



# DIREITO ADMINISTRATIVO

VERBO.APOSTILA

## SUMÁRIO

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TERCEIRO SETOR.....	04
2. ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA.....	25
3. SERVIÇOS PÚBLICOS.....	52
4. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE .....	79
4. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO .....	105
5. SERVIDORES PÚBLICOS .....	123
6. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	153
7. ATO ADMINISTRATIVO.....	162
8. PROCESSO ADMINISTRATIVO .....	199
9. LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....	212
10. PODERES ADMINISTRATIVOS .....	272
11. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA .....	288
12. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	292
13. BENS PÚBLICOS .....	300

LEIA E ASSISTA ÀS VIDEOAULAS  
NO SEU CELULAR



**1º PASSO**

Baixe nosso APP leitor de códigos na Google Play ou AppStore: **QR BOOK**



**2º PASSO**

Encontre dentro do livro, os códigos QR dentro das disciplinas e temas abordados.



**3º PASSO**

Abra o APP QR BOOK e clique em "LER O CÓDIGO"

**4º PASSO**

Aguarde o leitor fazer o SCAN, na sequência se abrirá uma videoaula específica.



**5º PASSO**

Pronto, aproveite a qualidade das nossas videoaulas, com os melhores professores.





# ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E TERCEIRO SETOR

## 1.1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO FUNÇÃO DO ESTADO

A doutrina costuma apontar o conceito de *Administração Pública* em sentido subjetivo e em sentido objetivo: “a) em **sentido subjetivo**, *formal ou orgânico*, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende *peças jurídicas, órgãos e agentes públicos* incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; b) em **sentido objetivo**, *material ou funcional*, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria *função administrativa* que incumbe, *predominantemente*, ao Poder Executivo”.<sup>1</sup> Para alguns autores, no sentido subjetivo a expressão deve ser grafada com as iniciais maiúsculas (“Administração Pública”), enquanto no sentido objetivo se emprega as iniciais minúsculas (“administração pública”).<sup>2</sup> Porém, nem todos atentam para este detalhe grafológico, pelo que a distinção há mesmo de ser feita com vistas ao contexto em que se utiliza a expressão.

O objeto de estudo do Direito Administrativo é a *função administrativa* (administração pública, em sentido objetivo), seja ela exercida por órgãos ou entidades estatais (Administração Pública, em sentido subjetivo), seja ela exercida por pessoas privadas às quais o Estado venha a delegar o exercício de atividades públicas.

No âmbito da máquina estatal, a função administrativa é, em regra, exercida pelo Poder Executivo, o que não impede que os Poderes Legislativo e Judiciário também a exerçam, ainda que *atipicamente*, pois, apesar de serem órgãos que desempenham respectivamente as funções legislativa e jurisdicional, também têm, em sua estrutura, setores administrativos. Por isso se diz que a atividade administrativa, sendo exercida predominantemente pelo Poder Executivo, não é exclusiva deste Poder. A recíproca é verdadeira, pois há casos em que o Poder Executivo exerce atividades típicas de outro Poder (v.g. a edição de medidas provisórias em caso de relevância e urgência – CF/88, art.62).

O importante é salientar que a qualificação da função (legislativa, jurisdicional e administrativa) não está relacionada com o Poder que a exerce (Legislativo, Judiciário e Executivo), mas sim com a natureza da atividade desempenhada, de modo a atrair a incidência de normas do Direito Administrativo.

Ao lado disso, não obstante o Estado conserve a *titularidade* da função administrativa, o ordenamento jurídico admite que o *exercício* de algumas de suas atividades administrativas possa ser delegado a entes da iniciativa privada, os quais, mesmo não integrando a máquina estatal (não são, portanto, Administração Pública em sentido orgânico), exercem administração pública (em sentido objetivo).

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas; MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva.

## 1.2. PRINCÍPIOS REGENTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Na elaboração de classificações que facilitam o estudo sistematizado das normas-princípio, a doutrina começa destacando os princípios *fundamentais*, que são aqueles previstos na Constituição como decisões políticas estruturais do Estado, citando-se os princípios republicano, federativo, presidencialista, do Estado Democrático de Direito, da separação dos Poderes, da livre iniciativa, da função social da propriedade etc.<sup>3</sup> Calçados nesses vetores fundamentais, surgem os demais princípios que dão suporte normativo às situações jurídicas e que podem ser classificados como gerais ou específicos, conforme a amplitude de sua incidência.

Os princípios *gerais* estão presentes nos mais diversos regimes do ordenamento, daí porque costumam ser estudados em todos os ramos da ciência jurídica, não obstante as peculiaridades que a sua aplicação pode ter em cada um deles. São desdobramentos dos princípios fundamentais que se irradiam por toda a ordem jurídica, tais como os princípios da legalidade, isonomia, autonomia estadual e municipal, acesso ao Judiciário, irretroatividade das leis, juiz natural, devido processo legal etc.<sup>4</sup>. Os princípios *específicos* (ou *setoriais*), por sua vez, destinam-se a reger determinados setores do direito, não encontrando aplicação em outros. Irradiam-se limitadamente, mas em seu âmbito de atuação são supremos. Por vezes são meros detalhamentos dos princípios gerais, como os princípios da legalidade tributária ou da legalidade penal. Outras vezes são autônomos, como o princípio da anterioridade em matéria tributária ou do concurso público em matéria de administração pública<sup>5</sup>.

Levando em conta a fonte de onde emanam, muitos desses princípios gerais e específicos podem ser extraídos diretamente da Carta Magna, daí serem tratados como princípios *constitucionais*. Citem-se aí os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (art.37, *caput*), além de outros extraídos do ordenamento constitucional. Há também outros princípios que se revelaram depois, por decorrência da mediação legislativa, sendo, nesse sentido, princípios infraconstitucionais. Nessa categoria, pode-se apontar, por exemplo, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação, extraído do art. 41 da Lei 8.666/93.

As normas-princípio podem também ser classificadas quanto ao modo como são extraídas do ordenamento. Um princípio pode se expressar explícita ou implicitamente. Os *explícitos* já estão incorporados textualmente ao ordenamento jurídico. Os *implícitos*, apesar de não expressos textualmente, são reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência como extraídos da lógica do sistema jurídico. Alguns deles foram construídos ainda nos primórdios de cada ciência jurídica e vieram adquirindo aceitação geral. Saliente-se que tanto os princípios explícitos quanto os implícitos estão expressos no ordenamento, daí a sua força normativa. A diferença é que os explícitos estão expressos textualmente, ao passo que os implícitos não aparecem literalmente no texto, mas dele se extrai por interpretação do sistema jurídico. Assim, a título de exemplo, o princípio da legalidade está *explícito* na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, II e art. 37, *caput*), enquanto o princípio da razoabilidade encontra-se implícito.

É com base nessas classificações que estudaremos os princípios regentes do Direito Administrativo, destacando-se princípios gerais e específicos, expressos e implícitos, extraídos diretamente da própria Constituição ou de leis infraconstitucionais. Todos eles partem de vetores fundamentais que consubstanciam o Estado Democrático de Direito, de viés social, de modo que os interesses públicos devam ser colocados acima dos interesses privados, bem como seja vedado aos agentes da administração dispor do interesse público.

<sup>3</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> *Ib idem*.

### → Princípios fundamentais da administração pública:

O regime jurídico administrativo constrói-se sobre dois traços: a supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração.<sup>6</sup> Tais axiomas se revelam como verdadeiros princípios fundamentais do direito administrativo, a partir dos quais decorrem todos os demais que lhes são subordinados.

• **A supremacia do interesse público sobre o interesse privado:** Num Estado que se propõe voltado para o bem estar social, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é a norma básica que leva o Poder Público a adotar medidas impositivas de sujeições aos particulares em prol da coletividade. Todo e qualquer condicionamento das liberdades individuais encontra nesse princípio o seu fundamento originário, extraído implicitamente do sistema constitucional na medida em que a Lei Maior previu valores tais como a função social da propriedade, a proteção do meio ambiente, a intervenção na ordem econômica, dentre outros. Deveras, ainda que submetida a normas jurídicas - como é característica básica do Estado de Direito - a Administração goza de certos poderes e prerrogativas que a colocam numa posição de superioridade em relação aos particulares. E a única justificativa para esse tratamento desigual somente pode estar no fato de que a atuação da Administração tem por finalidade precípua a satisfação do interesse público, pois é exatamente isso que autoriza o Estado a desapropriar bens privados, proibir condutas socialmente nocivas e punir os infratores, adotar políticas de controle da ordem econômica, condicionar o uso da propriedade ou a exploração de bens etc.

• **A indisponibilidade do interesse público pela Administração:** A relação entre o administrador público e os bens que ele administra não é de propriedade<sup>7</sup>, daí porque não se encontram, aqueles bens, à sua livre disposição. Portanto, em todos os setores em que a Administração venha a atuar, a finalidade da função administrativa haverá de estar sempre na satisfação dos interesses primários da sociedade. Trata-se aí de finalidade cogente, da qual não pode haver desvio, pois o administrador não cuida de interesse patrimonial próprio ou da pessoa do Estado, mas, sim, do interesse público. Qualquer transigência ou renúncia envolvendo assuntos da administração pública somente é possível se prevista na Constituição ou em lei, sempre com vistas ao interesse público, não sendo dado ao administrador agir com liberalidade fora destes marcos. Dentre os efeitos emanados desse princípio, destaca-se, por exemplo, ser vedado aos agentes administrativos renunciar os seus poderes funcionais ou transferi-los a outra pessoa fora das hipóteses previstas em lei (art. 11 da Lei 9.784/99). Da mesma forma, não cabe ao administrador público descuidar do zelo com a coisa pública, devendo adotar todas as medidas adequadas e necessárias à proteção do erário.

### → Princípios gerais e específicos da administração pública:

A partir daqueles dois vetores fundamentais que formam o núcleo do direito administrativo, o ordenamento jurídico brasileiro consagra muitas outras normas-princípio, algumas delas extraídas explicitamente da Constituição de 1988 ou das leis, outras reconhecidas como implícitas no sistema jurídico e merecedoras de igual tratamento quanto à força normativa. Vejamos os princípios gerais e específicos mencionados pela doutrina:

• **Princípio da Legalidade:** Dispõe o art. 5º, II, da CF/88 que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão *em virtude de lei*. Ao lado disso, o princípio da legalidade é o primeiro mencionado no art. 37, *caput*, da Carta Magna. É clássico o ensinamento de que enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, à Administração Pública somente é dado

<sup>6</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

<sup>7</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros.

fazer o que a lei previamente autoriza<sup>8</sup>, isto é, todo o seu agir se traduz em obrigatório cumprimento da lei. Como disse o ilustre Seabra Fagundes, o administrador público deve “aplicar a lei de ofício”<sup>9</sup>. O culto à legalidade como único parâmetro movimentador da máquina administrativa teve grande importância na transição do regime absolutista para o modelo do Estado de Direito, substituindo-se a vontade do rei pela vontade do legislador. Entrementes, o prestígio que veio sendo atribuído aos princípios jurídicos (pós-positivismo) levou a uma mudança de concepções em torno do sentido de “lei” e de “legalidade”, conceitos que não mais se circunscrevem apenas aos preceitos formalizados em regras escritas. É imprescindível a obediência a todos os vetores normativos do sistema jurídico, sobretudo dos princípios constitucionais, consubstanciando-se uma legalidade em sentido amplo, o que já há algum tempo os franceses vem denominando de *bloco da legalidade* e, mais recentemente, alguns autores designam sob o rótulo de *juridicidade*<sup>10</sup>. O próprio ordenamento positivo brasileiro já contempla essa idéia ao impor à Administração uma “atuação conforme a lei e o Direito” (art. 2º, p. único, I, da Lei 9.784/99). Por outro lado, se é certo que a concepção estrita de legalidade veio sendo flexibilizada em prol de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, mormente nas situações em que se tem uma *reserva legal relativa* (regra legal como mero ponto de partida), há de se atentar que certas questões somente comportam regramento por lei em sentido estrito, como acontece, por exemplo, no estabelecimento de sanções administrativas ou criminais, bem como na instituição de tributos. Fala-se aí em *reserva legal absoluta*, quando a normatização se dá não apenas em virtude de lei, mas, sim, diretamente nos termos da lei.

• **Princípio da Impessoalidade:** Também explícito no *caput* do art. 37 da CF/88, este princípio comporta dois sentidos, um referente ao administrado e outro ao administrador. Primeiramente, o administrador não pode prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas em função de outras finalidades que não o interesse público, devendo praticar os seus atos sem ter em mira interesse próprio ou de terceiros. Cumpre evitar ao máximo o emprego de critérios subjetivos de escolha no direcionamento da máquina administrativa, impondo-se sempre que possível um tratamento objetivo. Sob esse aspecto, a impessoalidade tem nítida relação com o princípio da *isonomia*, no que tange ao trato com os administrados, e com o princípio da *finalidade*, no que concerne à satisfação do interesse público. É em prol dessa norma-princípio que o ordenamento prevê o concurso público para a admissão de servidores ou empregados públicos (CF/88, art.37, II), veda a prática de nepotismo (Súmula Vinculante 13 do STF) e impõe a regra geral de licitação para compras, obras e serviços (CF/88, art. 37, XIX). Sob outro sentido, as ações da Administração não devem ser imputadas à pessoa do administrador. Daí porque o art. 37, §1º, da Carta Magna, assim como os artigos 18 a 21 da Lei 9.784/99, proíbem a utilização, nas atividades administrativas, de nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal. Outrossim, o art. 2º, p. único, III, da Lei 9784/99 impõe que a Administração busque “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”. São regras editadas com o fito de reforçar o princípio sob análise, de modo que a publicidade das ações do governo deva ter caráter estritamente educativo, informativo ou de orientação social.

• **Princípio da moralidade:** ao contemplar o valor da moralidade no âmbito da administração pública, o legislador constitucional deixou claro que de nada valeria o administrador seguir os parâmetros formais da legalidade, se as medidas por ele adotadas estivessem em desacordo com os padrões éticos daquilo que se espera da atuação dos agentes estatais. Esse princípio assume grande importância quando se investigam atos da Administração formalmente legais, mas que, em sua substância, não visam o interesse público. Não basta cumprir a lei, a Administração Pública deve

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT.

<sup>9</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense.

<sup>10</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina; Gustavo Binenbojm. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar.

também atuar “segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” (art.2º, p. único, IV, da Lei 9.784/99). Também a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) estabelece sanções decorrentes de conduta violadora de princípios administrativos, dentre eles o da moralidade. É o princípio da moralidade administrativa que, por exemplo, impede a contratação de parentes para cargos em comissão (exceto para cargos políticos), conforme já restou decidido pelo STF<sup>11</sup>. O fato de não haver lei estabelecendo essa proibição não impede que se aplique diretamente o princípio da moralidade para coibir a prática desse abuso de poder.

• **Princípio da publicidade:** Este princípio impõe que a Administração atue com transparência, dando a mais ampla divulgação possível dos seus atos, porque no Estado Democrático de Direito a população tem o direito de ser informada sobre os assuntos de interesse público, além do que a publicidade é requisito essencial a propiciar o adequado controle de legalidade da atividade administrativa. Não deve o administrador ter por hábito agir às escondidas, “na sombra”, pois já se disse que “o melhor desinfetante é a luz do sol”. A norma da publicidade, contudo, não é absoluta, eis que, como previsto na própria Constituição, encontra ressalvas nas situações em que se faz necessário o sigilo, seja para proteger a intimidade ou a honra do administrado (art.5º, X) ou quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art.5º, XXXIII). Foi em cumprimento a esta norma constitucional que o legislador ordinário editou o art. 2º, p. único, V, da Lei 9.784/99, determinando a “divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”. Fica claro então que a publicidade traduz um valor a ser sopesado com outros valores igualmente consagrados pelo ordenamento jurídico. Exemplo dessa ponderação está na decisão do STF em que se reputou inconstitucional a exigência de veiculação de custo de publicidade em todos os comunicados oficiais, pois isso violaria os princípios da proporcionalidade e da economicidade, já que existem outros meios adequados para controle das contas públicas<sup>12</sup>. Não se deve confundir publicidade com *publicação*, que é um dos meios para se cumprir com aquela, mas não o único. Na verdade, existem diversos mecanismos para se dar publicidade à atividade administrativa, que vão desde a publicação em diário oficial ou jornal de grande circulação até a simples afixação de avisos nos prédios públicos. A forma de publicidade dependerá do seu objeto e do que dispuser a lei. Para os atos praticados no âmbito interno da Administração, é suficiente que haja divulgação mediante notificação do interessado, por aviso-circular ou publicação no *boletim interno*, comum em algumas repartições públicas. Já no que concerne aos atos de efeitos externos, sobretudo quando versarem sobre assuntos de interesse dos administrados, é preciso que haja publicação em Diário Oficial ou veículo de comunicação com essa finalidade específica (jornais contratados pelo órgão público, conforme previsão legal), não bastando a simples divulgação geral feita pela imprensa particular, por televisão ou rádio. Ressalte-se, ainda, haver atos em que a publicidade deve obedecer a determinados requisitos formais, sob pena de ineficácia ou até mesmo invalidade, como ocorre no processo licitatório ou nos concursos públicos.

• **Princípio da eficiência:** A Emenda Constitucional 19, de 04/06/1998, inseriu este princípio no *caput* do art. 37. Posteriormente, passou a constar explicitamente também na legislação infraconstitucional, na forma do art. 2º da Lei 9.784/99. Trata-se de princípio relacionado ao *modelo gerencial* adotado na administração pública contemporânea, em que se priorizam os resultados e a qualidade das atividades administrativas. Impõe-se a todo agente realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional, tendo em meta resultados positivos e satisfatório atendimento das necessidades coletivas. O princípio da eficiência traduz, em síntese, um dever geral de boa administração e se manifesta basicamente sob dois aspectos: eficiência na atuação dos agentes públicos e eficiência no modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública.

<sup>11</sup> ADC-MC 12/DF e Súmula Vinculante 13.

<sup>12</sup> ADI-MC 2.472/RS, DJ de 03/05/2002.



Em relação ao primeiro aspecto, o princípio é o vetor normativo que determina a adoção de critérios objetivos para a melhor seleção e capacitação dos agentes públicos, com investimento no seu preparo técnico, emprego de mecanismos de avaliação periódica de desempenho, boas condições de trabalho e remuneração digna à altura dos cargos ou empregos públicos que desempenham. É também em nome desse princípio que são criados órgãos que facilitam a escuta de reclamações ou sugestões formuladas pelos usuários dos serviços públicos ou para a responsabilização dos agentes que não estejam cumprindo adequadamente a sua função (v.g. ouvidorias, corregedorias, controladorias etc.). Quanto ao segundo aspecto, deve a Administração cuidar de distribuir da melhor forma possível a execução das atividades administrativas, adotando-se uma adequada organização dentro do aparelho estatal, com recurso à desconcentração ou descentralização de atribuições, inclusive por meio de transferência para entidades da iniciativa privada nos casos em que se revelar mais recomendável à satisfação do interesse público. Deve também valer-se da tecnologia atual, segundo os recursos disponíveis para a modernização dos serviços administrativos, bem como adotar o necessário planejamento das atividades de suporte a eles relacionadas. Por fim, a eficiência impõe que a Administração lance mão de adequados mecanismos de controle interno e externo, com ênfase no controle dos resultados em detrimento do mero controle de meios.

• **Princípio da presunção de legitimidade:** A doutrina em geral aponta que, por força desse princípio, há de se presumir que o administrador público está agindo ou agiu de acordo com a lei (presunção de legalidade) e que os fatos por ele considerados são verdadeiros (presunção de veracidade). Tal presunção é relativa (*juris tantum*), isto é, admite prova em contrário, mas impõe a inversão do ônus da prova a favor da Administração. Não obstante a sua tradição, o princípio merece uma leitura crítica e mais consentânea ao atual modelo do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida a presunção de legitimidade é um vetor normativo que assegura o regular funcionamento da máquina administrativa, propiciando que o Poder Público adote as medidas de força necessárias ao cumprimento de suas ordens e impedindo escusas aleatórias por parte dos administrados. Contudo, tendo sido concebida no século XIX, ainda sob influência de concepções não democráticas, a atual vigência do princípio da presunção de legitimidade demanda uma releitura do instituto (uma *filtragem constitucional*), adaptando-o ao Estado Democrático de Direito e aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal de 1988. É preciso reconhecer que a presunção de legitimidade somente deve ser invocada pela Administração nos casos em que não for realmente possível a adoção de um adequado procedimento de registro dos fatos envolvidos na atividade administrativa. Daí existirem casos em que cabe à Administração demonstrar a validade dos seus atos, por ser ela a única detentora dos meios de produção de prova para tanto, não lhe cabendo comodamente invocar a presunção de legitimidade e deixar o administrado vulnerável ao arbítrio dos agentes públicos<sup>13</sup>.

• **Princípio da especialidade:** Este princípio tem relação com o fenômeno da *descentralização administrativa*, em que o Poder Público cria entidades (pessoas jurídicas), tais como autarquias e empresas públicas, para desempenhar determinadas atividades assumidas pelo Estado. O conjunto dessas entidades formará a chamada Administração Indireta, tema que será abordado em capítulo posterior. O princípio da especialidade é a norma que baliza a atuação de tais entidades estatais, impedindo que venham a atuar em finalidade estranha àquela prevista na lei que viabilizou a sua criação. Apesar de a doutrina em geral considerar a especialidade uma característica das pessoas jurídicas estatais, notadamente as autarquias, a mesma lógica leva a que se aplique o princípio também no que diz respeito aos órgãos desprovidos de personalidade, eis que igualmente criados com atribuições específicas delimitadas por lei. Enfim, a norma em destaque estabelece que cada centro de competência administrativa deva atuar no estrito limite dos poderes que lhe foram

<sup>13</sup> CARNEIRO NETO, Durval. *Processo, jurisdição e ônus da prova no direito administrativo*, Salvador: Jus Podivm.

conferidos pela respectiva lei instituidora, reservando-se a cuidar dos assuntos afetos a sua área de especialidade e evitando, com isso, o choque de atribuições entre os órgãos e entes públicos.

• **Princípio da hierarquia:** A hierarquia é um fenômeno recorrente na área empresarial, presente no interior de qualquer organização administrativa minimamente estruturada e com distribuição e escalonamento de funções entre os profissionais e técnicos que nela labutam. Com a administração pública não é diferente, a não ser pelo fato de que a hierarquia se espalha entre órgãos e agentes públicos ligados uns aos outros por um vínculo de *subordinação*. Do princípio da hierarquia decorrem dois poderes correlatos da Administração Pública: o poder hierárquico e o poder disciplinar. O *poder hierárquico* está relacionado com a prerrogativa que tem os agentes superiores de dar ordens, rever a atuação, delegar ou avocar atribuições dos subordinados. Já o *poder disciplinar* se relaciona com a prerrogativa do superior em aplicar sanções aos subordinados por descumprimento de algum dever funcional.

• **Princípio da autotutela:** A hierarquia administrativa possibilita, dentre outras coisas, que as autoridades superiores revisem os atos praticados pelos subalternos. Esta possibilidade de revisão, inerente à via administrativa, é a chamada *autotutela*, que tem a ver, portanto, com o controle exercido pela Administração sobre os atos de seus próprios agentes públicos. A teor da Súmula 473 do STF, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados dos 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”. Saliente-se, porém, que tal prerrogativa de invalidar ou revogar seus próprios atos somente se aplica àqueles praticados sob o regime jurídico administrativo, quando o Poder Público utiliza de suas prerrogativas exorbitantes, não se estendendo aos atos e contratos que a Administração praticar sob a égide do Direito Privado<sup>14</sup>. Nesses casos, tal dependerá de manifestação do Poder Judiciário.

• **Princípio da tutela:** Este princípio relaciona-se ao controle exercido sobre entidades da chamada Administração Indireta. Em tópico posterior abordaremos o tema da organização da administração pública, com destaque para a divisão do aparelho administrativo estatal em dois grandes setores denominados *Administração Direta* e *Administração Indireta*. Será então examinado que não existe hierarquia entre a Administração Direta e as entidades da Administração Indireta, todavia, cabe àquela exercer um controle especial sobre os atos destas, supervisionando o cumprimento de suas finalidades específicas previstas na lei instituidora. Esse controle finalístico, de natureza não-hierárquica, é possível por força do princípio da *tutela administrativa*, também chamado de supervisão ministerial. Cumpre, então, não confundir a tutela, ora estudada, com o vetor normativo da autotutela mencionado no tópico anterior. Na autotutela, o poder é exercido dentro de uma estrutura administrativa hierarquizada, de um órgão superior para um órgão subalterno; o vínculo, portanto, é de *subordinação*. Já na tutela, o controle é exercido entre entes sem liame hierárquico. O vínculo, aí, é de *supervisão*. São distintos os regimes jurídicos num e noutro caso, sendo o poder hierárquico mais intenso e variado do que o controle de supervisão, haja vista a relativa independência que gozam os entes da Administração Indireta frente à Administração Direta. Como diz Celso Antônio, “enquanto os poderes do hierarca são presumidos, os do controlador só existem quando previstos em lei e se manifestam apenas em relação aos atos nela indicados”.<sup>15</sup>

• **Princípio da continuidade do serviço público:** Como as necessidades da coletividade são contínuas, os serviços públicos a elas relacionados não podem parar totalmente. A expressão *serviço público* é aqui empregada num sentido amplo, abrangendo todas as atividades administrativas, não apenas os serviços públicos propriamente ditos (saúde, educação, transporte etc.), mas tam-

<sup>14</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva.

<sup>15</sup> MELLO, *Curso...*, cit.

bém aquelas relacionadas ao poder de polícia (segurança pública, vigilância sanitária etc.) e outros setores da Administração. Naturalmente a continuidade não significa ininterrupção absoluta, pois há serviços que, apesar de contínuos, obedecem a um horário de expediente, a depender da necessidade. Outros são intermitentes em seu regular funcionamento. A doutrina costuma exemplificar duas situações de incidência deste princípio, a primeira relacionada à greve dos servidores e a segunda aos contratos administrativos. O exercício do direito de greve no serviço público deve obedecer a limites previstos em lei específica (CF, art.37, VII), tendo o STF decidido que, enquanto não for editada esta lei, aplica-se, no que couber, a legislação geral de greve (Lei 7.783/89), que já impõe certos limites ao setor privado<sup>16</sup>. Decorrência disso está na necessidade de se manter um mínimo de funcionamento da máquina pública, impedindo-se a sua total interrupção, dentre outros limites que levem em conta as peculiaridades do tipo de serviço público envolvido. Da mesma forma, aquele que contrata com a Administração não poderá invocar a seu favor a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) prevista no art. 476 do Código Civil. Significa dizer que, ainda que a Administração não cumpra a sua parte no contrato administrativo, o contratante privado deverá dar continuidade ao serviço contratado por um determinado prazo, buscando, se for o caso, uma indenização pelos prejuízos sofridos. Além disso, pode a Administração vir a adotar medidas de intervenção na empresa contratante, se preciso for para assegurar a não paralisação do serviço.

• **Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade:** O princípio da razoabilidade é norma extraída implicitamente do sistema constitucional, integrando a cláusula do devido processo legal em seu sentido substancial. Por força desse princípio, não basta que a Administração adote posturas formalmente respaldadas em lei, devendo agir com bom senso em atenção às peculiaridades do caso concreto. Com isso, termina por impor limitações à discricionariedade administrativa, servindo como parâmetro jurídico para o seu controle. Há autores que consideram a proporcionalidade praticamente como sinônimo de razoabilidade. Outros preferem distinguir os princípios, conferindo ao princípio da razoabilidade um campo de aplicação mais abrangente, pelo que a proporcionalidade despontaria como um dos aspectos contidos na razoabilidade<sup>17</sup>, especificamente no tocante à *relação entre meios e fins*, sendo “vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (Lei 9.784/99, art.2º, p. único). Com base na doutrina alemã, costuma-se apontar três aspectos que compõem o princípio da proporcionalidade: a *adequação* (deve haver uma relação de causalidade entre meio e fim, isto é, o meio deve ser idôneo à produção do fim), *necessidade* (inexistência de outro meio mais suave, isto é, menos restritivo a direitos individuais) e *proporcionalidade em sentido estrito* (o meio deve produzir mais vantagens do que desvantagens para o interesse público). Desse modo, na prática de um ato administrativo, o Poder Público deverá utilizar um meio adequado e na estrita medida do necessário para o alcance da finalidade a que se propõe, atentando para o bom senso quanto a eventuais prejuízos causados à coletividade e sempre observando o mínimo de respeito aos direitos fundamentais que se espera num Estado Democrático de Direito.

• **Princípio da motivação:** A Administração deve indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, qualquer que seja a espécie de ato administrativo. Por se tratar de formalidade necessária para se permitir o controle de legalidade, a Lei federal 9.784/99 determina expressamente que nos processos administrativos seja observado o critério da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”, impondo ainda o dever de motivação de grande parte dos atos administrativos (art. 2º, p. único, VII c/c art.50). Antigamente se considerava que o dever de motivação seria excepcional e dispensável nos atos em que a autoridade administrativa

<sup>16</sup> STF, MI 670 e 708, relator min. Gilmar Mendes e MI 712, relator min. Eros Grau, julg. 25/10/2007.

<sup>17</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.

detivesse certa liberdade de escolha. Essa idéia revelou-se ultrapassada, mormente quando é sobretudo nessas situações de maior discricionariedade que se torna ainda mais imperioso o dever de motivação, como um dos pilares da boa administração pública e escudo do cidadão contra subjetivismos, arbitrariedades e outros desvios por parte do administrador<sup>18</sup>. Admite-se que a indicação do motivo seja sucinta naqueles atos estritamente vinculados aos termos da lei, bastando a simples menção ao dispositivo normativo aplicado ao caso. Porém, ainda assim exige-se um mínimo de motivação como pressuposto de validade do ato. A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato<sup>19</sup>. Em alguns casos a motivação pode se dar de modo indireto, por simples referência a algum parecer que tenha sido emitido. É a chamada *motivação aliunde*, tal como prevista também pela Lei 9.784/99, em seu art.50, §1º: "*A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato*". É ainda possível a motivação por meio de formulários com texto padrão, quando se tratar de assuntos repetitivos e não prejudique o direito de defesa do administrado, o que também é previsto no §2º do referido dispositivo legal: "*Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados*". Somente não precisarão ser motivados os atos "de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável"<sup>20</sup>. Os atos de mero expediente e os ordinatórios são aqueles mais simples da rotina administrativa, sem maiores repercussões e que, portanto, não costumam atingir direitos de terceiros, razão pela qual se lhes dispensa a motivação. Outrossim, há casos em que a própria Carta Magna autoriza expressamente que o agente público promova escolhas sem precisar indicar as razões da sua decisão, cujo exemplo clássico é a nomeação para cargo de confiança (CF/88, art.37, II, parte final). Fora daí, porém, a regra geral deve ser a motivação.

• **Princípios da segurança jurídica, proteção à boa-fé e confiança legítima:** Tais vetores normativos, de fundamental importância para o Direito Administrativo contemporâneo, buscam assegurar razoável previsibilidade à atuação da Administração Pública, garantindo a desejada coerência na aplicação do ordenamento, em respeito à confiança e boa-fé dos administrados. Um exemplo de concretização destes princípios está na regra do art. 2º, p. único, XIII, da Lei 9.784/99, segundo a qual a interpretação da norma administrativa deve ocorrer "da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação". Ao tratar da segurança jurídica, Celso Antônio diz que, "por força mesmo deste princípio, (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que as orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia"<sup>21</sup>. Marçal Justen, na mesma esteira, assinala que "as expectativas e os direitos derivados de atividades estatais devem ser protegidos, sob o pressuposto de que os particulares têm a fundada confiança em que o Estado atua segundo os princípios da legalidade, da moralidade e da boa-fé"<sup>22</sup>. Pode-se dizer que a segurança jurídica é algo da própria essência do Estado de Direito, havendo institutos básicos previstos no ordenamento que já buscam assegurá-la, tais como a decadência, a prescrição, a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a irretroatividade da lei etc. Não obstante, a concepção contemporânea de segurança jurídica vai além desses institutos, protegendo direitos que não tenham sido ainda adquiri-

<sup>18</sup> FREITAS, Juarez Freitas. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros.

<sup>19</sup> MELLO, *Curso...*, cit.

<sup>20</sup> FREITAS, *Discricionariedade...*, cit.

<sup>21</sup> MELLO, *Curso...*, cit.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum.

dos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no cidadão, esperanças fundadas; visa, ainda, a proteger particulares contra alterações normativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas e radicais que suas conseqüências revelam-se desproporcionais.

• **Princípio da finalidade pública:** Já foi dito anteriormente que a Administração Pública deve atuar segundo a máxima da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. A partir desta idéia, pode-se desdobrá-la no princípio da finalidade pública, que sempre haverá de vincular a atividade administrativa. Significa dizer que será nulo qualquer ato da Administração Pública que se afaste do interesse público em prol de interesses particulares, incidindo no chamado *desvio de finalidade* ou *desvio de poder*.

• **Princípio do controle judicial dos atos administrativos:** A legalidade de todos os atos administrativos pode ser objeto de controle não apenas pela própria Administração Pública (princípio da autotutela), mas também pelo Poder Judiciário, a quem cabe sempre a palavra final, com efeito de *coisa julgada*, nos litígios envolvendo a Administração. O art. 5º, XXXV, da CF/88 reza que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser apreciada pelo Judiciário. O direito brasileiro adotou o sistema inglês de jurisdição única, segundo o qual apenas os órgãos que integram o Poder Judiciário detêm competência para exercer tipicamente a função jurisdicional, não existindo, entre nós, tribunais administrativos dotados de poderes jurisdicionais, como ocorre nos países que seguiram a tradição francesa do sistema dual. Logo, as decisões da Administração Pública não fazem coisa julgada em relação aos particulares por ela atingidos, podendo estes, querendo, acessar ao Poder Judiciário visando a alteração do posicionamento da Administração.

• **Princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa:** É um desdobramento do princípio da indisponibilidade do interesse público pelo administrador. Os agentes da Administração não agem por direito, mas sim por *dever*, segundo a finalidade legal que justifica o poder que exercem e as prerrogativas públicas. Logo, por não dispor do interesse público, o administrador não pode se esquivar do cumprimento das suas obrigações funcionais, nem pode escolher ou optar se atuará ou não<sup>23</sup>.

• **Princípio da responsabilidade do Estado:** O art. 37, §6º, da CF/88 prevê que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Reconhece-se assim, como princípio constitucional expresso, a responsabilidade do Estado por danos causados aos administrados. Não se pode invocar a soberania do Estado a pretexto de não se admitir essa responsabilidade, restando inteiramente superada a idéia de irresponsabilidade que vingou na fase do absolutismo. A doutrina aponta a evolução das teorias que procuram delimitar os parâmetros jurídicos dessa responsabilidade, desde as primeiras teorias civilistas calcadas na responsabilidade subjetiva nos moldes do direito privado, passando pelas teorias publicistas baseadas na idéia de culpa administrativa, avançando até a concepção de risco administrativo, pregando-se a responsabilidade objetiva. O tema será abordado em capítulo específico desta obra.

### 1.3. A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

Para uma adequada compreensão acerca das mutações pelas quais passou a Administração Pública brasileira, é preciso voltar no tempo e analisar como se deu a evolução dos métodos de organização e gestão administrativa, desde o início do século XX.

<sup>23</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPodivm.

Por ocasião da proclamação da República, a Administração brasileira estava caracterizada por um modelo patrimonialista de gestão da coisa pública, em que as autoridades administrativas atuavam de modo pessoal, com pouca organização, ampla liberdade de ação e sem mecanismos racionais de controle pela autoridade central. Esse ambiente de descontrole no exercício do poder administrativo fez com que ainda na década de 30 o governo brasileiro procurasse adotar métodos mais racionais de organização do aparelhamento estatal. Tal necessidade de modernização já havia sido detectada anos antes em países da Europa, ocasionando movimentos de reforma que buscaram a implantação de uma Administração Pública mais profissional, despersonalizada e com mecanismos formais de controle dos meios empregados por seus agentes. Adveio daí a concepção de "burocracia", tal como idealizada por Max Weber.

Por outro lado, mesmo com a gradativa implementação de mecanismos burocráticos, a Administração Pública brasileira por longo tempo se manteve ainda fortemente hierarquizada, com o poder concentrado na figura do chefe do Executivo. Vale dizer, nos anos que se seguiram à década de 30 do século passado a nossa Administração revelou-se, na essência, como uma *burocracia centralizada*. E em que pese a abertura democrática propiciada pelo advento da Constituição Federal de 1946, as tentativas de mudança desse quadro não lograram êxito num primeiro momento, somente vindo a se falar em reforma no final da década de 50, quando então se iniciaram estudos visando a adoção de modelos de *descentralização administrativa* no Brasil.

A partir da década de 1960, tais estudos foram postos em prática, culminando com a edição do DL 200/67 e a primeira grande reforma do aparelho administrativo brasileiro, havendo aí um movimento de *descentralização funcional* que levou à criação de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista. Se por um lado isso de certa modernizou muito o aparelho do Estado, por outro lado deu-se sob um modelo de administração ainda de viés substancialmente *burocrático*, apenas com mudanças quantitativas, mas não qualitativas. Nesse quadro, a Administração brasileira agigantou-se, consubstanciando a chamada *fase do estatismo*<sup>24</sup>, surgida após a crise do capitalismo liberal e o posterior advento do *Estado do Bem Estar Social* ("Welfare State") na segunda metade do século XX, instituído sob as luzes de um filosofia política que pregava uma maciça presença do Estado como prestador de serviços sociais e executor direto de atividades econômicas que até então eram deixadas livres à iniciativa privada. Diversas entidades administrativas foram criadas, dentre elas um grande número de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Passaram-se cerca de trinta anos sob esse modelo instituído pelo DL 200/67, com centenas dessas entidades descentralizadas, em âmbito todas as esferas da federação, até que em 1995 foi dado início a um novo projeto de modernização da Administração Pública brasileira, que veio a se chamar *Plano de Reforma do Aparelho do Estado*. Tal mudança se deu num contexto histórico que se veio a designar como a *fase da democracia*, reconhecendo-se a falência do modelo de gestão calcado naquela presença maciça do Estado, passando-se a colocar, em primeiro lugar, a *eficiência* da gestão administrativa na satisfação dos interesses da coletividade. Teve início então um novo modelo de gestão, que se tornou conhecido como a **administração gerencial**.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o movimento de transição do modelo burocrático para o modelo gerencial, em nosso país, teve início em meados da década de 90 do século passado, como reflexo de um processo de modernização do aparelho estatal que já estava ocorrendo na Europa e nos EUA desde a década de 70. Tal modelo surgiu como forma de flexibilizar a atuação burocrática do Estado, introduzindo-se novos mecanismos de gestão das atividades administrativas, bem como de avaliação de desempenho e resultados e de qualidade e eficiência dos serviços

<sup>24</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar.

públicos, com participação popular e exercício da cidadania. Buscou-se, dentre outras coisas, a união de esforços entre órgãos, entidades públicas (*cooperação*) e a iniciativa privada (*parcerias*), a democratização do aparato estatal com uma maior atuação da sociedade, a redução do caráter político das decisões administrativas (*despolitização*), adotando-se um modelo de administração pública mais consensual (*consensualidade*) em que se estimula uma maior participação dos administrados cooperando e colaborando na definição dos rumos da atuação administrativa eficiente. Como ressalta Diogo de Figueiredo, “estava feita a distinção entre a democracia clássica, voltada à *escolha dos governantes*, e a democracia emergente deste final do Século XX, voltada à *escolha de como se quer ser governado*”.<sup>25</sup>

Se o marco legal da velha administração burocrática esteve centrado no DL 200/67, o novo modelo veio a encontrar na atual Constituição o seu maior amparo normativo, sobretudo com as modificações que lhe foram postas pela Emenda Constitucional n. 19/98. Novos atores surgiram, tais como as agências reguladoras e executivas, as organizações sociais, as sociedades civis de interesse público; novos instrumentos de execução foram criados, a exemplo das parcerias público-privadas, os contratos de gestão e os termos de parceria. Também foram instituídos novos mecanismos de controle, mais centrados nos fins (controle de resultados) do que nos meios (controle de procedimentos). Não obstante - é preciso que se diga - apesar dos avanços já feitos em alguns setores, há muitos segmentos da Administração Pública brasileira que ainda seguem mantendo padrões burocráticos de gestão, a desafiar, portanto, uma constante e gradual mudança de paradigmas.

#### 1.4. OS QUATRO SETORES E SUAS CARACTERÍSTICAS

Antes de examinarmos o tema em epígrafe, cabe um esclarecimento sobre o que consiste a divisão em “setores” no contexto do modelo gerencial. Para que se evite afundar num mar de contradições semânticas, é preciso atentar que muitas vezes termos iguais são empregados com referência a distintas classificações, o que inadvertidamente acaba por gerar confusão.

Existe uma primeira classificação, de abordagem sociológica e universal, que leva em conta os papéis que devem ser distribuídos entre o Estado e a iniciativa privada em cada sociedade. Daí se diz que o “Primeiro Setor” é aquele ocupado pelo Estado, o “Segundo Setor” refere-se à área reservada ao Mercado e o “Terceiro Setor” abarca certas entidades privadas desenvolvidas sem fins lucrativos. Naturalmente, o tamanho desses três setores pode variar de país para país, a depender das escolhas políticas e da ideologia sobre o papel do Estado em cada sociedade. No Brasil, tem se defendido uma atuação subsidiária do Estado (*princípio da subsidiariedade*), atribuindo-se à iniciativa privada (indivíduos, associações, sociedades etc.) primazia sobre a iniciativa estatal, ou seja, deve o Estado se abster de exercer atividades que o particular tenha condições de desenvolver com seus próprios recursos ou mediante incentivos.<sup>26</sup>

Contudo, **o presente tópico diz respeito a outra classificação**, totalmente diversa e que foi recentemente adotada pelo governo brasileiro, especificamente para delimitar as áreas de atuação do Estado, concebido este como um complexo aparelho a demandar planejamentos setoriais, assegurando com isso a maior eficiência possível.

Passou-se a falar, então, em *quatro setores do Estado* (todos eles, portanto, dentro do grande *Primeiro Setor* acima identificado), como textualmente descritos no aludido **Plano de Reforma do Aparelho do Estado** (1995):

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit.