

1. Noções Introdutórias

Evolução histórica do Direito Administrativo

1. **Idade Antiga:** Na era antiga, o direito administrativo era tratado como uma extensão do direito privado (civil), a única diferença era que o Estado figurava em um dos polos da relação. Apresentava-se em normas esparsas.
2. **Idade Média:** Na idade média, temos a prevalência do absolutismo e, por consequência, uma forte estagnação na evolução de todos os ramos do direito, inclusive do administrativo. Afinal, se “o rei nunca erra”, sequer há espaço para a discussão e atribuição de responsabilidade aos entes do Estado.
3. **Idade Moderna:** Com a queda do absolutismo e ascensão do constitucionalismo, nasce também a figura do *Estado de Direito*, que tem como característica o fato do Estado sujeitar-se às próprias leis, limitando-se tanto quanto os demais cidadãos. Ainda assim, o direito administrativo era visto, sob vários aspectos, ainda como um ramo subsidiário do direito civil, até que na França, em 1873, a menina Agnes Blanco, de 5 anos foi atropelada em uma rua da cidade de Bordeaux por um veículo da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo. Neste emblemático caso, pela primeira vez um Tribunal francês afastou a responsabilidade da esfera civil (Código de Napoleão) e transferiu-a ao Estado, criando a *responsabilidade civil do Estado*.

Direito Administrativo como ramo autônomo

De 1873 para cá, o Direito Administrativo francês evoluiu e, sob vários aspectos, serviu de base para a formação deste ramo do direito em outros países, inclusive o Brasil. Hoje o direito administrativo é entendido como ramo autônomo do direito, com objeto de estudo, princípios e normas definidos e pormenorizados pela academia.

Conceito de Direito Administrativo

1. **Do Poder Executivo:** Deste ponto de vista, direito administrativo refere-se à normatização dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Este conceito é falho, pois não percebe que não é só o Poder Executivo que realiza atos administrativos (todos os poderes o fazem) além de ignorar as relações jurídicas entre os particulares e o Estado.
2. **Das Relações Jurídicas:** Neste conceito, o direito administrativo é o responsável por cuidar das relações jurídicas entre o Estado e os particulares. Este conceito também é falho, pois não leva em consideração as relações jurídicas entre o Estado e ele mesmo, por exemplo.
3. **Da Administração Pública:** Este conceito, mais abrangente e mais aceito, diz que o objeto do direito administrativo são os assuntos tratados pela Administração Pública, o que envolve a prática de atos administrativos (seja por quem for), bem como as relações jurídicas em que a Administração Pública figura em um dos polos ou como interessada.

Fontes do Direito Administrativo

A Administração Pública caracteriza-se por agir sempre dentro do **princípio da legalidade**¹ – em que seus agentes só podem agir *se a lei permitir*, ao contrário dos cidadãos, a quem tudo é possível *exceto quando seja proibido* – então é natural a conclusão de que sua principal fonte são as leis. Especificamente, trata-se de lei *lato sensu*, ou seja, normas constitucionais², legislação infraconstitucional e especial, leis orgânicas, súmulas vinculantes³, etc.

Neste sentido, o agente público é um *refém da lei*, onde em regra seus atos são **vinculados** (única conduta, prevista em lei) e excepcionalmente **discricionários**⁴ (comportamento com margem de atuação, dada pela própria lei, e seguida de acordo com os critérios de *conveniência* e *oportunidade*).

Interpretação das normas administrativas – premissas

Ao interpretar as normas administrativas, o intérprete deve levar sempre em consideração algumas premissas básicas:

1. **Desigualdade jurídica entre a Administração Pública e os particulares:** Em regra, a Administração Pública é possui diversas prerrogativas e privilégios que a colocam em posição de superioridade em relação aos particulares (ex: prazo dobrado para os advogados públicos). Sendo assim, o “justo” deve sempre ser sopesado em relação a esta superioridade.
2. **Presunção de legalidade dos atos administrativos:** Existe a presunção de que todos os atos administrativos praticados são legais, visto que, ao menos em tese, o agente público só pode atuar no estrito limite imposto

1 Garantido, em nosso ordenamento, pelo princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, consagrado na CRFB, art. 5º, XXXV. Vide também Súmula Vinculante n. 21.

2 Inclusive das constituições dos estaduais.

3 CF, art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

4 Não confunda ato discricionário (ato legal, dentro da margem de atuação concedida pela lei) de ato arbitrário (ato ilegal).

pela lei. No entanto, esta presunção é relativa (*juris tantum*), cabendo a quem alega a ilegalidade prová-la em juízo.

3. **Poderes discricionários:** Vale lembrar também que, apesar de refém da lei, em determinadas situações a própria lei confere uma margem de atuação discricionária ao agente, que deverá se portar levando em consideração os princípios da oportunidade e da conveniência da Administração Pública.

Legalidade: Anulação x Revogação

Anulação é o instrumento usado pela Administração Pública (ou pelo Poder Judiciário) para remover um *ato administrativo ilegal* do mundo jurídico. **Revogação**, por sua vez, é um novo ato administrativo que “desfaz” um *ato administrativo legal*, quando sua manutenção já não for mais de interesse da Administração Pública (juízo de conveniência/oportunidade).

A anulação e a revogação diferenciam-se, portanto, em dois pontos essenciais: a) seu *objeto*, que na anulação é o ato administrativo ilegal, enquanto na revogação é o legal; e b) seus *efeitos*, que na anulação retroagem à data do ato anulado (*ex tunc*), enquanto na revogação, passam a valer a partir da data da mesma (*ex nunc*).

Pergunta: Pode o Poder Judiciário revogar um ato administrativo?

Existem duas correntes doutrinárias a respeito do tema:

1. **Não**, visto que o objeto da revogação é um ato administrativo legal (se fosse ilegal, poderia ser anulado, inclusive pelo Judiciário). Os que seguem esta corrente prezam pela *preservação da separação dos poderes*, a fim de evitar que o Poder Judiciário invada excessivamente a esfera do Poder Executivo, este sim responsável pela alocação dos recursos do Estado e pelo planejamento das políticas públicas⁵.
2. **Sim**, pois muitas vezes o Executivo, por desídia dos administradores ou pela própria burocracia inerente ao estado brasileiro, deixa de fazer cumprir os direitos fundamentais dos cidadãos, ferindo a Constituição e legitimando a intervenção judicial. Neste sentido, teríamos um “*ativismo judicial*”, justificado pela inércia e ineficiência do Poder Executivo.

Os sentidos da expressão “Administração Pública”

Existem dois sentidos da expressão “Administração Pública”:

1. **Subjetivo:** Neste sentido, serve para designar *quem exerce* as funções administrativas (geralmente, a expressão é escrita em letras minúsculas).
2. **Objetivo:** Serve para designar *a função administrativa propriamente dita*, como por exemplo a prestação de serviços públicos, exercício do poder de polícia administrativa, atividade de fomento (incentivo), intervenções no direito de propriedade, etc.

Sistemas de Controle

1. **Jurisdição Una:** É o sistema de jurisdição adotado no Brasil, onde, em nenhuma hipótese, a prestação jurisdicional poderá ser afastada (CRFB, art. 5º, XXXV). No entanto, a jurisprudência entende que para a resolução de conflito que envolva a Administração Pública, *em regra, devem ser esgotadas as instâncias administrativas* para só então levar a questão ao Judiciário.
2. **Contencioso Administrativo:** É o sistema utilizado na França, onde as causas de direito administrativo são julgadas pelo Conselho de Estado Francês, cuja decisão tem força de coisa julgada, não podendo ser reapreciada na via judicial “convencional”. É como se existissem “dois judiciários”: um “geral” e outro especificamente utilizado para o direito administrativo⁶. **Este sistema não existe no Brasil**, onde o uso do termo “*contencioso administrativo*” é equivocado⁷.

2. Princípios da Administração Pública

Conceito e funções

Princípios são os valores basilares e fundamentais de um sistema jurídico. No Direito Administrativo, que não é codificado, os princípios exercem duas funções vitais: a função **hermenêutica**, isto é, ajudam a interpretar e alcançar o verdadeiro sentido da norma; e **integrativa**, o que permite ao aplicador do direito suprir eventuais lacunas na lei.

Princípios Constitucionais Expressos do Direito Administrativo

1. **L.I.M.P.E.:** princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consagrados no art. 37, caput, da Constituição Federal.

5 Argumenta-se que o juiz, por desconhecimento do planejamento público, poderia causar muito mais dano com decisões judiciais excessivamente onerosas à Administração Pública ao revogar ato administrativo legal.
6 A razão da separação é histórica: após a revolução, imperava na França um forte clima de desconfiança dos juizes, o que levou a criação de um Conselho de Estado, desvinculado do judiciário.
7 Quando se diz “contencioso administrativo” no Brasil, quer se dizer, na verdade, “processo administrativo”.

2. **Contraditório e Ampla Defesa:** são os princípios básicos processuais, que se aplicam também ao processo administrativo, conforme previsão do art. 5º, LV, da CRFB.
3. **Razoável Duração do Processo:** Novamente, é um dos princípios básicos do direito processual que se aplica também ao processo administrativo, conforme art. 5º, LXXVIII da CRFB.
4. **Princípio da Obrigatoriedade de Licitação:** de modo geral, obras, compras, prestação de serviços, etc. só podem ser feitos mediante licitação, montada de modo a garantir a igualdade entre todos os participantes (CRFB, art. 37, XXI).

Princípios Infraconstitucionais Expressos do Direito Administrativo

1. Princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (lei 9.784/99, art. 2º)
2. Princípio da isonomia nas licitações, além da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e demais princípios relacionados (lei 8.666/93, art. 3º – Lei de Licitações)
3. Deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que (entre outros) dão causa à *improbidade administrativa* (lei 8.429/92, art. 11)

Princípios Centrais do Direito Administrativo

Apesar de muitos dos princípios do Direito Administrativo serem inseridos de forma expressa na legislação, existem dois princípios centrais, que servem como suporte a todos os outros e que não estão expressos em lei alguma (mas estão presente implicitamente). São eles:

1. **Princípio da Supremacia do Interesse Público:** De acordo com este princípio, o *interesse coletivo deve sempre estar acima de interesses individuais*. Este princípio se desdobra de variadas maneiras, como por exemplo a impenhorabilidade e imprescritibilidade de bens públicos, a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos pela Administração Pública, o poder de polícia, a desigualdade jurídica (ex: prazos processuais dobrados em favor da Fazenda Pública, entre outros. Todas estas diferenças existem para que seja dada ampla proteção ao que é público, comum a todos os cidadãos.
2. **Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público:** O interesse público não é algo que se possa dispor, o que significa que seus agentes não são “donos” do interesse que defendem ou representam, sendo obrigados, portanto, a atuar não de acordo com suas vontades particulares, mas de acordo com o que a lei determina. Desta forma, não podem renunciar aos poderes conferidos a ele, bem como transacionar em juízo.

Princípio da Legalidade

No caso dos agentes da Administração Pública, temos o princípio da *legalidade estrita*, o que significa dizer que, enquanto o particular pode, em tese, fazer *tudo o que não é proibido*, o agente público deve, pelo contrário fazer *apenas o que a lei permite, no estrito limite legal*. Neste sentido, existem atos em que não há margem de atuação alguma para o agente (**atos vinculados**), enquanto outros permitem uma margem de atuação definida em lei (**atos discricionários**). A atuação do agente público dentro da legalidade é garantida pelo *princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional* (CRFB, art. 5º, XXXV), e tem como consequência o fato de presumirem-se legais todos os atos dos agentes da Administração Pública, até que se prove o contrário.

Princípio da Impessoalidade

Impessoalidade é tratar de modo geral, genérico, sem ter como alvo um indivíduo específico. Este princípio é mais facilmente compreendido sobre dois pontos de vista:

1. **Impessoalidade em relação a quem pratica o ato administrativo:** Neste sentido, o princípio da impessoalidade atua no sentido de que o agente público não pode se aproveitar do poder do cargo e dos atos que exerce para a promoção pessoal, de qualquer natureza. Esta faceta do princípio da impessoalidade pode ser vista no art. 37, § 1º da CRFB.
2. **Impessoalidade em relação ao destinatário do ato:** Da mesma maneira que o agente não pode se aproveitar da máquina administrativa para promoção pessoal, também é vedado usá-la para a prática de atos que “mirem” em um ou mais indivíduos específicos, pois perante a administração pública, todos os cidadãos são iguais. Exemplo deste princípio é a aplicação de concursos públicos onde, em tese, avalia-se a capacidade e conhecimento dos candidatos, não suas características personalíssimas (sobrenome, parentesco, cor⁸, etc.)

Princípio da Moralidade

Nem tudo o que é legal, é moral. De acordo com este princípio, além da legalidade, o administrador público deve também observar os padrões de ética moralidade da sociedade, agindo de modo compatível com este, sob pena de invalidade jurídica do ato. Em suma, seguir este princípio significa agir de acordo com a boa administração.

8 Vale observar a existência da lei 12.990/14, que institui as cotas raciais para negros e pardos em concursos públicos. Longe de entrar na polêmica, um dos argumentos mais usados contra a instituição de cotas raciais é a violação dos valores constitucionais de igualdade e impessoalidade.

A importância dada a este princípio é tanta que está uma das causas que permitem o ingresso de ação civil pública (CRFB, art. 5º, LXXIII), e sua violação implica improbidade administrativa, a qual é passível de sanções definidas na própria Constituição (CRFB, art. 37, § 4º) e em leis esparsas (lei 8.429/92, arts. 9, 10 e 11).

Princípio da Publicidade

Em regra, todos os atos da Administração Pública são públicos, ou seja, divulgados de maneira que os interessados estejam cientes de seu conteúdo⁹. A publicidade dos atos administrativos é importante por duas razões: **a possibilidade de fiscalização dos atos pelos particulares**, pois só é possível fiscalizar o ato de que se tenha conhecimento; e o **início da produção de efeitos dos atos**, que no geral acontecem apenas a partir da data de publicação¹⁰.

Vale lembrar, por fim, que a publicidade é **relativa** – não há obrigatoriedade de prestar informações que não sejam do interesse coletivo, do interesse particular de quem as solicita, ou das que sejam sigilosas (CRFB, art. 5º, XXXIII).

Princípio da Eficiência

Como o nome já sugere, o princípio da eficiência diz que a Administração Pública deve trabalhar sempre no sentido de ser o mais eficiente possível, com o intuito de atingir o máximo possível de seus objetivos com o mínimo possível de dispêndio ao erário¹¹.

Princípio da Autotutela

Este princípio se refere ao dever de constante e permanente fiscalização dos atos administrativos pelos próprios órgãos que realizam os atos, devendo anulá-los quando observar que estão viciados ou revogá-los quando não forem mais de interesse da Administração Pública (lei 9.784/99, art. 53)

Princípio da Motivação

A indicação das circunstâncias fáticas e jurídicas que justificam a prática de determinado ato administrativo devem estar devidamente documentadas. Este dever é muito parecido com o dever de fundamentação dos juízes, diferenciando-se por não ter uma forma/estrutura específica. Geralmente a motivação é dada apenas referindo-se a alguma outra peça pertencente ao ato (ex: um laudo pericial, um documento anexo, etc.)

Motivo x Motivação

Motivo é a causa em concreto (ex: o desmoronamento de um edifício), enquanto **motivação** é a explicitação de um motivo (ex: documento dizendo que o ato foi feito por causa do desmoronamento do edifício).

Todos os atos administrativos devem ser motivados? (Divergência doutrinária)

1. **Sim**, pois sem esta motivação não é possível ao particular e à própria Administração realizar o controle de legalidade do ato praticado.
2. **Não**, pois não há previsão legal desta obrigatoriedade. A única norma que trata do assunto (CRFB, art. 93, X) refere-se aos atos administrativos praticados no âmbito do Poder Judiciário.

3. Organização Administrativa

Administração Pública Direta (“centralizada”)

É a gestão dos serviços públicos pelos entes jurídicos¹² personalizados – União, Estados, Municípios e o Distrito Federal – que se dá através de diversos órgãos públicos (despersonalizados), subdivididos de acordo com critérios de competência e conveniência, através do processo conhecido como **desconcentração**.

Órgão Público

Órgão público é, portanto, ente sem personalidade jurídica¹³ – e, por consequência, sem patrimônio, sem legitimidade para demandar/ser demandado em juízo, etc. – criado pela Administração Direta para melhor divisão de sua competência

Administração Pública Indireta (“descentralizada”)

Determinados serviços públicos requerem um maior grau de **especialização** ou **racionalização** de seus serviços, bem como de uma desejável **despolitização de suas decisões**¹⁴. Para suprir esta necessidade, temos a Administra-

9 Não significa, necessariamente, publicação no Diário Oficial ou em jornais de grande circulação. Desde que se possa ter conhecimento do ato (ex: mural de avisos), a publicidade do ato já está feita.

10 Não é obrigatório que a produção de efeitos do ato esteja vinculada à sua publicação, mas geralmente está.

11 Não confunda *eficiência* com *eficácia* (relação entre os objetivos pretendidos e os resultados alcançados) ou com *efetividade* (capacidade de produzir efeitos desejados).

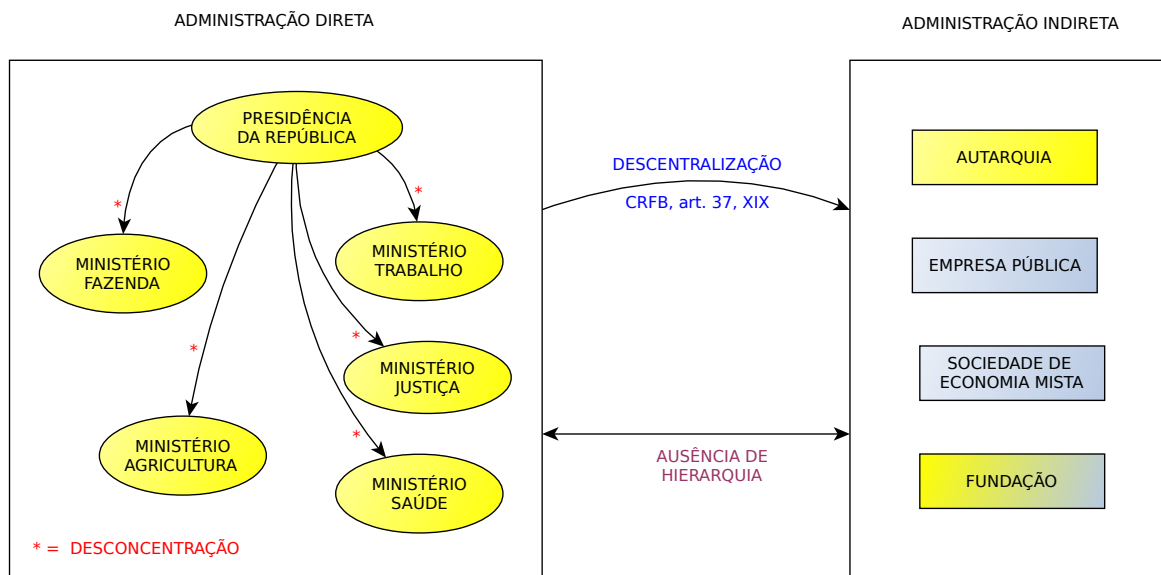
12 Estes entes têm natureza política (pois concebem as políticas públicas) e administrativa.

13 Importante observar que mesmo sem personalidade, muitos destes entes possuem um CNPJ. Apesar do nome, o CNPJ não está vinculado à existência da personalidade jurídica, e sim apenas a questões fiscais e tributárias.

14 Ou seja, casos em que se esperam decisões puramente técnicas.

ção Pública Indireta, que é composta por *autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas*, todos estes com personalidade jurídica própria, e sem vínculo hierárquico com o órgão público que as criou¹⁵. A este processo é dado o nome de **descentralização**¹⁶.

Administração Pública Direta x Indireta – Diagrama



Autarquias (Decreto-lei 200/67, art. 5º, I)

Autarquia é o “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. É, portanto, pessoa jurídica¹⁷ de direito público, criada por lei específica¹⁸ (CRFB, art. 37, XIX), com personalidade própria, e cuja finalidade não pode ser unicamente econômica¹⁹.

Autarquias – características principais

1. Pessoa Jurídica de Direito Público
2. Personalidade Jurídica própria
3. Criação e extinção por lei específica
4. Serviço público descentralizado
5. Prazos dilatados em juízo
6. Obrigatoriedade de licitação
7. Assina contratos administrativos
8. Submete-se à fiscalização do TCU
9. Poder de polícia
10. Regime de contratação estatutário²⁰
11. Responsabilidade objetiva
12. Imunes à cobrança de impostos (CRFB, art. 150, § 2º)

Agências reguladoras

Com a privatização promovida pelo Estado brasileiro em meados dos anos 90, a participação estatal direta foi reduzida em vários setores da economia. Neste cenário, as agências reguladoras foram criadas para fiscalizar e controlar a atuação dos investidores privados que agora estavam exercendo uma função que, historicamente, havia sido exclusiva do Estado.

15 Não há hierarquia entre órgão público e quaisquer dos entes da Administração Pública Indireta. No entanto, há “supervisão ministerial”, no sentido de verificar se o ente está agindo de acordo com a finalidade para a qual foi criado. É importante notar que, por falta de hierarquia, uma eventual decisão em processo administrativo na autarquia não admite recurso para o órgão público que a criou, visto que a titularidade e a execução de determinado serviço foi transferida à autarquia.

16 Descentralização é, portanto, uma outorga, uma transferência de titularidade ou execução para o ente da administração pública indireta.

17 Vide CC, art. 41.

18 Entende-se que a lei deve tratar apenas da criação da autarquia, e de mais nenhuma outra matéria.

19 Vide art. 173, §§ 1º e 2º da CRFB.

20 Há, no entanto, a ressalva de que, por serem criadas por lei específica, em tese seria possível que esta lei determinasse um regime de contratação diferente.

São autarquias com regime especial, e alto grau de especialização no ramo em que atuam, diferenciando-se das autarquias “normais” em apenas dois pontos:

1. **Estabilidade dos dirigentes:** ao contrário das autarquias comuns, os dirigentes de agências reguladoras só podem ser desligados (a) após o encerramento de seu mandato, (b) por renúncia ou (c) por sentença judicial transitada em julgado. Esta proteção extra aos dirigentes e faz necessária para garantir que duas decisões sejam técnicas, sem influência político-partidária.
2. **Mandatos fixos:** os dirigentes exercem mandato por tempo fixo, cuja duração varia de acordo com a agência. Exemplos de agências reguladoras: ANATEL²¹, ANEEL²², ANP²³, ANAC²⁴, ANS²⁵, ANTT²⁶, ANCINE²⁷, etc.

Empresas Públicas (Decreto-lei 200/67, art. 5º, II)

Empresa pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por fora de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”.

Sociedades de Economia Mista (Decreto-lei 200/67, art. 5º, III)

Sociedade de economia mista é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta”.

Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista – Comparativo

Traços comuns	Traços distintivos
É pessoa jurídica de direito privado	Composição do capital (totalmente público x público e privado ²⁸)
Mesmo objeto ²⁹ (pode ser prestação de serviço público ou atividade econômica)	Organização societária (ações, no caso das sociedades de economia mista)
Dependem de lei autorizativa para sua criação	Na esfera federal , o foro competente (CRFB, art. 109, I)
Possuem personalidade jurídica própria	
Regime jurídico híbrido: obrigatoriedade de licitação ³⁰ e de concurso público ³¹	

Fundação Pública (Decreto-lei 200/67, art. 5º IV)

Fundação pública é “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

A principal característica da fundação é que não se trata de uma associação de pessoas, e sim de bens (CC, art. 62).

Fundação Pública – regime jurídico

Quanto ao regime jurídico da fundação criada pelo Poder Público, há divergência doutrinária. Os posicionamentos são:

1. Apenas público: Toda fundação seria, portanto, uma “fundação autárquica” de direito público.
2. Apenas privado: Toda fundação deveria, portanto, seguir as normas previstas a partir do art. 62 do CC.
3. Posição majoritária: A administração pública, quando da criação da fundação por lei autorizativa, pode escolher em qual regime ela se encaixa (esquema “híbrido”).

21 Agência Nacional de Telecomunicações

22 Agência Nacional de Energia Elétrica

23 Agência Nacional do Petróleo

24 Agência Nacional de Aviação Civil

25 Agência Nacional de Saúde Suplementar

26 Agência Nacional de Transportes Terrestres

27 Agência Nacional do Cinema

28 Isso significa que é perfeitamente possível que uma empresa pública seja também uma sociedade anônima, contanto que todo o capital seja público (ex: S.A. com capital misto da União e dos Estados).

29 Vale observar que de acordo com o objeto, são atraídas mais facilmente as normas públicas do que as privadas.

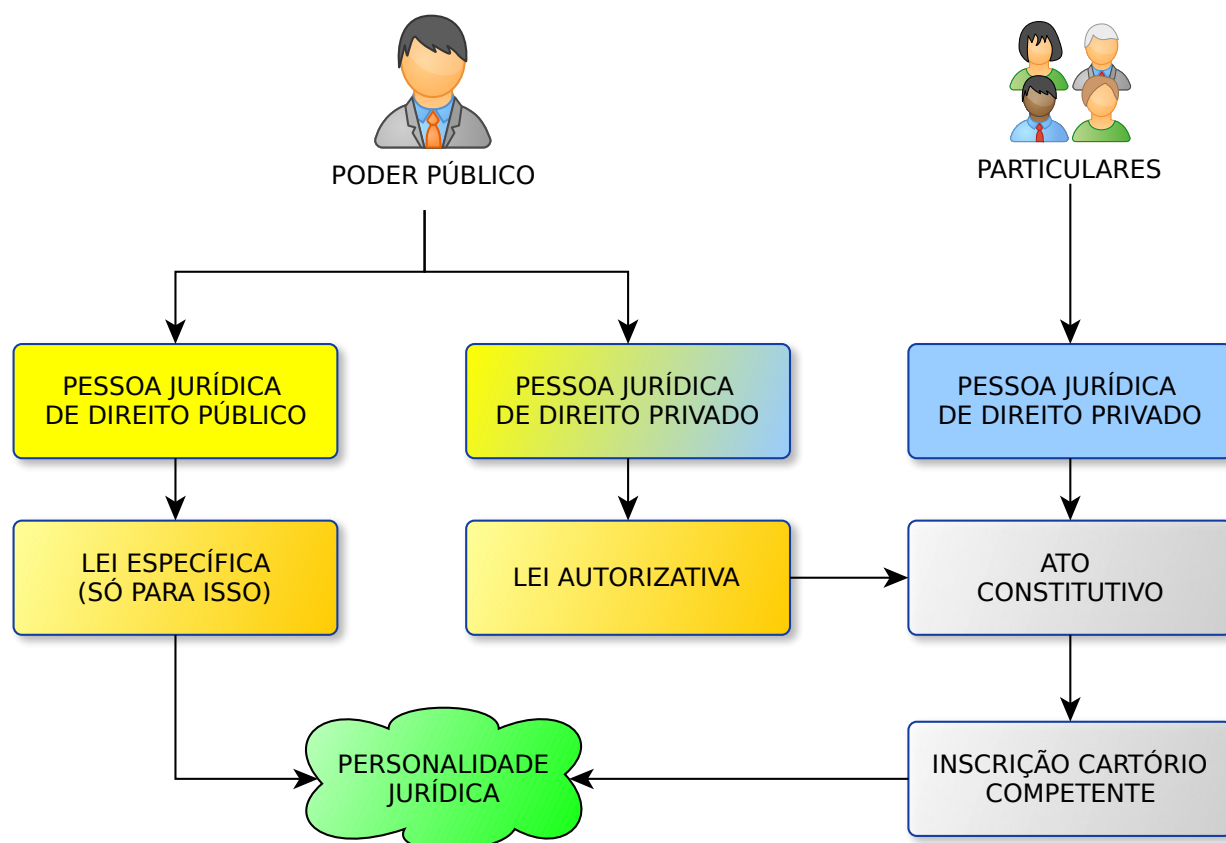
30 Caso o objeto seja atividade econômica, as atividades-meio exigem licitação, mas as atividades-fim não.

31 Sempre será exigido, independentemente do objeto.

Fundação Pública – início da personalidade

Em tese, a personalidade jurídica da fundação pública nascerá com o registro (ato constitutivo), como das demais pessoas jurídicas de direito privado. No entanto, parte da doutrina sustenta que, caso a lei autorizativa para a criação da fundação seja também uma lei específica, sua personalidade nasce da edição da lei, fazendo um claro paralelo com a aquisição de personalidade das autarquias.

Regime jurídico de criação das entidades da Administração Pública Indireta (CRFB, art. 37, XIX)



Pergunta: É possível a penhora de bens da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil?

Sim, pois são, respectivamente uma empresa pública e uma sociedade de economia mista. Por terem sido criadas pelo Poder Público, têm um regime híbrido (precisam, por exemplo, seguir os princípios da Administração Pública, tais como licitação, concurso, etc.), mas são pessoas jurídicas de direito privado, e devem obedecer às mesmas regras impostas aos particulares.

Pergunta: É possível a penhora de bens do INSS?

Não, pois neste caso estamos diante de uma autarquia, ou seja, trata-se de pessoa jurídica de direito público. Sendo assim, seus bens são públicos e impenhoráveis.

Pergunta: É possível a penhora de bens dos Correios?

Deveria ser possível, mas não é. Apesar de ser uma pessoa jurídica de direito privado, há entendimento do STF que, por ser o único ente que presta um serviço público essencial (o serviço de correios, monopólio), seus bens não podem ser penhorados, para o bem coletivo.

4. Poderes da Administração Pública

“Poder” como um “poder-dever”

Para o cumprimento de suas prerrogativas próprias e para a tutela do bem-estar social em geral, o ordenamento confere uma série de poderes à Administração Pública. Tais poderes, no entanto, vinculam-se às obrigações que a Administração e o Estado tem para com seus administrados, tornando-os poderes-deveres.

Desse modo, quando se diz que a Administração tem o poder de polícia (por exemplo, para realizar determinada

fiscalização), ela não tem a *faculdade* de agir, mas o *dever* de agir.

Poder Hierárquico

É o poder que advém da relação de coordenação e subordinação entre os órgãos públicos. Manifesta-se principalmente na forma de:

1. Revisão e fiscalização dos atos praticados pelos subordinados
2. Delegação ou avocação³² de competência para os subordinados (arts. 12 e 15 da lei 9.784/89)

Poder de Polícia

É o poder conferido à Administração de condicionar uso, gozo e disposição da propriedade, bem como restringir direitos e liberdades do cidadão, em fundamento no interesse público ou social. Tem fundamento legal no art. 78 do Código Tributário Nacional, e relaciona-se fortemente com o interesse público sobrepujando o interesse particular, podendo ser exercido tanto de forma preventiva³³ quanto repressiva. Exemplos não faltam: fiscalização da vigilância sanitária, do INMETRO, etc.

Suas principais características são:

1. Autoexecutoriedade (pode ser feito de acordo com o interesse da Administração)
2. Discricionariedade
3. Coercibilidade (imposição mesmo contra a vontade dos destinatários)

Poder de Polícia na Ordem dos Advogados do Brasil

Sendo a OAB uma entidade *sui generis*, ela difere das demais entidades reguladoras de classe (como CRM, CREA, etc.) e não se classifica como autarquia, o que a impede de exercer o poder de polícia. No caso da OAB, as sanções e fiscalizações não advêm de poder de polícia, mas sim de um poder de “fiscalização profissional”.

Poder de Polícia delegado a particulares

De acordo com o STF, é possível a delegação **desde que o particular pratique apenas atos materiais** (fiscalização) sem exercer efetivamente o poder de polícia em última análise. Exemplo prático é da sociedade de economia mista que instala radares na cidade para a captação das imagens (ato meramente material) e em seguida as envia ao DETRAN, este sim responsável por aplicar as multas (poder de polícia).

Poder Regulamentar (em contraposição ao Poder Normativo)

É a atribuição exclusiva do chefe do Executivo (presidente, governador, prefeito) de criar decretos ou regulamentos para viabilizar a implementação prática de determinada lei (em tese só existirão de houver lei a ser regulamentada). Este poder é confundido muitas vezes com o **poder normativo**, que é exercido por outros membros da Administração, com a função de criar normativas diversas (ex: ministros quando criam o regimento interno da casa).

Existe decreto autônomo?

Muitos doutrinadores aceitam hoje a possibilidade de decreto autônomo no ordenamento brasileiro, fundando-se na EC 32/2001, que alterou o art. 84, VI, “a” e “b”, criando esta possibilidade.

Poder Disciplinar

É o poder atribuído a autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir as faltas disciplinares, caracterizadas por serem condutas contrárias à realização das atividades do órgão e ao interesse da Administração de forma geral.

5. Atos Administrativos

Introdução

Atos administrativos são os atos jurídicos que representam a manifestação unilateral de vontade da administração pública, tendo o condão de produzir efeitos jurídicos, de maneira semelhante aos negócios jurídicos utilizados no direito privado.

Atos administrativos e atos da administração pública

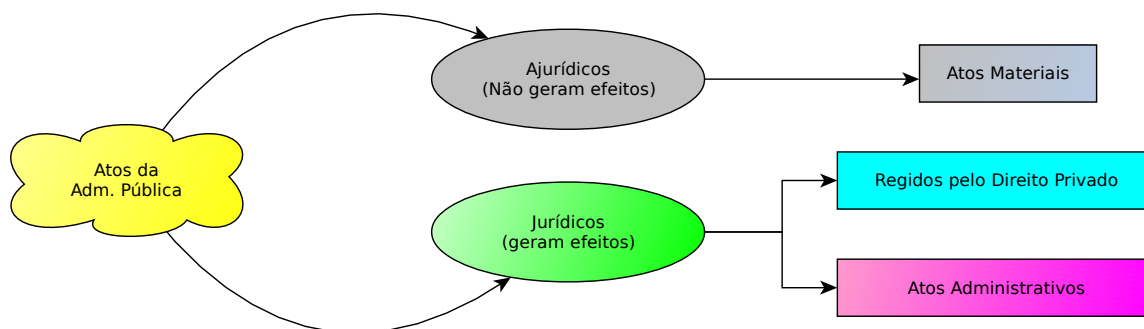
Nem todos os atos praticados pela administração pública são atos administrativos. Alguns de seus atos são meramente materiais e, portanto, ajurídicos (por exemplo, um garf que varre a rua), enquanto outros podem ainda ser jurídicos, mas regidos pelo direito privado.

Em suma, “atos da administração” pública abrange uma grande gama de atos que podem ser praticados, enquanto “atos administrativos” representam apenas uma parcela dos atos jurídicos praticados.

32 *Delegação*, neste caso, é conferir o poder-dever a um subordinado, enquanto *avocação* é tomar a competência delegada de volta para si (de maneira unilateral)

33 Vale lembrar que, em qualquer forma, poderá haver cobrança de taxa pelo serviço (RFB, art. 145, II).

Atos da Administração Pública – Esquema gráfico



Características peculiares dos atos jurídicos praticados pela Administração Pública

1. **Presunção de legalidade:** Todo ato praticado pela Adm. Pública é presumido legal, salvo prova em contrário.
2. **Autoexecutoriedade:** Em regra, a Adm. Pública não precisa de autorização para agir, apenas seu interesse é o bastante. Excepcionalmente, esta característica também é encontrada em alguns atos jurídicos dos particulares³⁴.
3. **Imperatividade (coercibilidade):** É a característica que permite à Adm. Pública “forçar” sua vontade sobre o particular, ex. em fiscalizações.

Comparativo: Negócios jurídicos x Atos Administrativos

Negócio Jurídico	Ato Administrativo
É necessário um agente capaz	É necessário um agente competente
Objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável	Objeto deve ser lícito, possível e determinado ou determinável
Forma livre, salvo disposição legal	Forma prescrita em lei
	Deve ser motivado e possuir um fim específico

Requisitos de validade do ato administrativo (lei 4.717/65, art. 2º)

1. **Vícios de competência e forma:** admitem convalidação, sendo, portanto, anuláveis.
2. **Vícios de objeto, motivo e finalidade:** são considerados graves, e não admitem convalidação, sendo, portanto, nulos.

Competência (lei 9.784/99, art. 11 e seguintes)

“Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito.”
Caio Tácito

A competência para a prática de atos administrativos decorre de lei, e é intransferível, irrenunciável³⁵, imodificável³⁶ e imprescritível³⁷, exceto quando há previsão legal (ex: avocação de competência). É mais que um poder de agir, e sim um dever de agir, sendo, portanto, considerado um *poder vinculado*.

A competência de determinado ato deve ser analisada sobre três aspectos:

1. **Material:** A lei confere a competência a determinado agente?
2. **Temporal:** Na época em que o ato foi feito, o agente possuía a competência necessária? Ex: agente encontra-se de férias e deixa um substituto (que normalmente seria incompetente) em seu lugar.
3. **Territorial:** Naquele local, o agente possuía competência?

Ciclo de formação do ato administrativo

Para que possa efetivamente existir, o ato administrativo deve seguir um ciclo formal previsto el lei que variará de acordo com o ato, mas no geral pode-se dizer que em suas fases finais há necessidade de assinatura do responsável e publicação. **O ato cujo ciclo não se completa é considerado inexistente**, não sendo nem nulo, nem anu-

34 Ex: desforço imediato, retenção de bagagem do hoteleiro, pode de árvore do vizinho que invade o terreno.

35 Apenas a lei pode retirar a competência. A vontade do agente não o faz incompetente.

36 Ou seja, não pode ser aumentada ou reduzida livremente.

37 O não exercício do ato não retira a competência do agente.

lável. Por não existir, não é possível questionar sua validade, e nem muito menos convalidar seu vício formal³⁸.

Objeto do ato administrativo (vinculado)

O objeto do ato administrativo é seu efeito jurídico imediato. Para descobrir o objeto de determinado ato, basta responder a seguinte pergunta: “*Para que serve esta ato?*”

Exemplo: Ato – Demissão. Objeto – Desligamento da pessoa dos quadros da administração pública.

Finalidade do ato administrativo (vinculado)

Sempre será o interesse público. Sem exceção alguma, todo ato administrativo deve observar a finalidade pública e o interesse coletivo sobre o individual.

Motivo do ato administrativo (discricionário)

Motivo é a circunstância fática que serviu como base para a prática do ato, não devendo ser confundido com a motivação do ato (ver *Motivo x Motivação*, página 4).

Teoria dos motivos determinantes

“Segundo essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência do fato, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato.”

– Odete Medauar

Vigência do ato administrativo

A vigência de um ato tem a ver com o seu tempo, pois um ato *nasce, vive* e, eventualmente, *morre*. O nascimento do ato se dá com o fim de seu ciclo de formação (o que implica, de acordo com a **Teoria da Publicidade**, na publicação do ato). A vida do ato continua até que este morra o que pode acontecer com sua revogação, sua anulação ou de acordo com outros atos ou circunstâncias diversos³⁹.

Validade do ato administrativo

A validade do ato está ligada ao cumprimento da lei, sendo que os atos administrativos são presumidos legais até prova em contrário. Neste ponto, é importante lembrar também que a motivação dos atos vincula a sua validade, o que faz com que um ato cujo motivo não subsiste pode ser anulado.

Eficácia do ato administrativo

A eficácia do ato administrativo é sua capacidade de produzir os efeitos jurídicos necessários. Certos atos possuem efeito imediato, enquanto outros se sujeitam a condição⁴⁰ ou a termo⁴¹.

Classificação dos atos administrativos em relação ao número de manifestações para sua formação

1. **Simples:** São os atos resultantes da manifestação de vontade de um único órgão, seja ele unipessoal ou colegiado.
2. **Compostos:** Assim como os simples, são aqueles que se manifestam pela vontade de um único órgão, mas dependem de confirmação de outro órgão (superior ou de mesma hierarquia) para que se tornem exequíveis. Nestes casos, o ato já existe, mas ainda não é capaz de produzir efeitos. Ex: pedido de aposentadoria do servidor, que tem que ser aprovado pelo TCU⁴².
3. **Complexos:** São aqueles formados por um conjunto de manifestações de vontade de diferentes órgãos. Cada uma destas manifestações pode ser vista como um ato em si, e a conjugação válida de todos eles é que forma o ato final. Ex: nomeação de ministro do STF.

38 Ou seja, não se trata de vício de forma, porque o ato sequer chegou a “nascer” juridicamente.

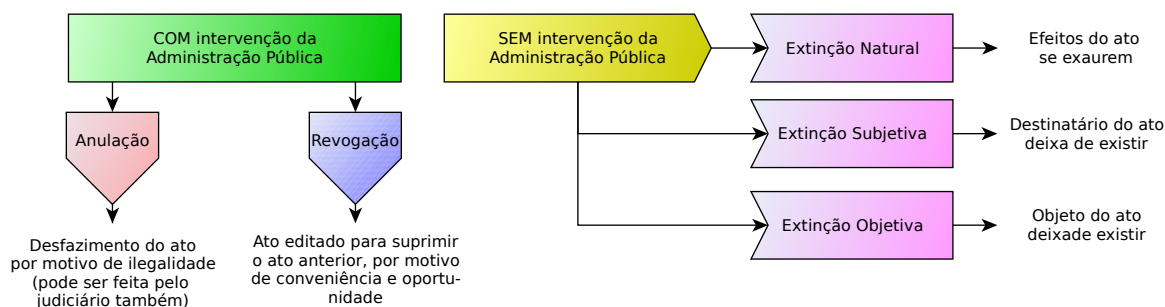
39 Ex: pessoa que passa em um concurso público, mas morre durante o processo de investidura.

40 Evento futuro e incerto, ex. “Quando o Brasil for campeão na próxima copa”.

41 Evento futuro e certo, ex. “No dia 13 de dezembro deste ano”.

42 Ironicamente, o STF chama este ato em particular de “complexo”.

Extinção do ato administrativo – Diagrama



Invalidação (anulação) – teorias

1. **Teoria monista:** O ato apenas pode ser válido ou nulo.
2. **Teoria dualista:** O ato pode ser válido, nulo (vício grave), ou anulável (vício leve). Neste caso, os vícios leves poderiam, em tese ser sanados ou convalidados para garantir a validade do ato.
3. **Para Celso Antônio Bandeira de Mello:** O ato pode ser válido, nulo, anulável, irregular (defeito levíssimo) ou inexistente (que não completou o ciclo de vida).

Gravidade dos vícios (entendimento majoritário da doutrina)

1. **Vícios graves:** São os referentes ao fim, o motivo ou o objeto do ato administrativo.
2. **Vícios leves:** São relativos à competência e à forma do ato. A convalidação é admitida apenas excepcionalmente, visto que é dever⁴³ (não faculdade!) da Administração anular um ato eivado de vícios.

Anulação, revogação e convalidação dos atos (arts. 53 a 55, lei 9.784/99)

Art. 53. A Administração **deve anular** seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual **se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros**, os atos que apresentarem **defeitos sanáveis poderão ser convalidados** pela própria Administração.

Perguntas e respostas sobre anulação e revogação

1. **Pode a Administração revogar um ato vinculado?** Não, pois se pudesse, de nada valeria a vinculação do ato, afinal, era só revogá-lo.
2. **Havendo vício de legalidade no ato vinculado, pode a Administração anulá-lo?** Não pode, deve.
3. **Se houver vício de legalidade no ato discricionário, ele pode ser anulado?** Não pode, deve.
4. **Pode o ato discricionário ser revogado?** Sim, é discricionário.

6. Licitação

Conceito

É um processo administrativo⁴⁴ (reunião de atos administrativos), com o objetivo de *tratar os participantes com isonomia* e permitir escolher a *proposta que a Administração julgue mais adequada às suas necessidades*.

⁴³ Pode ser feito tanto de ofício quanto a requerimento.

⁴⁴ Na prática, é mais um procedimento que um processo.

Quem ganha a licitação possui apenas expectativa de direito, que só se transforma em direito subjetivo caso a Administração contrate outra empresa, ignorando o resultado da licitação.

É **obrigatória** (CRFB, art. 37, XXI), salvo quando especificado de modo diverso.

A licitação é o antecedente do contrato administrativo.

– Diógenes Gasparini

Licitação é o processo administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, dentre os interessados que tenham atendido a sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.

– Diógenes Gasparini

Contratação direta (casos em que não há licitação)

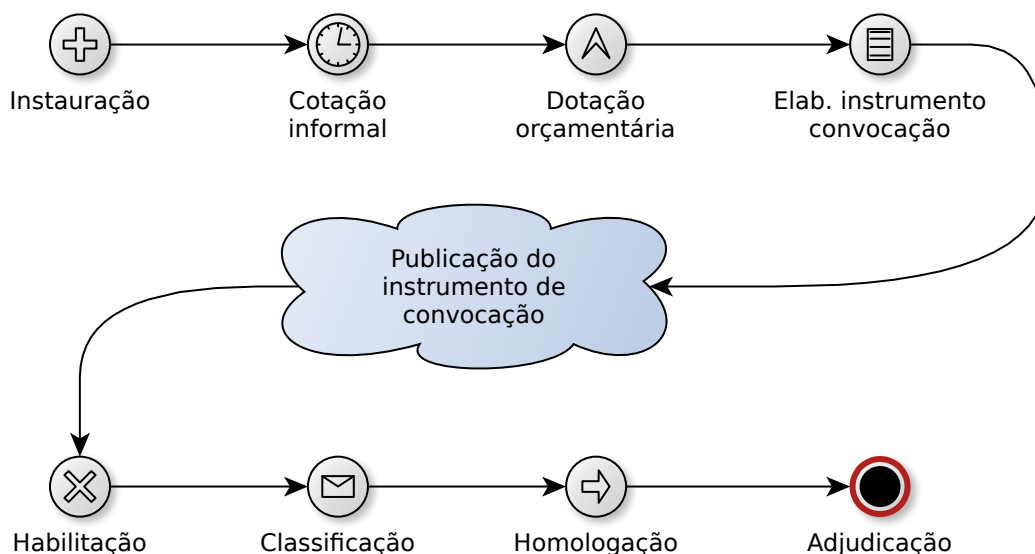
1. Licitação dispensável (art. 24 da lei 8.666/93)
2. Licitação inexigível (art. 25 da lei 8.666/93)

Atos que compõe o processo de licitação

A licitação é dividida entre duas grandes fases: *interna* e *externa*, cujo marco que as divide é a publicação do instrumento de convocação (edital). Em ambas, os atos executados e sua ordem variam de acordo com a modalidade licitatória, mas para fins didáticos observaremos a modalidade de concorrência, que é a mais “completa” em termos de atos.

1. **Fase interna:** é iniciada com a **instauração** do procedimento, que define o *objeto* da licitação e os *membros da comissão* responsável por impulsioná-la⁴⁵. A comissão procede com a realização de uma **cotação informal** dos preços praticados no mercado e verifica se a **dotação orçamentária** do órgão é suficiente. Se o for, será elaborado o **instrumento convocatório**, cuja *publicação* marca o fim da fase interna.
2. **Publicação do instrumento de convocação:** É o ponto que marca o fim da fase interna da licitação e o início da fase externa. O instrumento funciona como “*a lei interna da licitação*” (Hely Lopes Meirelles) e vincula tanto seus participantes quanto a Administração (art. 44 da lei 8.666/93).
3. **Fase externa:** Em primeiro lugar, é feita a uma verificação com todos os participantes para saber se estão **habilitados** de acordo com os requisitos do edital. Após a habilitação, é feita a **classificação** das propostas de acordo com os critérios objetivos do edital e, escolhido o vencedor, a licitação será **homologada** pela autoridade competente⁴⁶. Se não houver ilegalidade⁴⁷ e nem fato superveniente que autorize a revogação da licitação⁴⁸, a mesma é finalizada com a **adjudicação**.

Atos que compõe o processo de licitação – Diagrama



45 A autoridade competente instaura a licitação, mas daí para frente todo o trabalho fica nas mãos da comissão.

46 Vide art. 49, lei 8.666/93.

47 Se houver, o procedimento é anulado.

48 Por exemplo, licitação válida para aquisição de quadro-negro e giz, e descobre-se que o material é prejudicial à saúde e inferior em relação ao quadro branco.

Princípios específicos da licitação (lei 8.666/93)

1. **Vinculação ao instrumento convocatório (art. 41):** Uma vez publicado, o instrumento vincula tanto a administração quanto os participantes da licitação.
2. **Fiscalização da licitação:** “Qualquer cidadão” pode acompanhar o desenvolvimento da licitação, podendo inclusive solicitar cópia dos termos e do processo (art. 63).
3. **Procedimento formal (art. 4º, § único):** O procedimento licitatório é ato formal, e por isso deve ser seguido no rigor da lei. O que não se pode admitir, por ser considerada prática abusiva e, portanto, ilegal é o formalismo exagerado.
4. **Competitividade (art. 3º, § 1º, I):** O foco principal da licitação é garantir a isonomia entre os participantes, que favorece a competitividade entre eles. Para tal, os critérios de classificação devem também manter certo grau de coerência.
5. **Julgamento Objetivo (art. 45):** “O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.”

Competência para legislar (CRFB, art. 22, XXVII)

A União detém competência exclusiva para legislar sobre as normas gerais de licitação. Normas específicas podem ser editadas pelos Estados e pelos Municípios, desde que não entrem em conflito com as normas gerais.

Modalidades de Licitação (art. 22, lei 8.666/93)

1. **Concorrência (§ 1º):** “[...] é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”
2. **Tomada de preços (§ 2º):** “[...] é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”
3. **Convite (§ 3º):** “[...] interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”
4. **Concurso (§ 4º):** “[...] modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”
5. **Leilão (§ 5º):** “[...] modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis [...], a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”
6. **Pregão (lei 10.520/02):** Modalidade que tem como características principais inverter a ordem entre a habilitação e classificação e ter como critério o menor preço.

Tipos de Licitação (art. 45, § 1º, lei 8.666/93)

1. Menor preço
2. Melhor técnica
3. Técnica e preço (custo-benefício)
4. Maior lance ou oferta