Estado**

→ **serviços administrativos**

→ **serviços industriais** – são os que produzem renda para aquele que os presta; a remuneração decorre de tarifa ou preço público, devendo ser prestados por terceiros e pelo Estado, de forma supletiva.

→ **serviços gerais (ou "uti universi")** – são os que não possuem usuários ou destinatários específicos, como o calçamento público, iluminação público etc.; são remunerados por tributos; não estão sujeitos a paralisação do fornecimento ou prestação pelo não-pagamento (porque obrigatórios).

→ **serviços individuais (ou "uti singuli")** – são os que possuem de antemão usuários conhecidos e predeterminados, como os serviços de telefonia, de iluminação domiciliar; são remunerados por taxa ou tarifa; podem sofrer solução de continuidade pelo não-pagamento do usuário.

→ **princípios informadores:**

→ **continuidade do serviço público (ou permanência)**

→ **generalidade** – impessoalidade - igual ou acessível a todos.

→ **eficiência** – aperfeiçoamento e melhor técnica na prestação.

→ **modicidade** – custo não proibitivo.

→ **cortesia** – adequado atendimento.

→ **direitos do usuário:** o CDC equipara o prestador de serviço público a "fornecedor" e o serviço a "produto", dispondo que "*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*".

→ **formas de prestação:**

→ **serviços centralizados** – prestados diretamente pelo Poder Público, em seu próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade.

→ **serviços desconcentrados** – prestados pelo Poder Público, por seus órgãos, mantendo para si a responsabilidade na execução.

→ **serviços descentralizados** – prestados por terceiros, para os quais o Poder Público transferiu a titularidade ou a possibilidade de execução, seja por outorga (por lei - a pessoas jurídicas criadas pelo Estado), seja por delegação (por contrato - concessão ou ato unilateral - permissão e autorização).

→ **titularidade e modo de prestação:** os serviços públicos são de **titularidade** do Poder Público (por suas entidades estatais); o seu exercício, quando admissível, pode ser transferido a outras pessoas jurídicas, sejam as criadas por desejo do próprio Poder (que podem ser públicas ou privadas), sejam as criadas por particulares (sempre privadas) // as pessoas jurídicas de direito público vinculadas ao Poder Público são as *autarquias* e, via de regra, as *fundações*; as de direito privado são as *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*; quando prestado diretamente pela entidade estatal (União, Distrito Federal, Estados-Membros e Municípios), diz-se que há execução direta do serviço (**centralização**); quando, porém, se vale a entidade de pessoas jurídicas a ela vinculadas ou a pessoas jurídicas de direito privado, diz-se haver **descentralização** do serviço e, por fim, pode haver a mera distribuição da competência para prestação do serviço entre órgãos da própria entidade, que recebe a designação de serviço **desconcentrado** // o modo de prestação não se confunde com a **forma de execução**, que pode ser direta (ocorre sempre que o Poder Público emprega meios próprios para a sua prestação, ainda que seja por intermédio de pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado para tal fim instituídas) ou indireta (ocorre sempre que o Poder Público concede a pessoas jurídicas ou pessoas físicas estranhas à entidade estatal a possibilidade de virem a executar os serviços como ocorre com as concessões, permissões e autorizações).

→ **delegação e outorga de serviço público:** nos serviços delegados (**delegação**) há transferência da execução do serviço por contrato (concessão) ou ato negocial (permissão e autorização); a **outorga** possui contornos de definitividade, posto emergir de lei; a delegação, ao contrário, sugere termo final prefixado, visto decorrer de contrato.

→ **concessão** – é a transferência da prestação de serviço público, feita pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; apenas os serviços de utilidade pública podem ser objeto do contrato de concessão.

→ **permissão** – é o ato administrativo, unilateral portanto, discricionário, precário ou sem prazo determinado, pelo qual o Poder Público transfere ao particular a execução e responsabilidade de serviço público, mediante remuneração (preço público ou tarifa) paga pelos usuários; devam as permissões abrigar transferências de menor duração temporal, reservando-se às concessões tempo maior de duração.

→ **autorização** – é o ato administrativo, discricionário, precário, pelo qual o Poder Público consente com o exercício de atividade, pelo particular, que indiretamente lhe convém - ex.: exercício profissional de taxistas, despachantes, vigias particulares etc.

BENS PÚBLICOS

→ **definição:** são todos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração direta e indireta (União, Distrito Federal, Estados-Membros, Municípios, *autarquias* e *fundações*), bem como aqueles que, embora não pertencentes a essas pessoas (como os das empresas *públicas* e *sociedades de economia mista*), estejam afetados à prestação de serviços públicos, o que acabaria por abranger, também, os bens diretamente relacionados aos serviços públicos executados por *concessionários* e *permissionários*.

→ **classificação:**

→ **de uso comum** – são aqueles destinados ao uso indistinto de todos, sendo que podem eles assumir um caráter gratuito ou oneroso (ex.: zona azul, pedágio) na direta dependência das leis estabelecidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios - ex.: mares, rios, estradas, ruas e praças.

→ **de uso especial** – são aqueles afetados a um determinado serviço ou a um estabelecimento público - ex.: repartições públicas, teatros, universidades, museus, escolas públicas, cemitérios e aeroportos.

→ **dominicais (ou dominiais)** – são denominados de próprios do Estado, vez que não apresentam nenhuma destinação pública definida; representam o seu patrimônio disponível por não se encontrarem aplicados, ou melhor, afetados nem a um uso comum e nem a um uso especial, sendo que em relação a eles o Poder Público exerce poderes de proprietário; por força das características por eles apresentadas, serão os únicos a não necessitarem de desafetação nos momentos em que o Poder Público cogitar de sua alienação.

→ **regime jurídico:** os bens públicos são gravados de **inalienabilidade** (como regra geral, essa característica impede que sejam os bens públicos alienados, ou seja, não podem ser eles vendidos, permutados, doados, em vista dos interesses aqui representados, que são os da coletividade; sem embargo, essa regra geral acaba sendo excepcionada, desde que preenchidos os requisitos exigidos pelo legislador, que podem ser descritos da seguinte forma: caracterização do interesse público, necessidade de prévia avaliação para evitar possa o bem público ser alienado por preços muito abaixo daqueles praticados pelo mercado, necessidade de abertura de licitação na modalidade de concorrência pública ou mesmo por meio do leilão, necessidade de autorização legislativa em se tratando de bens imóveis, necessidade de sua desafetação para os bens de uso comum e de uso especial); **imprescritibilidade** (são insuscetíveis de ser adquiridos por usucapião); **impenhorabilidade** (são insuscetíveis de constrição judicial por penhora) e **não-oneração** (não podem ser dados em garantia).

→ **defesa de bens públicos:** o regime imposto pelo direito público não priva o Poder Público de se valer dos institutos do direito privado para a defesa de seu patrimônio, de seu bens; assim, tratando-se de bens imóveis, por ex., pode valer-se das **ações possessórias** (reintegração e manutenção de posse) e, quando o caso, do mandado de segurança.

→ **afetação e desafetação:** exceção para os dominicais, todos os bens públicos (de uso comum ou de uso especial) são adquiridos ou incorporados ao patrimônio público para uma destinação específica; a essa destinação específica é que podemos chamar de

afetação; a retirada dessa destinação, com a inclusão do bem dentre os dominicais (que compõem o patrimônio disponível), corresponde à *desafetação*.

→ **aquisição**: segue, em boa medida, as regras pertinentes ao direito privado, com a incidência concomitante das normas de direito público; são formas usuais de aquisição a *compra*, a *doação*, a *ação em pagamento* e a *permuta*, a *acesão*, a *transmissão de herança*, o *usucapião*, além de outros que refogem ao direito privado, como a *desapropriação*, o *confisco* e a *perda de bem em razão de ilícito penal e de ato de improbidade administrativa*, a *investidura* e o *registro de parcelamento do solo*.

→ **alienação**: a de *bens imóveis* (somente os dominicais) dependerá de autorização legislativa, de avaliação prévia e de licitação, realizada na modalidade de concorrência; a de *bens móveis* depende de avaliação prévia e de licitação, não carecendo de lei que autorize a transação.

→ **uso dos bens públicos**: os bens públicos são administrados pelas pessoas políticas que detêm a sua propriedade, de acordo com as prescrições estabelecidas na CF; como consequência, de um lado a elas é atribuído o poder de administrá-lo, o que compreende a faculdade de utilizá-los segundo sua natureza e destinação, e de outro há também a obrigação de conservação e aprimoramento; assim sendo, a omissão dessas pessoas quanto à correta utilização dos bens, de igual sorte, permitindo a sua deterioração, importa em responsabilização na medida em que revela comportamentos incompatíveis com o princípio da indisponibilidade dos bens e interesses públicos; importante salientar que o exercício das atribuições quanto ao uso e à conservação independe de qualquer autorização legislativa em respeito ao princípio da separação dos poderes; dentro desse contexto, perfeitamente possível que o Poder Público competente estabeleça regras para a correta utilização dos bens, servindo como exemplos as leis de trânsito, o estabelecimento das áreas denominadas de zonas azuis, a proibição de circulação de veículos por determinadas regiões etc; da mesma forma, os particulares que forem se utilizar desses bens, em situações incomuns deverão solicitar autorização do Poder Público, surgindo como exemplo o transporte de cargas pesadas ou perigosas por meio de veículos longos, demandando uma autorização especial para que possam circular em horário específico sem prejudicar o trânsito, que já apresenta extremamente difícil; no mesmo sentido, encontramos a necessidade de aviso prévio ao Poder Público quando da realização de comícios ou passeatas, eis que, embora não possa a Administração impedir a sua realização, deve ser notificada para que possa tomar as providências necessárias em relação ao trânsito e à segurança, até mesmo de forma a prevenir a responsabilidade por possíveis incidentes; feitas essas observações preliminares acerca do uso dos bens públicos, cumpre agora analisar os instrumentos por meio dos quais pode a Administração repassar para terceiros o seu uso, o que se fará a seguir:

→ **autorização de uso** – ato administrativo, unilateral e discricionário por meio do qual a autoridade administrativa faculta, no interesse do particular, o uso de um bem público para utilização em caráter episódico, precário, de curtíssima duração - ex.: tráfego de veículos com características especiais, com já visto anteriormente, o fechamento de uma rua para a realização de festas típicas por um final de semana, a utilização de um terreno público por um circo.

→ **permissão de uso** – ato administrativo, precário e discricionário, pelo qual a Administração faculta a terceiros o uso de um bem público para fins de interesse coletivo; a diferença entre a permissão e a autorização está no grau de precariedade (aqui extremamente menor) e o interesse, que no caso não é

exclusivamente do particular, mas sim da coletividade - ex.: a instalação de banca de jornal, eis que a calçada é um bem público, a instalação de barracas em feiras livres, de *box* em mercados municipais, e a instalação de mesas e cadeiras em frente a estabelecimentos comerciais.

→ **concessão de uso** – contrato administrativo por meio do qual o Poder Público transfere, por prazo certo e determinado, o uso de um bem para terceiros, visando ao cumprimento de uma finalidade específica nos termos e condições fixados no ajuste; o grau de precariedade aqui é inexistente, posto que essa transferência, como visto, realiza-se por meio de contrato administrativo, que apresenta como característica comum a existência de prazo certo e determinado, o que impede seja ele desfeito, a qualquer momento, sem que se possa cogitar do pagamento de indenização - ex.: concessão para o uso de uma área de um aeroporto para um restaurante, um zoológico ou um parque municipal, para uma lanchonete ou um quiosque de flores em um cemitério etc.

→ **concessão de direito real de uso** – contrato administrativo por meio do qual se transfere, como direito real, o uso remunerado ou gratuito de um imóvel não edificado; só poderá ter por objetivo a edificação, a urbanização, a industrialização e o cultivo da terra, revestindo-se de ilegalidade sua utilização para qualquer outra finalidade.

→ **cessão de uso** – importa na transferência do uso de um certo bem de um órgão para outro, dentro da mesma pessoa política, por tempo certo e determinado; não é remunerada e dispensa autorização legislativa, aperfeiçoando-se por simples termo de cessão.

→ **espécies de bens pertencentes à União:**

→ **bens terrestres**

→ ***terras devolutas*** (terras vazias) – são aquelas que não estão afetadas nem a uma finalidade de uso comum, nem a uma finalidade de uso especial, razão pela qual foram inseridas na categoria de bens dominiais, representando, por esse aspecto, o patrimônio disponível do Estado; são aquelas relacionadas no art. 20, inciso II, da CF, voltadas ao atingimento das seguintes finalidades: preservação ambiental e defesa de fronteiras, de fortificações militares e de vias federais de comunicação.

→ ***terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*** – relacionadas no art. 20, inciso XI, pertencem ao patrimônio da União, que nessa qualidade é a responsável pela sua demarcação, restando para os índios apenas o seu usufruto, a teor do disposto no art. 231, § 2º, da CF.

→ ***faixa de fronteira*** – compreende a faixa de terra com largura de 150 km voltada à defesa de nossas fronteiras, a teor do disposto no art. 20, § 2º, da CF.

→ **bens aquáticos**

→ ***mar territorial*** – corresponde a uma faixa de 12 milhas, contadas do litoral continental, sobre a qual o Estado exerce poderes de soberania.

→ ***zona econômica exclusiva*** – é uma faixa de 12 a 200 milhas, sobre a qual o Estado exerce poderes de exploração dos recursos naturais do mar.

→ ***plataforma continental*** – é o prolongamento natural das terras da superfície sob a água do mar; trata-se da porção de terras submersas que apresentam a mesma estrutura geológica das terras do continente.

→ **lagos e rios** – pertencem ao patrimônio da União os lagos e os rios que banharem mais de um Estado, fizerem limites com outro país ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

→ **terrenos de marinha** – são formados pela porção de terras banhadas pelas águas dos rios navegáveis ou pelas águas do mar.

→ **integrantes do subsolo** – todas as riquezas minerais bem como os sítios arqueológicos e pré-históricos, a teor do disposto no art. 20, incisos IX e X; convém registrar a possibilidade franqueada aos Estados, Municípios e Distrito Federal, de participação na exploração dessas riquezas, desde que essa exploração esteja estabelecida e regulamentada por lei, conforme o disposto no art. 20, § 1º, da CF.

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

→ o Poder Público pode limitar o direito de propriedade assegurado ao particular; as restrições, contudo, devem limitar-se ao fomento do bem-estar social, do cumprimento da função social da propriedade; essa verdade, o direito de propriedade sofreu larga mutação com a evolução das sociedades, perdendo muito de seu caráter individualista.

→ **restrições ao direito de propriedade privada (modalidades):**

→ **desapropriação:** é um meio de intervenção na propriedade, de **caráter compulsório** (por iniciativa unilateral do Poder Público), por meio do qual o Poder Público a retira de terceiros por razões de **interesse público** ou pelo **não cumprimento de sua função social**, mediante pagamento de uma contrapartida; opera-se em procedimento administrativo bifásico: **fase declaratória** (consiste na declaração da necessidade pública, utilidade pública ou interesse social do bem a ser expropriado) e **fase executória** (estimativa da justa indenização e a consolidação da transferência do domínio para o Poder expropriante).

→ **interesse público (desapropriação clássica ou ordinária)** – faz com que a Administração possa suprimir um direito constitucionalmente assegurado, sem que o particular possa fazer algo a respeito, ainda que tenha ele cumprido com todas as suas obrigações; poderá ocorrer por razões de:

→ **necessidade pública** – aquelas situações em que a desapropriação surge como medida imprescindível para que o interesse público seja alcançado.

→ **utilidade pública** – aquelas situações em que a desapropriação se revela não imprescindível, mas conveniente para o interesse público.

→ **interesse social** – aquelas situações em que a desapropriação tem lugar para efeito de assentamento de pessoas.

→ **não cumprimento de sua função social (desapropriação extraordinária)** – por surgir em decorrência de prática de irregularidades (não cumprimento das exigências estabelecidas no plano diretor), aparecendo, pois, como uma sanção, uma penalidade imposta ao proprietário, por não ter ele cumprido com seus deveres constitucionais, não

apresentará, o mesmo perfil da desapropriação clássica ou ordinária, posto que não será paga de forma prévia, como também não será em dinheiro.

→ retrocessão: corresponde à obrigação de ofertar ao expropriado o bem, sempre que receber destinação diversa da pretendida e indicada no ato expropriatório, mediante a devolução da indenização paga.

→ tredestinação: é o desvio de finalidade havido na desapropriação.

→ **limitações administrativas**: traz restrições quanto ao uso, sem perda da posse, por meio de uma imposição geral, gratuita, e unilateral - ex.: as posturas municipais que obrigam o proprietário que pretende construir a obedecer a um certo recuo da calçada, a respeitar as restrições quanto à altura das construções, e a impossibilidade de se construírem imóveis comerciais em áreas residenciais e vice-versa, bem como a proibição de construção em áreas de proteção de mananciais.

→ **ocupação temporária**: traz tão-somente restrições quanto ao uso, podendo implicar ou não perda da posse, incidindo, como regra geral, sobre terrenos não edificadas, sem que haja necessidade da comprovação de situação de perigo público - ex.: utilizar o imóvel particular para depósito de materiais durante a realização de um determinado serviço, de forma a evitar deslocamentos desnecessários da própria Administração quanto ao seu maquinário ou mesmo quanto aos materiais que deverão ser transportados.

→ **tombamento**: traz restrições quanto ao seu uso, tendo por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional; não importa em transferência da propriedade, mas tão-somente em restrições quanto ao seu uso, de forma a preservar o valor histórico ou artístico do bem; traz como primeiro efeito a obrigação do proprietário de preservar o bem, não podendo destruí-lo, demoli-lo ou mesmo alterar sua estrutura; fica o proprietário obrigado a aceitar a fiscalização permanente por parte do Poder Público, nos termos previamente ajustados, de forma a acompanhar o estado de conservação do bem; também traz restrições quanto ao uso da propriedade dos imóveis vizinhos ao bem tombado, na medida em que não poderão eles fazer qualquer tipo de construção que impeça ou reduza a sua visibilidade, nem colocar anúncios ou cartazes que possam conduzir à mesma situação.

→ **requisição administrativa**: traz restrições quanto ao uso, implicando, como regra, perda da posse, utilizada nas hipóteses de iminente perigo público; é assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano - ex.: situação em que a Administração necessita da posse de um determinado imóvel para combater um furacão, um incêndio de grandes proporções ou mesmo para efetuar reparos em uma ponte que esteja prestes a cair.

→ **servidão administrativa**: traz restrições quanto ao uso, sem perda da posse, traduzidas pela imposição de um ônus real para assegurar a realização e a conservação de obras e serviços; representam restrições de caráter específico na medida em que não incidem sobre todos os bens, mas apenas sobre alguns, o que confere a elas um caráter oneroso, ou seja, autorizando o pagamento de indenização proporcional ao prejuízo causado - ex.: a imposição compulsória do Poder Público da passagem de rede elétrica por uma ou por algumas propriedades determinadas, a passagem de uma rede de tubulação de água, gás ou petróleo.

→ **confisco**: implica a transferência da propriedade, sendo, como regra geral, proibido pela CF em razão das características que apresenta, com uma única exceção apresentada pelo art. 243: *“as glebas de qualquer região do país onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”*.

- de todos os meios de intervenção na propriedade analisados, os únicos que importam em transferência da propriedade, se bem que por razões diferentes, são a **desapropriação** e o **confisco**, sendo que todos os demais, também por motivos diferenciados, importam tão-somente em restrições quanto ao uso, implicando ou não a perda da posse.

INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA

→ é excepcional e está presente sempre que o Poder Público atua em segmento próprio da iniciativa privada.

→ **modalidades de intervenção**:

→ **monopólio** – é a exclusividade de determinada atividade, ou a atuação com exclusividade no mercado, com a exclusão de qualquer concorrência - ex.: a pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação de petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades (todos estes são monopólios exclusivos da União).

→ **repressão ao abuso do poder econômico** – está presente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas; **modalidades**: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens e serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.

→ **controle do abastecimento** – é de alçada da União e por ele permite-se a adoção de instrumentos capazes de compelir o fornecimento ao mercado de produtos, bens e serviços, indispensáveis à população.

→ **tabelamento de preços** – é medida excepcional incidente sobre preços praticados pelo setor privado, buscando adequá-los ao mercado.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

→ trata-se de uma obrigação atribuída ao Poder Público de reparar os danos causados a terceiros, pelos seus agentes, quando no exercício de suas atribuições; o dano indenizável será somente aquele que apresentar uma das seguintes características:

→ **dano certo** – é o dano real, existente, não podendo o Estado ser acionado em razão de danos virtuais; aqueles que podem vir a acontecer ainda que sejam fortes os indícios nesse sentido.

→ **dano especial** – é o que se contrapõe à noção de dano geral, vale dizer, aquele que atinge a coletividade como um todo, devendo, pois, ser individualizado.

→ **dano anormal** – é aquele que ultrapassa os problemas, as dificuldades da vida comum em sociedade, causando esses prejuízos atípicos; o dano que apresentar essas características só será indenizável pelo Estado quando provocado por agentes públicos.

→ **teorias:**

→ **teoria da irresponsabilidade** – excluía a responsabilidade civil do Estado sob o fundamento da "soberania", era própria dos Estados absolutos ("o rei não erra", "o rei não pode fazer mal", eram os seus princípios).

→ **teoria da responsabilidade com culpa (civilista ou da responsabilidade subjetiva)** – fundada em critérios do direito civil (privado) impondo-se a responsabilidade pelos atos de gestão editados pelo Estado, mas excluindo a possibilidade de obrigação decorrente de atos de império.

→ **teorias publicistas (ou de direito público)** – têm em comum a responsabilidade objetiva do Estado, não importando conhecer a culpa deste, ou de seus agentes, para a produção do resultado danoso.

→ **teoria da culpa administrativa (ou culpa no serviço)** – a "falta" do serviço passa a ser suficiente para a responsabilidade do Estado; por falta do serviço entende-se: a) a inexistência propriamente dita do serviço, b) o mau funcionamento do serviço, c) o retardamento do serviço; em qualquer das hipóteses presume-se a culpa administrativa e há o dever de reparar.

→ **teoria do risco administrativo** – para a responsabilização basta a ocorrência do dano causado por ato "lesivo e injusto", não importando a culpa do Estado ou de seus agentes; funda-se no risco que a atividade administrativa gera necessariamente, sendo seus pressupostos: a) a existência de um ato ou fato administrativo, b) a existência de dano, c) a ausência de culpa da vítima, d) o nexo de causalidade; demonstrada a culpa da vítima, ou a ausência de nexo de causalidade, exclui-se a responsabilidade civil do Estado; o risco administrativo não autoriza o reconhecimento inexorável da responsabilidade do Estado, admitindo formas de exclusão (culpa da vítima, ausência de nexo de causalidade, força maior), ao contrário do risco integral; a justificar a adoção da teoria do risco administrativo tem-se a "solidariedade social", na medida em que todos devem contribuir para a reparação dos danos causados pela atividade administrativa; o Brasil adota, com variantes, essa teoria, dita objetiva.

→ **teoria do risco integral** – por força dessa teoria, o Estado sempre seria responsabilizado, não admitindo qualquer forma de exclusão, sempre que verificado prejuízo causado a terceiros por atos ou fatos administrativos.

→ **Qual o modelo de responsabilidade do Estado consagrado em nosso ordenamento jurídico?**

→ a CF expressamente prevê a **responsabilidade objetiva na modalidade de risco administrativo**; a responsabilidade do agente público será subjetiva.

→ "as pessoas jurídicas de direito público (de dentro ou fora da estrutura da Administração Pública) e as de direito privado prestadoras de serviços públicos

(excluem-se as criadas para a exploração de atividades econômicas) ***responderão pelos danos que seus agentes (agentes públicos), nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa***” (art. 37, § 6º, CF).

→ embora pacífica a ***responsabilidade objetiva do Estado***, o mesmo não se pode dizer em relação ao risco ser ***integral*** ou ***administrativo***, posto que objeto de divergências entre a doutrina e a jurisprudência.

→ **exclusão da responsabilidade**: não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado por: a) ***danos causados por terceiros***, b) ***danos causados pela natureza***, c) ***danos causados pela atividade exercida por pessoas jurídicas de direito privado que explorem atividade econômica***; a responsabilização do Estado, nas hipóteses arroladas (caso fortuito e força maior), poderá ser alcançada se ele agiu com dolo, culpa ou se se omitiu, contribuindo para o resultado - ex.: inundações de galerias, túneis, quedas de energia elétrica em razão de má conservação da rede de distribuição etc.; o Estado poderá ser responsabilizado, mas o fundamento legal é o da responsabilidade civil, que exige imprudência, negligência ou imperícia; a jurisprudência registra inúmeros casos, quase sempre decorrente da omissão do Estado ou do mau funcionamento do serviço público // o dano causado a particulares por obras (fato da obra) realizadas pelo Estado pode ensejar a aplicação da regra constitucional da responsabilidade objetiva, assim como determinar a apuração da responsabilidade segundo os princípios da legislação civil; é que em razão da obra pública responde o Estado; em razão da má execução da obra decorrente de imprudência, negligência ou imperícia respondem a contratada e o Estado, solidariamente; assim, se a construção de um presídio causar dano, responde o Estado; se durante a execução da obra, por imprudência, negligência ou imperícia do executor (contratado), decorrer dano a terceiro, poderá o Estado responder, mas subsiste a responsabilidade solidária do contratado.

→ **responsabilidade por atos legislativos**: o Estado não responde, em princípio, por atos legislativos que venham a causar danos a terceiros; em verdade, apenas a lei em tese dificilmente permitirá a apuração da responsabilidade do Estado; leis de efeitos concretos, por outro lado, sempre admitem cogitar da responsabilidade do Estado, como ocorre nas desapropriações.

→ **responsabilidade por atos jurisdicionais**: o Poder Judiciário não responde, em princípio, por atos jurisdicionais dos quais decorra prejuízo a terceiro; aplica-se, na hipótese de erro judiciário, a regra constante do art. 5º, LXXV, da CF: ***"o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença"***.

→ **reparação do dano**: duas são as formas: ***amigável*** (de difícil ocorrência, dá-se direta e internamente depois de apurado o "*quantum*" em sede de *procedimento administrativo* para tal fim instaurado) e ***judicial*** (por provimento judicial, em sede de *ação de conhecimento condenatória*) // pela via administrativa pode-se contemplar o pagamento parcelado do valor indenizatório, dependendo de lei autorizativa, em especial quando envolver a entrega de bem imóvel; também se pode contemplar a apuração da conduta do agente (o direito de regresso) e proceder ao concomitante desconto em folha de pagamento (10% no máximo, no Estado de São Paulo) // a via judicial, usualmente adotada, pode ser escolhida pela vítima, seus herdeiros, sucessores e cessionários, que ajuizarão a ação em face da pessoa jurídica de direito público ou privado (prestadora de

serviço público) causadora do dano; o Estado, segundo alguns, poderá denunciar à lide o agente público responsável pelo dano (é aceita majoritariamente); se a sentença não fixou os valores, proceder-se-á à liquidação; liquidados os danos, requisitar-se-á o pagamento; o não-pagamento ou a desatenção à ordem dos precatórios poderão ensejar, respectivamente, a intervenção, ou o seqüestro da quantia necessária.

→ **da ação regressiva:** fixada a responsabilidade do Estado e efetivada a indenização devida ao particular que sofreu lesão, decorrerá a possibilidade de regresso em face daquele que causou o dano, agente público ou não.

→ **responsabilidade por atos ilícitos:** por ato ilícito praticado por agente público também responde objetivamente o Estado; o agente público, porém, ficará sujeito, além da responsabilização civil, também à apuração da responsabilidade criminal e administrativa; as "instâncias" não se comunicam, ao menos em princípio; assim, independentemente da decisão proferida no juízo criminal, haverá decisão administrativa e na ação civil intentada no Judiciário, seja para assegurar o direito de regresso, seja para apurar outros ilícitos // a incomunicabilidade das instâncias é realizada pela influência que a sentença penal pode exercer no campo civil e na seara administrativa; ela pode produzir efeitos que asseguram o regresso, tornando certa a obrigação de reparar o dano, como também pode determinar a perda do cargo, da função pública ou do mandato eletivo // a sentença penal não exercerá nenhuma influência se o agente tiver sido absolvido: a) porque o fato não constitui crime, b) por falta de provas da existência do fato ou da autoria, c) porque não concorreu para a infração; também não interferirá se considerar presente causa excludente da culpabilidade, ao contrário do que ocorre com a sentença penal que: a) *reconhecer presente qualquer das causas excludentes da ilicitude*, b) *reconhecer a inexistência do fato*, c) *negar a autoria atribuída ao agente público*.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

→ toda a atuação administrativa está condicionada à observância de princípios expressos na CF (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - princípios básicos da Administração Pública brasileira); outros princípios, de direito público e de direito administrativo, informam também a atuação administrativa (supremacia do interesse público, continuidade do serviço público, especialidade etc.); significa dizer que não há atuação legítima da Administração divorciada dos princípios informadores do direito administrativo e da Administração Pública // o ato praticado por agente incompetente ou com finalidade diversa da estatuída em lei constitui ato incapaz de produzir efeitos válidos, sendo passível de revogação pela própria Administração, ou de anulação pelo Judiciário // a possibilidade de controle interno ou autocontrole (que constitui princípio de direito administrativo) e de outro Poder rever atos administrativos insere-se no campo do controle a que se sujeita a Administração Pública de qualquer dos Poderes do Estado.

→ **tipos:**

→ **interno:**

→ **controle administrativo**: é o que decorre da aplicação do princípio do autocontrole, ou autotutela, do qual emerge o poder com idêntica designação (poder de autotutela); a Administração tem o dever de anular seus próprios atos, quando eivados de nulidade, podendo revogá-los ou alterá-los, por conveniência e oportunidade, respeitados, nessa hipótese, os direitos adquiridos; o controle é exercido ***de ofício***, pela própria Administração, ou ***por provocação***; na primeira hipótese, pode decorrer de: fiscalização hierárquica, supervisão superior, controle financeiro, pareceres vinculantes ou ouvidoria; na segunda hipótese, poder decorrer de: direito de petição (a CF assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, "*o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder*"), pedido de reconsideração (abriga requerimento que objetiva a revisão de determinada decisão administrativa), reclamação administrativa (trata-se de pedido de revisão que impugna ato ou atividade administrativa) ou recurso administrativo (é instrumento de defesa, meio hábil de impugnação ou possibilitador de reexame de decisão da Administração).

→ **externo**:

→ **controle legislativo**: é exercido pelo Poder Legislativo, tendo em mira a administração desempenhada pelos Poderes Executivo e Judiciário; o exercício do controle constitui uma das funções típicas do Poder Legislativo, ao lado da função de legislar; por conta dessa função, pode o Parlamento instaurar CPIs; proceder a pedidos de informações; convocar autoridades para esclarecimentos; exercer a fiscalização financeira, contábil, operacional e orçamentária sobre atos e contratos dos demais Poderes, com apoio consultivo do Tribunal de Contas.

→ **controle judiciário**: o controle externo é exercido também pelo Poder Judiciário, podendo ser preventivo ou corretivo e decorrente de ações constitucionais: *habeas corpus*, *habeas data*, *mandado de segurança*, *mandado de injunção*, *ação popular* e *ação civil pública*; o Brasil adota o **sistema de jurisdição una**, que se contrapõe ao **sistema de jurisdição dupla** (ou do contencioso administrativo, de jurisdição administrativa), adotada na França, Alemanha, Portugal e, parcialmente, Itália e Bélgica; no sistema de jurisdição dupla (ou do contencioso administrativo) há Tribunais e juízes administrativos encarregados de grande parte dos litígios que envolvam a Administração Pública.

→ **mandado de segurança** – pode ser individual ou coletivo e visa à proteção de direitos individuais ou coletivos, ***líquidos e certos*** (é o comprovado, indubitável, sobre o qual não paira dúvida), não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, violados ou ameaçados de lesão, seja por ilegalidade ou por abuso do poder de agente público (ato de autoridade).

→ **rito**: é o sumaríssimo, despachada a inicial será notificada a autoridade para prestar informações (prazo: 10 dias), colhendo-se a manifestação do MP (indispensável, obrigatória - prazo: 5 dias; não sendo impetrante, oficiará como fiscal da lei, oferecendo parecer e requerendo o que entender de direito), proferindo o órgão jurisdicional (juiz ou Tribunal) a decisão

(prazo: 5 dias); pode o juiz ou Tribunal conceder, no despacho inicial, liminar, desde que presentes os requisitos legais.

→ **ação popular** – é instrumento idôneo para a invalidação de atos e contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa e ao meio ambiente; é proposto em face do agente público ou do terceiro responsáveis pelo ato, contrato ou equivalente ilegal e lesivo.

→ **requisitos**: ser o autor cidadão (brasileiro, nato ou naturalizado, no gozo de seus direitos políticos); ser o ato ou contrato impugnado ilegal (desatende aos requisitos ou condições de validade); ser o ato lesivo, material ou presumidamente, ao patrimônio público, à moralidade ou ao meio ambiente.

→ **rito**: é o ordinário, podendo o juiz suspender os efeitos do ato impugnado; citada a entidade, está poderá contestar (prazo: 20 dias, prorrogável por idêntico período, desde que dificultosa a obtenção de provas) ou concordar com o pedido; a liminar, que pode ser revista a qualquer momento pelo magistrado, visa a suspensão dos efeitos danosos do ato combatido na ação intentada.

→ **prescrição**: pode ser ajuizada em até 5 anos, operando-se a prescrição; a contagem do prazo é, em regra, iniciada na data da publicação do ato.

→ **ação civil pública** – constitui meio processual de controle da Administração Pública, porquanto objetiva impedir ou reprimir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como a qualquer outro interesse difuso e coletivo; a CF atribui ao MP a promoção do ***inquérito civil*** (possui a natureza de procedimento administrativo inquisitivo, não contraditório, investigatório e viabilizador de eventual ação civil pública ou de recomendações dirigidas ao Poder Público) e ***da ação civil pública***, sem prejuízo, para a propositura da ação, da legitimidade de terceiros; ex: Município implanta em local inadequado parcelamento do solo urbano (o MP e os demais legitimados estarão aptos ao ajuizamento da **ação civil pública**, sem prejuízo, quando o caso, da impetração do **mandado de segurança**, pelo particular ou pessoa jurídica titular do direito individual líquido e certo e de **ação popular** por qualquer cidadão).

→ **mandado de injunção** – é a ação constitucional que objetiva suprir norma regulamentadora cuja ausência inviabiliza o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; tem por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício.

→ **habeas corpus** – essa ação constitucional será concedida sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder; é gratuito, podendo ser impetrado por qualquer pessoa; poderá ser preventivo ou repressivo (liberatório), permitindo-se a concessão de liminar por construção jurisprudencial, desde que presentes os requisitos “*periculum in mora*” e “*fumus boni iuris*”; é dirigido contra

a autoridade coatora, responsável pelo ato ilegal ou abusivo capaz de violar a liberdade de locomoção (juiz, delegado de polícia, promotor de justiça etc.), ou contra o particular, responsável pelo ato que traduz idênticos efeitos (internação em hospitais, asilos, escolas etc.).

→ **habeas data** – a concessão tem por objetivo: assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; retificar dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

→ **rito**: a inicial será apresentada em duas vias, e, não sendo indeferida (hipótese em que se admite o recurso de apelação), será a autoridade notificada a prestar informações (prazo: 10 dias), colhendo-se a manifestação do MP (prazo: 5 dias) e seguindo para sentença (prazo: 5 dias).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

→ **conceito**: é ato que afronta os princípios norteadores da atuação administrativa; tem como sujeito passivo a pessoa física ou jurídica lesada pelo ato e sujeito ativo o agente público e/ou o particular beneficiado pelo ato.

→ **modalidades**:

- *atos que importam enriquecimento ilícito*;
- *atos que importam dano ao Erário*;
- *atos que importam violação de princípios*.

→ **sanções**: a prática de atos de improbidade administrativa sujeita o agente a sanções de natureza extrapenal, civil ou político-administrativa; o ato de improbidade não possui natureza penal.

→ **sanções previstas na CF**:

- suspensão dos direitos políticos;
- perda da função pública;
- indisponibilidade dos bens;
- ressarcimento ao Erário.

→ o legislador ordinário ampliou o rol, e a gravidade indica a sanção a ser aplicada, estabelecendo a Lei nº 8.429/92, em seu art. 12, a graduação das penas, conforme o ato perpetrado:

→ *atos que importam enriquecimento ilícito*

- perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- ressarcimento integral do dano, quando houver;
- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos de 8 a 10 anos;
- multa civil de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial;

→ proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos.

→ ***atos que importam dano ao Erário***

- ressarcimento integral do dano;
- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos;
- multa civil de até 2 vezes o valor do dano;
- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.
- perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância.

→ ***atos que importam violação de princípios.***

- perda da função pública;
- suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos;
- multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;
- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos.
- ressarcimento integral do dano, se houver.

→ alguns agentes políticos não estão sujeitos a todas as sanções previstas na Lei n.º 8.429/92: o ***Presidente da República*** não se sujeita às penas de "perda da função" e "suspensão dos direitos políticos", sujeitando-se, porém, às demais sanções; os ***senadores e deputados federais e estaduais*** não estão sujeitos à pena de "perda da função pública", mas se sujeitam a todas as demais.

→ **prescrição**: o dano ao Erário é imprescritível, mas o ato de improbidade está sujeito a prescrição, que opera em: a) *até 5 anos após o término do mandato, cargo em comissão ou função de confiança*, b) *dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego*.

→ **declaração de bens**: a posse e o exercício de agente público estão sempre condicionados à apresentação de declarações de bens e valores que compõe o seu patrimônio privado; a atualização da declaração é obrigatória e anual, podendo ser suprida pela declaração apresentada à Receita Federal, desde que atualizada; ao agente faltoso, que não apresentou a declaração ou que prestá-la sem conteúdo verdadeiro, é aplicável a pena de *demissão a bem do serviço público*.

PROCESSO ADMINISTRATIVO

→ **princípios:** o *devido processo legal* é o primeiro e o principal princípio, sendo dele decorrentes outros expressos e implícitos na CF: *ampla defesa, contraditório, juiz natural, isonomia* etc.

→ **provas:** as obtidas por meio ilícito jamais poderá ser admitida na seara administrativa, sendo inaplicável a Lei n. 9.296/96 (interceptações telefônicas) no processo administrativo; a interceptação somente é admitida se ordenada por autoridade judicial, para a apuração de ilícito penal.

→ **tipos:**

→ **de gestão** – licitações, concursos de ingresso ao serviço público, concurso de movimentação nas carreiras (promoção e remoção) etc.

→ **de outorga** – licenciamento ambiental, licenciamento de atividades e exercício de direitos, registro de marcas e de patentes etc.

→ **de controle** – prestação de contas, lançamento tributário, consulta fiscal etc.

→ **punitivos** – internos (imposição de sanções disciplinares) ou externos (apuração de infrações).

→ **fases:**

→ **instauração** – pode decorrer de portaria, auto de infração, representação de pessoa interessada ou despacho da autoridade competente.

→ **instrução** – é marcada pela produção de provas, com a participação do interessado.

→ **defesa**

→ **relatório** – é elaborado pelo presidente do processo, que tanto poderá ser um único agente ou uma comissão processante, quando assim a lei exigir.

→ **julgamento** – corresponde à decisão proferida pela autoridade ou órgão competente, devendo sempre ser motivada e fundamentada.

→ **processo administrativo disciplinar:** é o meio hábil à apuração de faltas disciplinares, violação de deveres funcionais e imposição de sanções a servidores públicos; a obrigatoriedade é estabelecida no regime jurídico a que estiver sujeito o agente público, sendo-o usualmente para a apuração das infrações mais graves e que estão sujeitas à imposição de demissão, perda do cargo, suspensão por mais de 30 dias, cassação de aposentadoria, disponibilidade, destituição de cargo em comissão; a instauração é ordenada pela autoridade competente para a aplicação da sanção, sendo ele presidido por comissão processante vinculada ao órgão ou entidade; a comissão elaborará um relatório opinativo; o controle da legalidade pode ser realizado internamente, através do recurso administrativo e com a possibilidade de revisão a qualquer tempo e, externamente, pelo Judiciário, que poderá impor-lhe a anulação, apenas por ilegalidade.

→ **sindicância:** constitui meio sumário de investigação, destinando-se à apuração preliminar de fatos e ensejando, quando o caso, a instauração do processo administrativo disciplinar; é realizada sem os formalismos do processo, mas nela também deverão ser observados os princípios do contraditório e da ampla defesa; alguns estatutos admitem a sindicância como meio hábil à aplicação de sanções menos severa:

multa, repressão e suspensão; normalmente ela tem a natureza de processo preparatório do processo administrativo propriamente dito.

obs.: a *sindicância* é mero procedimento investigativo, sendo incabível a apresentação de defesa, visto que somente pode haver defesa após a formalização de acusação, e esta somente se formaliza quando da instauração do processo administrativo disciplinar, sendo afrontante ao direito brasileiro a utilização da sindicância como procedimento sumário para aplicação de penalidades, mesmo de menor monta, como costuma fazer a Administração Pública no Brasil.

→ **sanções disciplinares:** *advertência; multa; suspensão; demissão e demissão a bem do serviço público.*

→ **demissão de vitalícios:** não são exoneráveis a qualquer tempo, perdem o cargo por pedido ou por sentença judicial.

→ **demissão de estáveis:** basta o processo administrativo disciplinar, sem a necessidade de processo judicial; a demissão é aplicável, ainda, para o servidor que, empossado, não entra em exercício no prazo legal, ou para o servidor em estágio e que não o satisfaz na forma exigida em lei; por fim, é aplicável em razão de avaliação periódica de desempenho; a CF prevê também o desligamento do estável para atendimento do limite de despesas com pessoal ativo e inativo, exigindo-se, nessa hipótese, ato motivado e a exoneração não pressupõe o cometimento de falta funcional.

→ **Ex.:** um policial é flagrado vendendo armas para um traficante, sendo imediatamente preso; submetido ao conselho disciplinar, é decidida a sua demissão da corporação; absolvido na esfera criminal por falta de provas, o ex-policial contrata um advogado que ajuíza ação de rito ordinário em face do Estado preteando a sua reintegração sob o fundamento de que o motivo do ato administrativo de demissão não se confirmou; procede a pretensão? Não, pois somente se repercutem na esfera administrativa as decisões absolutórias fundamentadas no art. 386, I (estar provada a inexistência do fato) e V (existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena), do CPP; quanto à absolvição por falta de provas, justifica-se a não repercussão no âmbito administrativo porque as provas podem não ser suficientes para demonstrar a prática de um ilícito penal, mas podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo.