

## DIREITO PÚBLICO APLICADO

### ❖ O Estado e suas funções

Função é atividade exercida representando interesses de terceiros. A divisão dos poderes não gera absoluta divisão das funções, mas sim, distribuição de três funções estatais precípua: a legislativa, a judiciária e a executiva. O exercício dessas funções pode ser típico (o poder exerce exatamente o que deveria) ou atípico (função estranha àquela para o qual o poder foi criado).

A disciplina examina as ramificações da função administrativa, ou seja, a atividade desenvolvida pela Administração representando os interesses da coletividade (coisa pública – toda atividade desenvolvida tem que privilegiar a coisa pública). Em razão desses interesses (interesse público), a Administração terá posição privilegiada (superioridade – ex.: atos da administração são dotados de presunção de validade, de autoexecutoriedade, cláusulas exorbitantes, desapropriação e outros).

### ❖ Princípios constitucionais aplicáveis à Administração (art. 37 caput, CF):

A Constituição criou principiologia específica para a Administração, que deve ser observada em todos os aspectos do trato da coisa pública, em função da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

**Legalidade: o administrador só pode agir quando está previsto em lei.** É uma legalidade ESTRITA. O administrador só age quando a lei autoriza.

O administrador possui certa liberdade para atuar dentro da legalidade, conforme o juízo de conveniência e oportunidade. A isso, chamamos discricionariedade. Não se pode confundir com a arbitrariedade, que é a atuação fora desse escopo discricionário e contrária ao princípio da legalidade.

**Impessoalidade: o administrador tem que agir pensando no interesse público,** e nunca para atender interesse particular (próprio ou de grupo específico que lhe seja favorável). Tem que agir de maneira igual para todos e nunca com vistas a beneficiar um e prejudicar outros (do ponto de vista dos administrados). **Deve haver impessoalidade na estrutura administrativa.**

**Moralidade administrativa:** o administrador não precisa só cumprir a lei, mas deve unir a isto um **senso de honestidade**. Para combater isso, utilizamos a Ação Popular.

**Publicidade: todos os atos devem ser divulgados.** A população deve ter fácil acesso às informações. A publicidade está ligada à ideia de transparência. Quanto maior a publicidade, maior o controle.

**Eficiência (EC 19/98):** serviço público prestado em tempo bom, que não gera gastos excessivos, trazendo melhores resultados.

❖ Poderes da Administração

Instrumentos da Administração Pública para exercer sua função e defender o interesse público. É poder-dever, irrenunciável, passível de responsabilização e deve obedecer os princípios constitucionais, para que não se caracterize abuso (a autoridade, embora competente para a prática de um ato, ultrapassa os limites das suas atribuições ou se desvie das finalidades anteriormente previstas) e não se verifique nulidade (o ato que deixar de atender a qualquer dado expresso na lei será nulo, por desvinculado do seu tipo padrão, podendo ser declarado pela Administração ou pelo Judiciário). **Os atos da Administração estão sujeitos a controle. Podem ser revistos pelo Judiciário sempre que provocado para tal.**

Poder vinculado – único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para juízo de conveniência e oportunidade.

Poder discricionário - o administrador também está subordinado à lei, mas há espaço para juízo de conveniência e oportunidade em função do interesse público.

Poder Hierárquico – distribuição e escalonamento das funções dos órgãos e de seus agentes, estabelecendo uma relação de hierarquia, de subordinação (basicamente autonomia organizacional interna).

Poder Disciplinar – direção organizacional; o poder de punir infrações funcionais dos servidores.

Poder Regulamentar – regulamentação da administração pública; regular a atividade com a edição de decretos e regulamentos para oferecer fiel execução à lei.

**Poder de Polícia** – possibilidade de fiscalizar o fiel cumprimento, que permite condicionar o exercício de atividade e direitos pelos particulares em nome do interesse da coletividade. São quatro atividades relativas ao poder de polícia: legislação, consentimento, fiscalização e sanção. Há controvérsia na delegação de atividades do poder de polícia para a Administração indireta.

A delegação do poder de polícia não pode ir aos particulares, mas é possível a outorga a entidades da Administração indireta.

Legislação e sanção são indelegáveis para a administração indireta. Consentimento e fiscalização não realizam poder coercitivo e podem ser delegados. É preciso observar a natureza jurídica da entidade para saber se há ou não delegação e/ou outorga.

❖ Regime jurídico administrativo

Administração Pública X administração pública

A primeira representa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa (não é a atividade de administrar, é o ente administrador – sentido

orgânico). A segunda é a atividade administrativa na defesa do interesse público (não é o ente, mas o que ele faz – sentido material ou funcional). A distinção é importante para entender a diferença entre regime jurídico administrativo e regime jurídico da Administração.

Regime jurídico é a expressão utilizada para designar o tratamento normativo que o ordenamento jurídico confere à determinado assunto. A regulamentação depende do conjunto de princípios, regras e de outros atos normativos, sistematizados entre si em uma relação de unidade e coerência, que estabelecem o modo como o Direito trata as questões inerentes, compondo, assim, o seu regime jurídico.

Regime jurídico administrativo é o conjunto de princípios e regras que compõe o Direito Administrativo, outorgando prerrogativas e impondo restrições à Administração Pública. O Direito Administrativo desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: a proteção aos direitos individuais frente ao Estado e a necessidade de satisfação dos interesses coletivos.

Estabelece-se pelo **binômio prerrogativas e sujeições** (o interesse da Administração Pública na administração pública prevalecerá sobre qualquer outro, observados os limites da própria Administração Pública, aos quais estará sempre sujeita para atender o interesse público).

O regime jurídico administrativo se condensa na seguinte principiologia constitucional, trabalhada ao longo do semestre:

- ✓ Supremacia do Interesse Público
- ✓ Legalidade (art. 37 II CF)
- ✓ Impessoalidade
- ✓ Moralidade
- ✓ Publicidade
- ✓ Eficiência (EC 19/1998)
- ✓ Continuidade dos serviços públicos
- ✓ Autotutela
- ✓ Proporcionalidade e Razoabilidade

Alguns destes princípios não estão expressos na Constituição, mas lhe são inerentes e depreendidos pela estrutura dada aos princípios expressos.

**Supremacia do interesse público:** A Administração está numa relação vertical para com o particular (por isso a prerrogativa, a prevalência; “todos” está acima de “um”). Ainda que possa suplantar o interesse individual, o administrador não pode dispor livremente do interesse público, devendo assim agir nos estritos limites impostos pela lei. O princípio da indisponibilidade do interesse público aparece como um freio ao princípio da supremacia do interesse público, e se desdobra no princípio da legalidade.

O administrador não pode fazer o que bem entender na busca do interesse público, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio da lei, está proibido de agir.

Maria Zanella Di Pietro enquadra o **princípio da finalidade pública como sinônimo de princípio da supremacia do interesse público**, ao fundamento de que, se a lei concede prerrogativas à Administração, é para atender ao interesse público, que não pode ceder ao interesse individual. Se o interesse público tem primazia, somente este deve ser perseguido pelo administrador, sob pena do interesse privado subjugar o interesse público.

**Legalidade:** ao administrador não é dado o direito de escolher que leis cumprir, e como. A administração é compelida a cumprir a lei e respeitar o interesse público, parte do contrapeso do regime jurídico administrativo (verticalizado: o estado tem um poder amplíssimo, mas é sujeito a cumprir uma série de deveres).

Num sistema positivista, a regra não consegue dirimir suficientemente a realidade, mesmo num sistema normativo exauriente. Além disso, existem problemas que não podem ser dirimidos pela subsunção à norma. O sistema de comaltação das lacunas jurídicas permite ao Estado que se adapte para preencher essas lacunas dentro de certos parâmetros (analogia, costumes, princípios gerais de direito). Estes mecanismos adaptadores permitem a aplicação do direito, mesmo que de forma quebrada. Analogia = aplicação de norma cabível à situação, mas a ela não aplicável. Costume = aplicação de tradição com força cultural de lei. Princípios gerais de direito: os referenciais que estruturam a conceituação do sistema jurídico. Princípios gerais do direito civil: eticidade, socialidade, operabilidade.

O sistema atual tem nova leitura. Nele, norma é gênero, do qual são espécies a regra e o princípio, sem hierarquia entre eles, cabendo ao julgador invocar o mais adequado à justiça do caso. Mas justiça é um ponto de vista, que nada tem com o direito. A diferença entre princípio e regra reside na amplitude e no valor social (quanto mais amplo e valorado, mais forte ele é).

**Impessoalidade:** conduta do administrador – no trato da coisa pública, o administrador deve agir conforme os preceitos legais, independentemente de suas convicções. Aquele que age com a coisa pública não deve agir como se sua a coisa fosse. Você não pode usar o cargo pra se promover.

**Moralidade** (art. 37 §4º CF): moral coletiva - honestidade no trato da coisa pública. Conceito altamente abstrato que possui espectro contrário objetivo (a partir do não, se formou o sim) - conceito de improbidade trata o espectro da imoralidade administrativa - **lei 8429/92** - Súmula Vinculante 13 STF define nepotismo: “a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido

*em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.*

A expressão latina *pro domo sua* quer dizer para sua casa. A doutrina e a jurisprudência utilizam para tratar casos de nepotismo. Designa quem, no trato da coisa pública, usa o poder para alocar parentes em cargos públicos.

**Publicidade** (art. 37 CF): o administrador deve ser transparente no trato da coisa pública, divulgando seus atos e deixando tudo às claras. Não é admissível que se ocultem os atos da Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

**Eficiência**: no trato da coisa pública, o administrador tem o dever de exercer suas funções visando produtividade (resultados) e economicidade (meios e verbas públicas), É oposição materializada ao desperdício de dinheiro público e à prestação deficiente de serviços públicos, exigindo da Administração Pública presteza, perfeição e rendimento funcional. Influencia tanto no **comportamento do agente público**, que deve obter resultados em sua atuação, como a **organização, estrutura e disciplina da Administração** Pública, que devem ser dispostos com vistas à obtenção dos melhores resultados possíveis.

**Razoabilidade e proporcionalidade**: a atuação do Estado deve ocorrer dentro de limites razoáveis, aceitáveis, compatíveis, proporcionais, não devendo desbordar em excessos, incongruências, insensatez, sob pena de invalidade. **A conduta estatal não se mede por critérios personalíssimos do administrador ou administrados**, pois deriva de padrões comuns da sociedade verificados diante do caso concreto. A conjunção da principiologia visa combater o excesso de poder, limitando a discricionariedade administrativa.

A lei, reconhecendo que não poderia prever soluções precisas e adequadas ante a multiplicidade de situações e necessidades que se apresentam cotidianamente a cargo da administração, confere ao administrador público uma certa liberdade, nos limites da lei. Neste sentido, é exigida uma congruência lógica entre os motivos, objeto e a finalidade do ato, devendo haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro.

**Continuidade dos serviços públicos**: o administrador deve garantir que o serviço público seja prestado de maneira contínua. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade. Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, como ocorre com

serviços que atendem necessidades permanentes (água, gás, eletricidade).

**Autotutela:** a Administração Pública tem o poder-dever de controlar seus próprios atos, revendo-os e anulando-os quando houverem sido praticados com alguma ilegalidade. Dessa forma, a autotutela funda-se no princípio da legalidade administrativa: se a Administração Pública só pode agir dentro da legalidade, é de se considerar que os atos administrativos eivados de ilegalidade devem ser revistos e anulados, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico. Nesse princípio, os atos podem ser revogados (efeitos afastados mediante conveniência e oportunidade) ou anulados (invalidados, por ilegais; não há direito adquirido). O direito adquirido deve ser respeitado na revogação e não se afasta a apreciação judicial (Súmula 473 STF).

#### ❖ Ato administrativo

Ato administrativo é manifestação unilateral do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Público. Tem como requisitos competência, finalidade (discricionariedade: na forma da lei X interesse público), forma, motivo, objeto (os dois últimos são ligados à discricionariedade administrativa, no binômio conveniência e oportunidade). Sem estes, o ato é inválido. O ato administrativo é revestido de autoexecutoriedade, imperatividade e legitimidade.

No que tange os atos administrativos, são considerados abuso de direito aqueles verificados em excesso (alem das atribuições do posto - fora da competência) e em desvio (finalidade diversa). O ato administrativo deve ser praticado para atingir interesse público, sendo inválido se não o fizer.

**O motivo do ato (sua razão) não pode ser confundido com a motivação (explicitação dos motivos, justificativas desses motivos) do mesmo.** Motivação do ato é explicitar o motivo. A motivação é necessária em todos os atos vinculados e discricionários, para fins de legalidade. Dado importante para a teoria dos motivos determinantes (prende o administrador no momento da execução do ato aos motivos que ele alegou no momento de sua edição. Todo ato administrativo precisa ser motivado para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa e são estes motivos que determinam e condicionam a execução do ato. Se o administrador se afasta destes motivos há ilegalidade; mas se ele obedece a outro interesse público não há desobediência à teoria, não é desvio de finalidade e, portanto, não há abuso de poder).

Tredestinação lícita: finalidade diversa da que consta na desapropriação. Se isso acontece, o desapropriado tem preferência na aquisição (retrocessão), mas não no valor venal e sim valor de mercado. Entre retrocessão e anulação do ato, a segunda opção é melhor

❖ Estrutura da Administração Pública



O Estado pode ser descentralizado em órgãos menores, dotados de certa autonomia, para exercício de atribuições específicas (art. 18 CF). Para isso, são criadas pessoas jurídicas (realidades diversas da realidade material da pessoa física) de direito público, para desempenhar as funções apontadas.

Assim, a Administração Pública se divide em direta (o próprio Estado: Executivo, Legislativo, Judiciário) e indireta (as entidades criadas pelo Estado por meio de lei específica, monotemática, para atuar nestes termos). Essa descentralização deriva dos princípios da eficiência e da continuidade do serviço público.

DESCENTRALIZAR é tirar do centro e transferir um serviço da Administração direta para terceiros, podendo estes estar dentro ou fora da Administração e DESCONCENTRAR é transferir a prestação de um serviço de um órgão para outro dentro da própria Administração direta.

O serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executadas sob regime de direito público.

Problema: a Constituição dispõe (art. 173) que o Estado só pode explorar diretamente a atividade econômica em casos expressos, quando necessário ao imperativo da segurança nacional ou ao relevante interesse coletivo. Mas a prestação de serviços públicos se insere na ordem econômica, porque alguns destes são economicamente exploráveis (art. 175 CF).

Por isso a prestação de serviços pode ser feita por esta ou aquela entidade, dependendo do lucro que ali pode dar. O serviço público pode ser prestado de forma



direta (pela Administração) ou indireta (transferência para a Administração indireta ou particulares).

A modalidade indireta se dá por outorga (transferência para administração indireta da titularidade e da execução do serviço público) ou delegação (transferência para concessionárias e permissionárias só a execução). E assim o Estado faz concessões de serviços (dá licença pro particular explorar) principalmente no campo da atividade econômica (onde ele não pode se envolver).

Administração indireta: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. As empresas públicas e sociedades de economia mista são ou prestadoras de serviço ou exploradoras de atividade econômica. A fundação pública é pessoa jurídica criada com base em um patrimônio, com determinada finalidade. A natureza jurídica da fundação vem do art. 37, XIX (atenção: **autarquias fundacionais** – autorizadas por lei a funcionar, já criadas em cartório).

1º setor – Estado

2º setor – atividade econômica (empresários)

3º setor – Setor Privado ajudando o Estado a exercer função de interesse público.

**Conforme §6º do art. 37 da CF, a responsabilidade civil da Administração (direta ou indireta) é objetiva, independentemente do setor e da atividade exercida (risco administrativo).**

#### ❖ Cargos públicos

A Administração Pública precisa de recursos humanos para funcionar, que são obtidos nas modalidades previstas em lei. Os concursos são disciplinados pelo art. 37 da CF e pela Lei 8666. Nem todo cargo precisa de concurso (comissão é livre nomeação e exoneração aplicável a chefia, direção e assessoria).

**Cargo em comissão X função de confiança:** a função de confiança é exercida, necessariamente, por quem já ocupa um cargo efetivo. O cargo em comissão pode ser ocupado por efetivo ou não.

**Cargo público X emprego público:** ambos são postos ocupados pela pessoa dentro do Poder Público, providos por concurso público (art. 37 CF). O que diferencia os dois é o vínculo formado com a Administração (estatutários X celetistas). O provimento de posto por concurso público é garantia de estabilidade (não pode ser demitido por justa causa, somente mediante processo administrativo disciplinar ou processo judicial que comprove as razões para a demissão. Sindicância é procedimento simplificado que não tem esse condão; resultará numa punição menor, se houver).

**O empregado público não tem não tem estabilidade, mas tem direito adquirido.** Até 1998, era clara a divisão entre servidores e empregados (contratados só por



empresas públicas e sociedades de economia mista). Nessa época veio o neoliberalismo, com a entrega de determinadas atividades ao setor privado em prol do princípio da eficiência, fazendo somente o essencial, com redução de custos e otimização de serviços.

Isso mexeu no art. 39 e permitiu a contratação de empregados públicos na Administração, o que repercutiu com uma onda de ações requerendo equidade entre servidores e empregados (estabilidade, proventos e etc), culminando na Súmula 390 do TST. Essa súmula equiparou o servidor e o empregado público.

**Nepotismo** – a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Para entender o nepotismo, é importante saber a diferença entre cargo, emprego e função pública. E antes é preciso lembrar o agente público (que age em nome da Administração Pública). O agente público pode ter caráter político, e nesse escopo os cargos de chefia e direção não tem nepotismo. Nepotismo não é para cargo político, mas para cargo em comissão. Isto porque **o cargo político pressupõe confiança** (o parente tem confiança, desde que se encontre relação profissional).

#### ❖ Contratações públicas

**Licitação** é o procedimento adotado para escolha da parte contratada pela Administração (adquirir produtos ou serviços), com vários atos administrativos envolvidos (todas as etapas precisam observar os requisitos de validade dos atos administrativos sob pena de nulidade de todo o processo).

O **contrato administrativo é diferente do contrato comum por ter cláusulas exorbitantes**, ou seja, cláusulas não comuns aos contratos celebrados por partes que se encontram na mesma posição.

A **concessão** é um contrato administrativo especial que transfere a execução de serviço público para particulares, por prazo certo e determinado (maior que o contrato administrativo normal). O Poder Público não poderá desfazer a concessão sem o pagamento de uma indenização.

A **permissão** é contrato administrativo que transfere a execução de serviços públicos a particulares por tempo indeterminado que pode ser desfeita sem o pagamento de uma indenização.

A **parceria público-privada** (PPP) é concessão não inferior a 5 anos que possui repartição objetiva dos riscos da operação e do lucro por ela gerado (o Estado se une ao particular, e dividindo receita e despesa, presta o serviço público). A criação da PPP é tentativa de trazer o particular para o trato da coisa pública. Existem serviços que não são atrativos ao setor privado, porque a exploração dele gera lucro pequeno, e o investimento é alto.

**Em todas as modalidades, incide a teoria do risco administrativo.** É uma adaptação, aplicada ao Poder Público, da teoria do risco presente no parágrafo único do art. 927 do Código Civil. A Administração Pública, por suas atividades, traz riscos a dados grupos. Tais atividades são exercidas em favor da coletividade; não é justo que a parcela prejudicada arque com o ônus gerado por todos, na pessoa do Estado, e assim a Administração deve suportar estes prejuízos e repará-los, independente de culpa de seus agentes. A teoria do risco administrativo impõe obrigação de indenizar o dano decorrente de ato lesivo e injusto pela Administração, independentemente da falta do serviço público, ou culpa de agentes.