

Direito Administrativo

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Copyright © 2007. Todos os direitos desta edição reservados ao DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO (CAD/CSE/UFSC). Nenhuma parte deste material poderá ser reproduzida, transmitida e gravada, por qualquer meio eletrônico, por fotocópia e outros, sem a prévia autorização, por escrito, do autor.

O49d Olivo, Luis Carlos Cancellier
Direito administrativo / Luis Carlos Cancellier Olivo. –
Florianópolis : CAD/UFSC, 2007.
128p.
Inclui bibliografia
Curso de Graduação em Administração a Distância
1. Direito administrativo. 2. administração pública. I. Título.

CDU: 35

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Luiz Inácio Lula da Silva

MINISTRO DA EDUCAÇÃO

Fernando Haddad

SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Ronaldo Mota

DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE POLÍTICAS EM EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA – DPEAD

Hélio Chaves Filho

SISTEMA UNIVERSIDADE ABERTA DO BRASIL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

REITOR

Lúcio José Botelho

VICE-REITOR

Ariovaldo Bolzan

PRÓ-REITOR DE ENSINO DE GRADUAÇÃO

Marcos Lafim

DIRETORA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Araci Hack Catapan

CENTRO SOCIOECONÔMICO

DIRETOR

Maurício Fernandes Pereira

VICE-DIRETOR

Altair Borguet

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO

CHEFE DO DEPARTAMENTO

João Nilo Linhares

COORDENADOR DE CURSO

Alexandre Marino Costa

COMISSÃO DE PLANEJAMENTO, ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Alexandre Marino Costa

Gilberto de Oliveira Moritz

João Nilo Linhares

Luiz Salgado Klaes

Marcos Baptista Lopez Dalmau

Maurício Fernandes Pereira

Raimundo Nonato de Oliveira Lima

EQUIPE DE REVISÃO

Prof^a Liane Carly Hermes Zanella

Prof. Luis Moretto Neto

Prof. Luiz Salgado Klaes

Prof. Raimundo Nonato de Oliveira Lima

REVISÃO DE PORTUGUÊS

Magda Benincá

ADAPTAÇÃO METODOLÓGICA PARA EAD

Denise Aparecida Bunn

PROJETO GRÁFICO

Annye Cristiny Tessaro

Mariana Lorenzetti

DIAGRAMAÇÃO

Annye Cristiny Tessaro

ORGANIZAÇÃO DE CONTEÚDO

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Sumário

Apresentação.....	07
-------------------	----

UNIDADE 1 – História e Princípios da Administração Pública

Direito público e Administração pública.....	11
Resumo.....	18
Atividade de aprendizagem.....	19
Referências.....	19

UNIDADE 2 – Deveres e Responsabilidades dos Agentes Públicos

Categorias de agentes públicos.....	23
Resumo.....	49
Atividade de aprendizagem.....	50
Referências.....	50

UNIDADE 3 – Ato Administrativo

Os atos que movimentam a Administração Pública.....	55
Resumo.....	63
Atividade de aprendizagem.....	63
Referências.....	64

UNIDADE 4 – Administração Direta e Indireta, Entidades Paraestatais e Terceiro Setor

Organização da Administração pública.....	67
Resumo.....	86
Atividade de aprendizagem.....	87
Referências.....	92

UNIDADE 5 – Licitação e Contrato Administrativo

A licitação.....	97
Contratos Administrativos.....	107
Resumo.....	114
Atividade de aprendizagem.....	115
Referências.....	115

UNIDADE 6 – Controle da Administração

Dever da prestação de contas.....	119
Resumo.....	125
Atividade de aprendizagem.....	125
Referências.....	126
Mini-currículo.....	128

Apresentação

No início deste século XXI, a atividade do administrador está cada vez mais relacionada com o setor público. Você estará se graduando para duas opções no mercado de trabalho: atuar como agente público ou optar pela iniciativa privada como consultor, empregado ou proprietário. Nas duas áreas poderá ainda exercer o magistério, depois de estudar mais alguns anos no mestrado e doutorado. Isto tudo significa dizer que nestes tempos o profissional de Administração é valorizado, pois ele é sempre um elemento a organizar as relações entre o público e o privado, já que pode conhecer os dois ambientes de trabalho e as suas conexões.

Um momento importante nesta rede de conexões entre a Administração pública e o mercado se dá no procedimento de licitação e contratação de obras, serviços ou compras pelo poder público: é quando a iniciativa privada é chamada a co-gerir os negócios públicos e sobre eles assume também a sua parte de responsabilidade, ao lado dos ganhos financeiros previstos e ajustados.

Enquanto escrevo esta apresentação, discute-se o acidente no metrô de São Paulo, que vitimou sete pessoas, ocorrido na execução de um contrato administrativo firmado após uma licitação. Qual a responsabilidade do Estado e da empresa que venceu a licitação? Qual a forma de indenizar as vítimas? A questão da eficiência da gestão governamental, tema por demais debatido na sucessão presidencial de 2006, está intimamente vinculada ao temário proposto neste curso.

Eu tenho a sorte de lecionar as disciplinas de Direito Administrativo II (8ª fase) e também as disciplinas de Direito Administrativo (2ª fase) e Instituições de Direito Público (1ª fase), nos cursos de Direito, Administração e Economia da Universidade Federal de Santa Catarina. Digo a sorte, pois meus alunos me mostram todos os dias que os temas de nossas matérias estão nos jornais, isto é, que a facilidade de se compreender o Direito Administrativo está na multidão de exemplos que vemos no dia a dia. Quando se começa a conhecer as regras jurídicas administrativas, têm-se uma compreensão melhor dos fatos e nossa opinião se consolida não somente pela influência do noticiário do jornal.

O administrador deve ser acima de tudo um profissional bem informado, capaz de produzir conhecimentos e utilizar todo o manancial de dados à sua disposição para tomar decisões que resultem em diferenciais competitivos para si e para a organização em que trabalha. Uma destas áreas em que as informações são necessárias para o bom desempenho da atividade é a jurídica. Os temas que proponho para discussão neste semestre são seqüenciais, começando pelas pessoas que atuam nas organizações públicas e os atos que elas praticam. Dentre os atos administrativos, destaque-se aquele que é o procedimento mais complexo, o da licitação e do contrato. De tudo o que a gente faz resulta a avaliação, a responsabilidade e o controle interno e externo. Estas informações jurídicas podem ser também estudadas e compreendidas em conexão com os temas de Contabilidade, notadamente aqueles que tratam da responsabilidade fiscal.

A máquina administrativa passou por processos relevantes de modificação nas últimas décadas, e não menos interessante é a distinção entre os métodos burocráticos e gerenciais. O que é necessário, neste momento, é garantir que o princípio constitucional da eficiência seja cumprido, e não se torne mais uma letra morta no papel. Isto é possível pela reformulação do quadro de agentes públicos, pela sua qualificação permanente, pela difusão do conhecimento e constante atualização dos meios tecnológicos disponíveis, como é o caso deste curso de graduação a distância chancelado pela Universidade Aberta do Brasil.

O que se estuda na administração privada, em termos de gestão de pessoas, planejamento estratégico, teoria dos jogos, empreendedorismo e inteligência competitiva, por exemplo, pode ser utilizado também para tornar sempre eficiente a estrutura administrativa. Se a tais conhecimentos for agregado o dado jurídico de Direito Administrativo, o profissional de Administração adquire um elemento distintivo que o colocará em franca vantagem no mercado de trabalho.

Estudar e conhecer o temário proposto neste semestre é uma oportunidade que não deve ser desperdiçada. É também uma sorte. Aproveitem.

Florianópolis (SC), janeiro de 2007.

Luis Carlos Cancellier de Olivo

Professor de Direito Administrativo

UNIDADE



História e Princípios da Administração Pública

Objetivo

Nesta Unidade você vai conhecer as regras jurídicas que possibilitam ao Estado exercer sua supremacia sobre o particular em função de um interesse público. Estas regras jurídicas estão nas leis, nos regulamentos, nos atos administrativos, nas decisões judiciais e na doutrina. É o que chamamos de ordenamento jurídico nacional. A partir desta compreensão, você vai conhecer o estado atual do direito administrativo brasileiro, em vários e importantes aspectos.

Direito público e Administração pública

Caro estudante, estamos iniciando a disciplina de Direito Administrativo. Esta primeira unidade traz um pequeno histórico da criação do Direito Administrativo e sua importância no contexto de um administrador e é também, um importante referencial para embasar as próximas Unidades. Leia com atenção, se tiver dúvidas releia e busque esclarecê-las nas indicações de Saiba mais e também junto ao Sistema de Acompanhamento. Bons estudos!

Ramos do Direito

No Brasil, as duas grandes áreas do Direito são: o Direito Privado e o Direito Público.

Fazem parte do Direito Privado: Direito Civil, Comercial e Trabalhista, enquanto que na área de Direito Público estão o Direito Constitucional, Administrativo, Penal, Tributário e Financeiro.

Quando se estuda o Direito Administrativo, a primeira noção que surge é o **princípio da supremacia, do interesse público sobre o privado**, e a sua indisponibilidade pelo poder público.

Isto significa dizer que toda ação da administração pública é um dever para com o cidadão, o contribuinte, o eleitor, o **jurisdicionado***. O poder que o Estado tem, como por exemplo, o **poder de polícia** para lacrar um estabelecimento irregular, na verdade é um dever. Se a

GLOSSÁRIO

***Jurisdicionado** – é todo aquele que está sob jurisdição, ou seja, sob o julgamento de um juiz.

autoridade pública responsável pela **Vigilância Sanitária** não age em uma situação como esta, ela é responsabilizada por omissão, visto que a abertura de um estabelecimento privado irregular – como um cinema ou um restaurante – causa dano e insegurança ao público.

Assim, o dever de agir é do Estado. É esta a noção de Direito Administrativo que leva mais em conta os interesses públicos. O Brasil deve esta noção à França que com a Revolução criou as bases do Estado de Direito Democrático, a partir dos princípios filosóficos da liberdade, igualdade e fraternidade, de um lado, e a da separação entre as funções do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, de outro.

*Estudar Direito Administrativo é importante, pois possibilita conhecer as regras jurídicas que permitem o funcionamento da Administração Pública, fornecendo meios para relacionamento mais equilibrado entre a **pessoa de direito privado** (pessoa física ou pessoa jurídica) e o Estado.*

Veja mais informações sobre pessoa física e pessoa jurídica no Saiba mais

O Estado deve ser o primeiro a respeitar as leis que cria. É dele o primeiro dever, tão importante quanto o dever a que o cidadão se submete perante o mesmo princípio, que é o da legalidade. A lei é igual para todos, diz a **Constituição Brasileira de 1988**. As normas de Direito Administrativo procuram obrigar o Estado a respeitar este princípio constitucional, e quando isso não acontece, o próprio ordenamento jurídico brasileiro estabelece as possibilidades de punição e controle.

É muito importante que você reveja a história da Revolução Francesa. No Saiba mais você pode encontrar referências para pesquisa.

Aspectos históricos

O Direito Administrativo é uma área do Direito Público recente, pois nasceu com a **Revolução Francesa** de 1789. Até então não existiam leis específicas que regulamentassem a estrutura e a organização

da administração pública e que definissem as atribuições dos seus responsáveis.

Somente com a [Lei de Pluviose](#) do ano VIII, de 1800, organizou-se juridicamente a Administração Pública na França. Esta lei é apontada como o primeiro impulso do Direito Administrativo. Estabeleceu os *conseils de préfecture* – conselhos de prefeitura, ou conselhos de governo civil - presididos pelos prefeitos, que atuavam circunscritos aos litígios previamente definidos.

Outro importante fato na existência do Direito Administrativo, reiteradamente apontado, tem cerne na criação do Conselho de Estado Francês, o *Conseil d'État*, pela Constituição de maio de 1872.

Entre as construções jurisprudenciais, que hoje figuram com o arcabouço doutrinário da nova disciplina jurídica, que então emergia, estão a flexibilização das condições de recursos por excesso de poder, a distinção da responsabilidade do Estado e de seus funcionários, a teorização dos contratos administrativos e demais princípios, hoje incorporados ao regime jurídico de inúmeros países.

No desenvolvimento deste contexto a decisão mais célebre do Conselho de Estado Francês, a mais relatada pela doutrina é a do célebre caso Blanco, cuja solução comportou a construção do princípio da responsabilidade do Estado.

Este julgado, datado de 1873, envolveu uma menina, Agnes Blanco, atropelada na cidade francesa de Bourdeaux por uma vagonete da Companhia Nacional de Fumo, que se ocupava do transporte de matéria-prima de um edifício para outro.

De início, segundo Di Pietro (2006), o caso Blanco implicou um conflito de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, aos encargos do Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos – a quem incumbia a resolução de conflitos entre a jurisdição comum e a administrativa – que, ao assentar, pela primeira vez, a competência do Conselho de Estado pelo critério da natureza dos serviços ensejadores do dano (pública), entendeu que aquele Conselho deveria julgar a questão em termos publicísticos, informados por princípios próprios, em detrimento das regras civilistas.

Conheça mais sobre
está lei em
VARASSIN, Luciana.
Princípio da legalidade
na administração
pública. Jus
Navigandi, Teresina,
ano 5, n. 51, out.
2001. Disponível em:
<[http://
jus2.uol.com.br/
doutrina/
texto.asp?id=2275](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275)>.

Desde então, até o acolhimento pela Constituição Francesa de 1958 dos princípios administrativos, reiteradamente elaborados e reconhecidos pelo Conselho de Estado, a doutrina tem evocado a contribuição deste Conselho para o Direito Administrativo.

Mas, a historiografia do Direito Administrativo comporta registros dissonantes da versão dominante do seu nascimento, tanto pela ótica de sua materialidade, expressa pela *Loi 28 Pluviose*, (do francês, chuvoso, que pode ser traduzido como a lei de 28 de fevereiro de 1800) quanto pelos seus fundamentos declarados, associados à Revolução Francesa e à contenção do poder soberano.

Dentro desta lógica, a desvinculação do Direito Administrativo do Direito Civil pelo próprio *Conseil d'État* em França, por meio das construções jurisprudenciais emanadas daquela Corte Administrativa, decorrerá de uma postura “ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do parlamento”, (Di Pietro, 2006), afigurando-se, assim, mais como uma decisão autovinculativa do Poder Executivo do que uma expressão da vontade geral.

Trata-se de saber se a justiça administrativa desde então criada e até mesmo a *Lei Pluviose* representariam o fim dos pressupostos absolutistas ou, na verdade, a sua continuidade.

Odete Medauar (2005, p. 11), ao assentar que não é mesmo crível o entendimento de uma ruptura total, de um “prodígio” ou condescendência da nova ordem dominante, contemporiza:

Melhor se configura a orientação que leva em conta os dois aspectos, sem extremos, para vincular o Direito Administrativo à Revolução Francesa em termos de princípios, não em virtude da origem de um tipo de organização; e para levar em conta noções e mesmo práticas do Antigo Regime acolhidas em parte pelo direito em formação, embora em outro contexto sócio-político.

É certo, também, que além do repertório jurisprudencial prolatado pelo Conselho de Estado Francês, outros fatores contribuíram para a formação do Direito Administrativo.

Estes primeiros impulsos são identificados nas obras de Romagnosi, na Itália, em 1814 e Macarel, na França, em 1818, com a criação de uma cátedra de direito público e administrativo no ano de 1819.

A formação do Direito Administrativo não aconteceu de forma linear em todos os países, ou ainda, como efeito residual da Revolução francesa de 1789, visto que, nos sistemas anglo-americanos, por exemplo, esta disciplina (direito administrativo) apresenta um desenvolvimento distinto, onde podem prevalecer as regras emanadas do direito privado, conforme o tipo de Estado adotado.

Saiba mais...

■ Sobre a **Revolução Francesa** consulte <http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa>

■ **Pessoa física e pessoa jurídica** – De acordo com o Dicionário Michaelis, pessoa jurídica é a entidade abstrata com existência e responsabilidade jurídicas. Exemplos: associações, empresas, companhias, legalmente autorizadas. Podem ser de Direito Público (União, Unidades Federativas, Autarquias, etc.), ou de Direito Privado (empresas, sociedades simples, associações, etc.). Para efeitos do imposto de renda, empresas individuais são equiparadas às pessoas jurídicas. Pessoa física é a pessoa natural, isto é, todo indivíduo (homem ou mulher), desde o nascimento até a morte. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Para efeito de exercer atividade econômica, a pessoa física pode atuar como autônomo ou como sócio de empresa ou sociedade simples, conforme o caso. Mais informações podem ser encontradas em <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Pessoa_\(direito\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pessoa_(direito))>

■ **Constituição brasileira de 1988**, disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>

■ **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>

GLOSSÁRIO

***Capitanias** – forma de administração territorial do Império Português uma vez que a Coroa, com recursos limitados, delegou a tarefa de colonização e/ou exploração de determinadas áreas a particulares através da doação de lotes de terra no Brasil. Mais informações em http://pt.wikipedia.org/wiki/Capitanias_do_Brasil

O Direito Administrativo no Brasil

No Brasil, no período colonial – quando os donatários das **capitanias*** eram contemplados com o poder absoluto pelo monarca português – e mesmo com a criação do governo geral, subsistiu o exercício indissociado de poder e de funções, ciclo interrompido pela instauração do Império, quando já se afigurava a separação dos poderes.

Ainda assim, o direito administrativo não foi objeto de criação de uma justiça especializada ou independente, uma vez que o Conselho de Estado previsto pela Constituição Brasileira de 1824 – regulado pela Lei 234, de 23 de novembro de 1841 e extinto em 1889 – figurava, apenas, como órgão consultivo superior do Imperador.

O desenvolvimento da disciplina no Brasil é registrado a partir da criação das cadeiras pertinentes nas faculdades de Direito de São Paulo e Olinda (transferida para Recife) no ano de 1851, ainda influenciadas pela doutrina européia e regidas, respectivamente, por Antônio Joaquim Ribas e Vicente Pereira do Rego, este último, segundo Caio Tácito (*apud* GASPARINI, 2005:40) foi o primeiro sistematizador do Direito Administrativo na América Latina, com a publicação: *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*, em 1857.

A partir deste marco emergem as primeiras construções doutrinárias, francamente ilustradas pelos modelos franceses, expressas por Prudêncio Girelles Tavares da Veiga Cabral (*Direito administrativo Brasileiro*, 1859), Visconde do Uruguai que se debruçou sobre os repertórios de jurisprudência brasileiros e europeus (*Ensaio sobre o Direito Administrativo Brasileiro*, 1862), Francisco Maria de Souza Furtado de Mendonça (*Exceto de Direito Administrativo Pátrio*, 1865) e Antônio Joaquim Ribas (*Direito Administrativo Brasileiro*, 1866) e José Rufino de Oliveira (*Epítome de Direito Administrativo*, 1884).

Como os mais importantes doutrinadores brasileiros contemporâneos, segundo as anotações de José Cretella Júnior (1994, p.167-168) e de Diógenes Gasparini (2005, p.41-42), figuram os nomes de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogo Figueiredo Moreira Neto, Carlos Pinto Coelho Mota, Edimur

[Procure conhecer as obras indicadas destes importantes doutrinários brasileiros.](#)

Ferreira de Faria, Lúcia Valle Figueiredo, Juarez Freitas, Álvaro Lazzarini, José dos Santos Carvalho Filho, Odete Medauar, Carlos Ari Sundfeld, Wolgran Junqueira Ferreira, Toshio Mukai, Márcio Cammarosano, Weida Zancaner Brunini, Marçal Justen Filho, Jessé Torres Pereira Júnior, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Edgar Guimarães, Sidney Bittencourt, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Entre todos estes publicistas, assim chamados os grandes mestres dedicados ao Direito Público, um nome merece destaque, o de Hely Lopes Meirelles, autor da mais conhecida obra geral de Direito Administrativo Brasileiro, publicada e reiteradamente atualizada, mesmo após a sua morte, desde 1964, de visão predominantemente didática, como o próprio autor prefaciava (1990):

Não é livro para mestres, nem para teóricos do Direito. É um modesto compêndio para estudantes e para os que se defrontam, na prática, com problemas jurídicos de Administração Pública.

Mas em sentido contrário ao de suas expectativas, as lições legadas por Meirelles, ainda hoje são as que mais ilustram e informam as decisões dos Tribunais brasileiros.

Princípios da Administração Pública

Os princípios que regem a Administração Pública estão contidos na Constituição brasileira, e em especial no seu art. 37.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

- **Legalidade:** para o direito comum, o princípio da legalidade significa que o cidadão pode fazer tudo aquilo que a lei não

proíba. Para o Direito Administrativo, a legalidade impõe ao administrador a obrigação de fazer, ou deixar de fazer, exatamente aquilo que a lei estabelece de forma determinada.

- **Impessoalidade:** por este princípio cabe ao administrador público agir no sentido de atender a todos, sem preferência ou favorecimento em função de ligações políticas ou partidárias. Por isso o ato de um funcionário público representa uma vontade da administração. O administrador não age em seu próprio nome, mas em nome do Estado.
- **Moralidade:** o princípio da moralidade impõe ao administrador agir de maneira ética, com probidade, considerando que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.
- **Publicidade:** todas as pessoas têm direito de saber o que a administração faz, por isso os seus atos são públicos, devem ser publicados nos órgãos oficiais de divulgação para que tenham validade. A divulgação dos atos oficiais não deve servir para a promoção pessoal das autoridades públicas.
- **Eficiência:** O princípio da eficiência não constava da redação original da Constituição de 1888. Foi introduzido em 1998, quando da chamada Reforma do Estado, que incorporou noções adotadas na iniciativa privada, como eficiência, eficácia, resultados, controle, avaliação e cumprimento de metas.

Além destes princípios encontrados no art. 37, em outros momentos a Constituição Brasileira faz referência a princípios como o já citado da supremacia do interesse público sobre o privado, o da igualdade, assim como da finalidade pública de suas ações, da indisponibilidade do interesse público, da continuidade, da motivação e fundamentação dos atos administrativos, da razoabilidade e da proporcionalidade, da hierarquia, do controle judicial e da especialidade.

RESUMO

O Direito Administrativo, como ramo do Direito Público, se pauta pelo paradigma da supremacia do interesse público sobre o privado. Esta supremacia é entendida como dever, antes que poder. É o dever que obriga o Estado a cumprir políticas públicas eficientes. É sob esta inspiração que os princípios da administração pública foram constitucionalizados no art. 37.

Atividades de aprendizagem

1. Consulte um grupo representativo de pessoas e selecione as respostas sobre o entendimento que cada uma delas tem da palavra “direito”. Mostre o resultado e justifique sua conclusão.
2. Identifique no seu meio de atuação, na relação entre a atividade pública e interesse privado, a aplicação dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.
3. Aponte três circunstâncias em que o conhecimento de normas jurídicas é necessário para a tomada de decisão do administrador, público ou privado.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

UNIDADE



Deveres e Responsabilidades dos Agentes Públicos

Objetivo

Nesta Unidade você vai conhecer as regras jurídicas que regulamentam as atividades dos agentes públicos, ou seja, todos aqueles que de uma forma ou de outra se vinculam ao Estado em alguma atividade remunerada ou não. A atividade do agente se caracteriza pelo princípio constitucional da impessoalidade e todos os atos que pratica se subordinam ao princípio da legalidade. Aos direitos destes agentes correspondem deveres que implicam responsabilidade administrativa, civil e penal.

Categorias de agentes públicos

Os agentes públicos, conforme Meirelles (1990, p. 71), “são todas as pessoas incumbidas definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal”. Esta função pode ser remunerada ou gratuita, política ou jurídica. Segundo ele, os agentes podem ser: políticos, administrativos, **honoríficos***.

De outro lado, Gasparini (2005), ao evocar a sistematização constitucional, classifica os agentes públicos em agentes políticos, agentes temporários, agentes de colaboração (por vontade própria, por compulsão e por concordância), servidores governamentais, servidores públicos (estatuários e celetistas) e agentes militares (federal, estadual e distrital).

Já Bandeira de Mello (2006), classificou os agentes públicos em agentes políticos, servidores estatais, abrangendo os servidores públicos e os servidores governamentais de direito privado e os particulares em colaboração com o Poder Público.

Muito próximo desta ordenação, Di Pietro (2006), também toma como base a Constituição de 1988, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional 18/98, enunciando as categorias dos agentes públicos desta forma: agentes políticos; servidores públicos; militares; particulares em colaboração com o Poder Público.

Carvalho Filho (2006), reconhece a dificuldade em se agrupar em classes uma categoria tão ampla, mas defende esta necessidade por motivos didáticos de sistematização e de identificação das características mais relevantes, assim considerando-os: agentes políticos, agentes particulares, colaboradores, servidores públicos e agentes de fato (subdivididos estes em agentes necessários e **putativos***).

Para efeitos didáticos, considera-se aqui a classificação proposta por Medauar, (2005), como que se segue:

- **Agentes Públicos:** aqueles que mantêm vínculo laboral com os entes estatais, sentido este hoje confluyente com a expressão “servidor público”, amplamente utilizada pela Constituição Federal de 1988;

GLOSSÁRIO

*Agentes Honoríficos

– são todas as pessoas convocadas para prestar serviços públicos, geralmente sem remuneração. Exemplos: mesários, jurados, etc... Mesmo que estes sejam convocados para prestar serviços públicos, não podem ser caracterizados como funcionários públicos. Fonte: Wikipédia

***Putativo** – do Lat. *putativu*, suposto . adj., que se supõe ser o que não é; reputado. Fonte: Dicionário on-line Priberam.

Código Penal Brasileiro disponível em

http://www.detel.rj.gov.br/site/lex/declei_2848-40.pdf

- **Agentes Políticos:** os eleitos pelo sufrágio universal, secundados pelos auxiliares imediatos dos chefes dos executivos (Ministros de Estado e Secretários de Estado e Municípios) e aqueles que exercem funções constitucionais, como os membros da Magistratura, do Ministério Público e Tribunais de Contas. Apesar de sua considerável margem de atuação, compatível, de forma geral, com a complexidade das funções que desempenham, são equiparados a funcionários públicos para fins penais, quanto aos crimes relacionados ao exercício da função, nos termos do artigo 327 do Código Penal Brasileiro.

- **Servidores Públicos:** conceituados por Medauar (2005), como todas as pessoas físicas que trabalham em estatais, que os consideram em mesma ordem dos agentes públicos. Di Pietro (2006), sustenta que estes são as pessoas físicas que prestam serviços remunerados à Administração Pública, por vínculo empregatício, e, neste universo, compreendem:

- os **servidores estatutários**, regidos pelas normas legais específicas, denominadas de estatutos, sendo ocupantes de cargos públicos;

- os **empregados públicos**, que se submetem às regras da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, sendo ocupantes de empregos públicos;

- **servidores temporários**, definidos pelo artigo 37, IX, da Constituição Federal, como os contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, detentores apenas de função pública.

- **Funcionários Públicos:** aqueles que antes da vigência da atual Carta Política eram os ocupantes de cargos públicos. Para os seus efeitos o artigo 327 do Código Penal concebe a expressão em sentido mais amplo.

- **Agentes de Colaboração:** por fim, remanesce acrescentar aos preceitos manejados por Medauar (1990), o estudo dos agentes públicos que desempenham, em caráter transitório, sem a formação de qualquer vínculo empregatício ou estatutário – e, via de regra, sem remuneração - conhecidos por Meirelles (2005), como “agentes honoríficos”, por Gasparini (2005), como “agentes de colaboração”, ou, ainda, por Carvalho Filho (2006), como “agentes particulares colaboradores”.

Neste sentido, Gasparini (2005), oferece a distinção mais didática, concebendo que estes agentes podem prestar estes serviços na seguinte ordem:

- os colaboradores por vontade própria, quando assumem uma função por ação espontânea para a salvaguarda dos interesses públicos, como no caso da prisão de um criminoso, ou, ainda, como o foram os comissários de menores ad hoc;
- os colaboradores compulsórios, ou seja, os que, em virtude de lei, são obrigados ao desempenho de determinada função pública, no clássico exemplo das pessoas convocadas para os serviços eleitorais, os jurados integrantes do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri e os recrutados para o serviço militar obrigatório. Estes agentes têm relação de subordinação com a autoridade requisitante, sendo o tempo de serviço computável para certos efeitos, como a aposentadoria. Por fim, a lei poderá equipará-los aos servidores públicos, como nos casos assinalados pelo artigo 327, do Código Penal e 283, I e II, do Código Eleitoral;
- os colaboradores por concordância da Administração Pública, são os que desempenham funções públicas em caráter privado, por contrato ou delegação de função, de ofício ou serviço público. Exemplos desses agentes são os contratados para a realização de uma obra de arte ou parecer. Quanto aos delegados por função ou ofício, figuram os tabeliães, os juízes de paz, os leiloeiros, ou, ainda, os despachantes aduaneiros.

Código Eleitoral

disponível em <http://www.tre-sc.gov.br/legjurisp/cod_eleitoral/sumario1.htm>

José dos Santos Carvalho Filho (2006:489) registra a sua divergência dos Administrativistas Diógenes Gasparini e Celso Antonio Bandeira de Mello, que consideram como agentes públicos as pessoas físicas contratadas sob o regime de locação civil de serviços, hoje sob a égide da Lei n. 8.666/93.

Regime Jurídico

Assentada a ampla compreensão do termo “servidor público”, emerge o estudo do regime jurídico sob o ponto de vista constitucional.

A locução *regime jurídico dos servidores* significa o corpo normativo pertinente aos deveres, direitos e demais aspectos de sua vida funcional. A Carta Constitucional Brasileira vigente, fixa as regras fundamentais aplicáveis ao servidor público nas seções I e II do capítulo dedicado à Administração Pública, presentes nos artigos 39 a 41.

A Constituição Federal de 1988 estatuiu, inicialmente, em seu artigo 39, o regime jurídico único e plano de carreira para os servidores da administração pública direta, autárquica e fundacional, em todos os entes da Federação.

A situação funcional dos servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista, por força do artigo 173, parágrafo 1º, inciso II, da Carta Federal, é circunscrita, precipuamente, às regras celetistas.

Estatutários

O regime estatutário é o conjunto normativo que rege a relação jurídica funcional entre o servidor público estatutário e o Estado. Os servidores públicos estatutários são os ocupantes de cargos públicos na Administração Pública direta, autárquica e fundacional pública e que têm a sua respectiva situação funcional regida pelo regime estatutário ou institucional.

Estes Estatutos, submetidos às normas constitucionais pertinentes aos servidores, podem ser gerais, aplicáveis, mediante permissivo expresso a servidores de poderes diversos ou, ainda, específicos para categorias determinadas, a exemplo de carreiras como o Magistério, o Ministério Público e a Magistratura.

Entre as características que definem este regime, apontadas pela doutrina, destaca-se a pluralidade normativa, decorrente da prerrogativa de cada ente da federação para organizar e regular as suas relações funcionais e, também a sua relação não-contratual.

Na esfera federal as disposições estatutárias integram a Lei 8.112, de 11/12/1990.

Lei 8.112 de 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Está disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8112cons.htm>

Por fim, os litígios que possam ocorrer entre o servidor estatutário e a Administração Pública são dirimidos perante a Justiça comum - Federal, em se tratando da União.

Celetistas

É o regime submetido às regras da **Consolidação das Leis** do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n. 5.452, de 01/05/1943), de natureza contratual. Na hipótese da existência de litígio, o foro adequado é a Justiça Trabalhista, *ex vi* do artigo 114, I, da Constituição Federal.

Emprego público

A reforma administrativa, introduzida pela Emenda Constitucional 19/98, ensejou a edição da **Lei 9.962, 22/02/2000**, que passou a disciplinar o regime de emprego público, válido apenas para a Administração Pública Federal.

O vínculo laboral equivalente é o trabalhista, celebrado mediante contrato por tempo indeterminado, que só poderá ser rescindido quando estabelecidas as situações a saber:

- prática de falta grave (artigo 482 da CLT);
- acumulação ilegal de cargos, empregos e funções públicas;
- necessidade de redução de despesas, no caso de excesso de despesas (artigo 169 da Constituição Federal);
- insuficiência de desempenho comprovado em processo administrativo.

A redação original da referida lei, vetada pelo então Presidente da República, impedia a aplicabilidade deste novo regime às denominadas carreiras de Estado, as carreiras especiais, mas, inobstante vetada, é esta a prevalecente opinião da doutrina.

Decreto-Lei que dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>

Lei 9.962 de 22/02/2000 que dispõe sobre a disciplina, o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Disponível em http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/9962_00.html

Regime especial

O regime especial se destina a disciplinar a contratação de servidores temporários para o atendimento de excepcional interesse público, consoante a regra do artigo 37, XXI, da Constituição Federal. Mas é de se considerar a compreensão da excepcionalidade do interesse público ensejador da contratação temporária, conforme decidiu em 2005 o Supremo Tribunal Federal, na ADIN 3.068, tendo como Relator o Ministro Eros Grau

O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. A inércia da Administração não pode ser punida de modo a causar dano ao interesse público, que deve prevalecer em risco a continuidade da atividade estatal (BRASIL, 2005).

De resto, para o exercício de funções meramente burocráticas, a edição de leis que contrariam as características inscritas na matriz constitucional tem sido considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e ofensivas à exigência de concurso público, inscrito no artigo 37, II, da Constituição Federal.

A lei reguladora deste dispositivo para a esfera federal é a 8.745/1993, com diversas alterações, que arrolou as hipóteses incidentes autorizativas da contratação temporária.

Regime jurídico único

O citado artigo 39 da Magna Carta foi totalmente alterado pela Emenda Constitucional 19/98, desaparecendo a expressa norma que então obrigava o regime jurídico único para os servidores públicos.

Competência Organizacional

Quanto à competência organizacional, ante a autonomia assegurada pelo artigo 18 da Constituição Federal, Bandeira de Mello (2006),

ADIN MC n. 2.229-ES, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 14/09/2000 e ADIN 2.987, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence, julgado em 19/02/2004.

Lei 8.745 de 1993, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excep-

cional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Está disponível em http://www.trt02.gov.br/geral/tribunal2/Legis/Leis/8745_93.html

ensina que, respeitados os limites circunscritos pela Lei Maior, cada uma dessas pessoas políticas legisla para si, fixando as regras que melhor lhes pareçam para a organização e disciplina da atividade funcional de suas atividades.

Por isso, somente as normas de caráter nacional, a exemplo das disposições penais, a respeito dos crimes funcionais, as eleitorais, pertinentes aos servidores públicos e, ainda, as que se ocupam da previdência e da seguridade social.

Também cabe ressaltar que essa autonomia, no entanto, não impede que o município edite lei consagrando a aplicabilidade das regras presentes no estatuto estadual ou federal aos servidores locais, desde que, vale reforçar, esta extensão compreenda expresso permissivo.

Os acima aludidos limites constitucionais, na ordem de regras gerais e princípios, significam, ainda, que os benefícios ali admitidos não podem ser ampliados ou restringidos em seu mérito ou em seu alcance.

Dallari (1992), preleciona que essa alteração, para mais ou para menos, mediante lei estadual, municipal ou distrital das disposições constitucionais, incorre na vulneração no equilíbrio concebido pela Constituição entre o servidor e a Administração.

A iniciativa das leis que dispõem sobre regime jurídico dos servidores da União e dos Territórios é de iniciativa do poder executivo, conforme o artigo 61, parágrafo 1., c, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal (ADIN MC 22249-DF, Rel. Min. Silveira, ADIN 1.421-DF, Rel. Min. Nelson Jobim; ADIN700-RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, [ADI 1136 / DF](#), Rel. Min. Eros Grau), decidiu que as **Casas Legislativas*** não possuem este poder de iniciativa.

GLOSSÁRIO

*Casas Legislativas

– Termo, muitas vezes reduzido apenas à palavra 'Casa', pelo qual é conhecida cada uma das assembleias que compõem o Congresso Nacional: Câmara dos Deputados e Senado Federal. Fonte: Portal da Câmara dos Deputados.

Recente julgado, de
16/08/2006

Cargos e funções públicos

A Constituição Brasileira, em vários de seus dispositivos se reporta às expressões cargo, emprego e funções. Meirelles (1990), em via mais didática, escreve que cargo público

é o lugar instituído na organização do serviço público, com denominação própria, atribuições e responsabilidades específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei.

O Estatuto Federal dos Servidores, a Lei 8.112/90, artigo 3º, registra que cargo seria o “conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor”.

Para o estudo do presente tema é necessário o conhecimento de determinados conceitos relacionados com o exercício da atividade funcional nos cargos e nas funções públicas. Dentre tais conceitos destacam-se:

- provimento – é o preenchimento de cargo vago;
- posse – é a aceitação das atribuições, responsabilidades e direitos do cargo, pelo nomeado, efetuando-se por assinatura de um termo. Para o serviço público federal foi abolida a possibilidade de prorrogação do prazo de posse (Lei 9.527/97, que alterou a redação do artigo 13, parágrafo 1º da Lei 8112/90). Para o início de exercício, o Estatuto Federal concede o prazo improrrogável de quinze dias;
- quadro – é o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou Poder;
- carreira – é o conjunto de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para o acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram;
- cargo de carreira – é o cargo que se escala em classes, para o acesso privativo de seus titulares;
- classe – é o agrupamento de cargos da mesma profissão, com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos; são os degraus de acesso na carreira;
- cargo de provimento efetivo – é o que se reveste de caráter de permanência e só pode ser ocupado por prévia aprovação em concurso público, por força do artigo 37, III, da Constituição Federal. O seu titular somente pode se efetivar e adquirir estabilidade após o decurso de três anos de exercício, **interregno*** correspondente ao estágio probatório, caso avaliado positivamente (artigo 41, da Constituição Federal).

GLOSSÁRIO

***Interregno** – (do latim: *interregnum*, entre reinados) é o intervalo entre dois monarcas, entre papas da Igreja Católica Romana, imperadores do Sacro Império Romano-Germânico, reis da Polônia (monarquia eletiva) ou entre cônsules da República Romana. Também pode se referir a qualquer interrupção na continuidade de um governo, organização, ou ordem social. Fonte: wikipédia

- Depois de estabilizado o servidor somente poderá ser exonerado mediante processo administrativo ou judicial, presentes o direito ao contraditório e ampla defesa (artigo 41, parágrafo 1º, Incisos I, II e III, da Constituição Federal);
- cargo de provimento em comissão – é o que, na acepção do artigo 37, inciso II e V da Constituição Federal, é de livre nomeação e exoneração, independe de concurso público, porque o seu critério de nomeação é político. Alguns critérios podem ser instituídos, como, idade mínima, pleno exercício dos direitos políticos (para Ministros de Estado, artigo 87 da Constituição Federal), ou, ainda, de escolaridade, de aptidão física e de quitações militares e eleitorais;
- cargo isolado – que é instituído em regime de exceção na organização funcional, porque não pressupõe promoção vertical;
- cargos de provimento vitalício – na simples definição de Meirelles (1990), são os que, por determinação constitucional, comportam investidura em caráter perpétuo, só se permitindo a extinção do vínculo funcional em virtude de sentença judicial transitada em julgado. Esta vitaliciedade subsiste em nosso sistema constitucional, sustentam muitos doutrinadores, em razão da necessária independência de alguns agentes públicos, o que os resguardaria de eventuais pressões impostas por determinados grupos de pessoas. São cargos de provimento vitalício: os de Magistrados (artigo 95, I, da Constituição Federal), os de membros do Ministério Público (artigo 128, parágrafo 5º, inciso I, a, da Constituição Federal), os de Ministro do Tribunal de Contas (artigo 73, parágrafo 3º, da Constituição Federal) e os de Oficiais Militares (artigo 142, inciso VI, da Constituição Federal). Quanto às demais pessoas políticas, esta vitaliciedade é atribuída, em igual ordem, pelo artigo 75 da Carta Federal, aos Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais do Distrito Federal e dos Municípios.

Neste mister, cita-se, com relevância, o nome de José Cretella Júnior (1994).

De outro lado, a função pública é a atribuição ou o conjunto de atribuições a serem exercidas pelos agentes públicos, e é referida pela Constituição Brasileira, segundo Madeira (2005), em duas instâncias:

- as funções exercidas pelos servidores contratados temporariamente, com fundamento no artigo 37, XXI, para cujo exercício não se exige concurso público precedente;
- as funções de natureza permanente, exercidas por servidores ocupantes de cargo efetivo, pertencentes às funções de direção, chefia e assessoramento, previstas no artigo 37, inciso V, da Constituição Federal.

Evidencia-se, portanto, que não existe cargo sem função, mas a função subsiste sem cargo, e, por outro lado, que a ordem jurídica brasileira não admite a estabilidade de servidor em função, mas somente no exercício de cargo, com provimento decorrente da admissão em concurso público.

Acumulação de cargos públicos

Emendas Constitucionais disponíveis em <http://www.redebrasil.inf.br/0cf/03emendas.html> >

O artigo 37, XVI, da Constituição Federal, alterado pelas Emendas Constitucionais 19/98 e 34/01, veda a acumulação de cargos públicos simultânea e remunerada, empregos e funções públicas, regra válida para todos os agentes da administração direta, das autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas direta e indiretamente pelo poder público.

Contudo, o mesmo dispositivo oferece as seguintes ressalvas à regra:

- dois cargos de professor;
- um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

A Constituição Federal acrescenta duas hipóteses de acumulação legal, quais sejam, o cargo de juiz e um cargo ou função de magis-

tério (art. 95, parágrafo único, I); um cargo no Ministério Público e um cargo ou função de magistério (art. 128, parágrafo 5., II, *d*).

Ainda sobre a acumulação de cargos destacam-se:

- o artigo 38, III, da Constituição, faculta ao servidor investido em mandato de Vereador permanecer no cargo, emprego ou função, percebendo ambas as remunerações, desde que haja compatibilidade de horários;
- o artigo 142, parágrafo 3º, inciso II, prescreve que o militar empossado em cargo ou emprego público civil permanente será transferido automaticamente à reserva; o inciso III, do mesmo dispositivo, permite a aceitação de cargo, emprego ou função temporária, não eletiva, mas enquanto estiver nessa situação, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá ser promovido por antigüidade, contando o tempo de serviço apenas para promoção transferência, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva; a mesma norma aplica-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conforme artigo 42, parágrafo 1º.

Por outro lado, a Emenda Constitucional n. 20/98, que acrescenta o parágrafo 10º ao artigo 37, consagrando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e o que já dispunha a Lei 8.112/90, com a redação dada pela Lei 9.527/97, coíbe a acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de outro cargo efetivo, salvo naqueles casos em que a própria Constituição admite a acumulação, já aludida.

No entanto, a Emenda Constitucional 20, preservou, por meio do artigo 11, os direitos dos que já acumulavam proventos com a remuneração de outros cargos públicos, limitando-os ao teto, vedada a acumulação de duas aposentadorias com base no artigo 40 da Carta Federal.

Condições de acesso aos cargos públicos

No âmbito do Direito Público a palavra acesso guarda dois significados possíveis, um deles consiste no direito que tem o administrador de ingressar no serviço público pelo provimento de cargos, fun-

ções e empregos e o outro se dirige à ascensão funcional, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha (1990).

O artigo 37, inciso I, da Carta Política, com a redação dada pela emenda constitucional 19/98, prescreve que a acessibilidade aos cargos públicos se afigura admissível aos brasileiros que atendam aos requisitos legais e aos estrangeiros na forma da lei.

Sobre este assunto, Di Pietro (2006, p. 442), sublinha que a locução “na forma da lei” se trata de lei de cada entidade da federação, observando que a matéria de servidor público não é reservada à competência privativa da União.

Antes, ainda, com a edição da Emenda Constitucional 11/96, que acresceu dois parágrafos ao artigo 207 da Constituição, foi permitido o acesso nas Universidades e instituições de pesquisa, de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, “na forma da lei”. Essa possibilidade foi disciplinada, na esfera federal, pela Lei 9.515, de 20/11/1997; as demais pessoas políticas deverão editar as suas próprias normas.

[Lei 9.515, de 1997
que dispõe sobre a
admissão de profes-
sores, técnicos e cientis-
tas estrangeiros pelas
universidades e pelas
instituições de pesqui-
sa científica e
tecnológica federais.
Disponível em: <\[http://
www.planalto.gov.br/
CCIVIL/leis/
L9515.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9515.htm\)>](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9515.htm)

Mas se a admissão de estrangeiros no serviço público ainda depende da existência de lei, o ingresso dos portugueses com residência permanente em solo pátrio, encontra permissivo no artigo 12, II e parágrafo 1º, da Constituição Federal, desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros.

Quanto ao ingresso de brasileiros, natos ou naturalizados, os requisitos legais são os concebidos mediante o exercício da competência privativa do Chefe do Executivo, nos termos do artigo 61, parágrafo 1º, II, c, da Constituição Federal, para a iniciativa das leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos.

No que toca às formas de ingresso no serviço público, a prévia realização de concurso público, inscrita no artigo 37, II, da Constituição Federal, é inexigível para os cargos de provimento vitalício, para os cargos comissionados, já abordados, e, ainda, para os ex-combatentes que tenham efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (artigo 53, inciso I, do ADCT da CF/88).

Seleção por concurso

Nos termos do artigo 37, II, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19, a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declaradas em lei de livre nomeação e exoneração.

Cretella Júnior (1994), relata que o processo de seleção mediante concurso público foi desenvolvido primeiramente na França napoleônica, de início acirradamente combatido, para só então se firmar como instrumento democrático.

A regra constitucional, agora em tela, é exigida tanto para a composição dos quadros funcionais da Administração Pública Direta quanto para a Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista).

Di Pietro (2006), entende que a contratação em nível de função pública é possível, juridicamente, em duas situações, quais sejam:

- para o entendimento de excepcional interesse público, onde sobressai o caráter emergente da contratação, o que inviabiliza a realização do certame público;
- e para as funções de confiança, cuja titularidade só pode ser exercida por servidores ocupantes de cargo efetivo, destinadas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Quanto ao requisito de idade, Medauar (2005), destaca que a Emenda Constitucional 19/98, ao manter a aplicação do inciso XXX do art. 7º aos servidores, acresceu que a lei pode estabelecer requisitos diferenciados de admissão, de acordo com a natureza do cargo.

O Supremo Tribunal Federal tem definido que a impossibilidade de requisito de idade como regra geral, admitindo-se exigência deste quilate quando necessária para o desempenho do cargo, conforme o registrado na Súmula 683 (BRASIL, 2003):

O limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, e regulado, no âmbito da Administração Pública Federal, pela Lei n. 8.745, de 21/05/1993, alterada pelas Leis ns. 9.849, de 26/10/1999 e 10.667, de 14/05/2003

artigo 37, V, da Constituição Federal.

No que concerne ao prazo de validade do concurso público, o inciso III do artigo 37, da Magna Carta, o circunscreve a até dois anos, prorrogável uma vez por igual período.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Néri da Silveira, na relatoria do RE 192.568-0, de 1966, afirmou que

só cabe entender subsistente o título à nomeação, enquanto o concurso público tiver seu prazo de validade vigente. Cessa, destarte, a eficácia do título de aprovação em concurso público, no instante em que este caduca, pelo decurso do prazo de sua validade, se não houver a prorrogação prevista na norma constitucional.

Outra questão que merece menção é o direito à nomeação. Não se discute que a nomeação dos candidatos classificados se encontra submetida ao interesse da Administração Pública, mas a nomeação de qualquer concursado à margem da ordem classificatória enseja a todos os que estiverem melhor classificados o direito à nomeação.

Por oportuno, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem declarado que, o candidato aprovado em concurso público, quando preterido em face da nomeação de outro candidato, tem também o direito ao recebimento de indenização (RE 188.093-RS, 2. Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa). (BRASIL, 1999)

A matéria relacionada à exigência de concurso público já foi definitivamente resolvida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula 685, de 2003, declarando “inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

Nas contratações à margem do comando constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal, a Justiça Trabalhista tem decidido, segundo o Enunciado 363 (BRASIL, 2000), que estas são nulas e só geram para os empregados o direito a salários e aos valores relativos ao FGTS.

Sistema remuneratório

O sistema remuneratório dos agentes públicos está previsto na Constituição da República, no art. 37, incs. X a XV, e nos incisos do artigo 39, com as expressivas alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 19/98.

A Lei Maior prevê hoje duas formas de retribuição pecuniária pelo trabalho dos agentes públicos, a saber: o de remuneração ou vencimento e o de subsídio. Medauar (2005), define que *vencimentos* ou *remuneração* designam *o conjunto formado pelo **vencimento** (referência) do cargo ou função, mais outras importâncias percebidas, denominadas vantagens pecuniárias.*

Com a Emenda Constitucional 19/98, a Constituição Federal institui, por meio do artigo 39, parágrafo 4º, mais um tipo de **estipêndio*** para os agentes políticos e para certas categorias de servidores públicos, adimplido em parcela única, insuscetível de qualquer acréscimo ou aditamento, à exceção das verbas admitidas pelo parágrafo 3º do mesmo artigo de lei (décimo terceiro salário, adicional noturno, remuneração por serviço extraordinário, adicional de férias).

É relevante observar que o parágrafo 8º, do artigo 39 da Constituição Federal, faculta a edição de lei regrado a extensão do subsídio aos demais servidores públicos. Segundo o artigo 39, parágrafo 4º e demais dispositivos da Constituição Federal, devem receber subsídio os seguintes agentes públicos:

- os membros de Poder, os parlamentares, magistrados, chefes de executivo;
- os detentores de mandato eletivo;
- os Ministros do Estado;
- os Secretários Estaduais;
- os Secretários Municipais;

Alinhada à definição inscrita no artigo 40 da Lei n. 8.112/90.

GLOSSÁRIO

***Estipêndio** – do Lat. *Stipendiu* s. m., salário; soldo; remuneração

- os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais e dos Municípios (artigo 73, parágrafo 3º, e artigo 75);
- os integrantes do Ministério Público (artigo 128, parágrafo 5º, inciso I, c);
- os membros da Advocacia-Geral da União, os Procuradores do Estado e do Distrito Federal e os membros da Defensoria Pública (artigo 135);
- os servidores policiais (artigo 144, parágrafo 9º).

A retribuição pecuniária pelo trabalho à Administração Pública, dado o seu imediato caráter alimentar, incorre nas seguintes premissas:

O artigo 46 da Lei n. 8.112/90 fixa até a décima parte os descontos mensais para reposições e indenizações ao erário.

- a proibição de desconto, salvo por imposição legal, mandado judicial ou consentimento do servidor (artigo 45 da Lei 8.112/90);
- existência de limite para descontos, que não pode exceder um percentual;
- preferência de pagamento das diferenças ou parcelas fixadas por sentença judiciária (artigo 100 da Constituição Federal).

Esta última exigência, revisão anual sempre em mesma data e sem distinção de índices, há de ser observada em cada esfera de governo (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2006)

Fixação e alteração da remuneração e do subsídio

A fixação ou alteração da remuneração ou subsídio dos servidores públicos depende de lei específica, assegurada a revisão anual e “sem distinção de índices”, conforme impõe o artigo 37, X, da Constituição Federal, observada a iniciativa privativa em cada caso.

Artigos 169 da Constituição Federal e 19 e 20 da Lei Complementar n. 101, de 04/05/2000 – lei de responsabilidade fiscal.

Em qualquer caso estas operações estão condicionadas à existência de recursos suficientes às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes e, também, ao respeito aos limites assegurados para as despesas de pessoal.

A Administração Federal regulamentou o artigo 37, X, por meio da Lei 10.331, de 18/12/2001, indicando o mês de janeiro para esta revisão evocada pela Constituição Federal.

Por último é necessário registrar que o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade por omissão de vários governadores de Estados e Distrito Federal, em virtude de não terem deflagrado o processo legislativo sobre a matéria, em desatendimento à ordem constitucional, conforme se verifica na análise das ADINs 2.061-DF, 2.481-RS, 2.486-RJ, 2.490-PE, 2.492-SP, 2.525-DF.

Teto das remunerações e subsídios

O estabelecimento de um limite de remuneração dos agentes públicos vem sendo intentado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. À primeira redação do artigo 37, inciso XXI, seguiu-se nova tentativa de se limitar a remuneração dos agentes públicos, por meio da Emenda Constitucional 19/98, por decisão administrativa do Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da Emenda Constitucional 41/03 empreende-se nova tentativa e, em medida preventiva contra o surgimento de qualquer discussão acerca da auto-aplicabilidade de seus termos, já definiu os valores a serem praticados como norte limitador do sistema remuneratório dos agentes públicos, até a promulgação da lei regulamentadora, considerando o valor da maior remuneração atribuída aos Ministros de Estado – vencimento, verba de representação e adicional por tempo de serviço.

Sobre o tema, Di Pietro (2006), apresenta a seguinte sistematização:

- o teto atinge a todo o sistema remuneratório, independentemente do regime jurídico a que se submete o servidor, à exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, que somente seria alcançado pela norma limitadora se recebessem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, para pagamento das despesas de pessoal ou de custeio geral, como se infere do parágrafo 9º, do artigo 39, da Constituição Federal;

O problema estaria centrado, explica a publicista no artigo 48, XV, da própria Carta Federal que exigia lei de iniciativa conjunta do Presidente da República, do Senado, do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal, para a fixação dos subsídios de Ministro do Supremo Tribunal Federal, este último o marco do teto remuneratório para a implementação do sistema pretendido.

- o teto atinge os proventos de aposentadoria e de pensão devidos aos dependentes do servidor falecido;
- o servidor que estiver em regime de acumulação, sujeita-se a um teto único que abrange a soma da dupla remuneração (artigo 37, XVI, da Constituição Federal);
- na aplicação do teto estão excluídas as parcelas de cunho indenizatório, conforme o disposto no parágrafo 11, do artigo 37, incluído pela Emenda 47/05, com efeitos retroativos à data da vigência da Emenda Constitucional 41/03 ;
- o teto, no âmbito federal, é o mesmo para todos os servidores, correspondendo ao subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. No âmbito estadual, é diferenciado para os servidores de cada um dos três Poderes do Estado, sendo representado pelos subsídios dos Deputados, do Governador e dos Desembargadores, incluindo-se no teto destes últimos algumas categorias do Executivo (membros do Ministério Público, Procuradores e Defensores Públicos); pela Emenda Constitucional 47/05, foi acrescentado o parágrafo 12 ao artigo 37, permitindo que, para fins do teto previsto no inciso XI do *caput*, os Estados e o Distrito Federal fixem, por emenda à Constituição e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto nesse parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais, Distritais e Vereadores No âmbito *municipal* o teto é igual para todos os servidores, sendo representado pelo subsídio de Prefeito;
- para os parlamentares dos Estados e dos Municípios, o entendimento do artigo 37, XI, deve ser conjugado ao disposto nos artigos 27, parágrafo 2º, 29, VI e VII, e 29-A. O subsídio é limitado a 75% da remuneração dos Deputados Federais e para os parlamentares municipais o subsídio máximo varia entre 20%, 30%, 40%, 50%, 60% e 75% do subsídio dos Deputados Estaduais, em função do número de habitantes do Município. Em razão do disposto no inciso VII, do artigo

29 da Constituição Federal, o total de despesas com a remuneração dos vereadores não pode ultrapassar o limite de 5% da receita do Município, observado, outrossim, os limites totais de despesa com pessoal;

- para os membros da Magistratura, a norma do artigo 37, XI, tem que ser combinada com o artigo 93, V, que estabelece, para os Ministros dos Tribunais Superiores, o montante dos subsídios em 95% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal; para os demais magistrados, a fixação será feita em lei, observado um escalonamento em níveis federal e estadual, conforme as categorias da estrutura judiciária nacional, não podendo a diferença entre uma e outra ser superior a 10% ou inferior a 5%, nem exceder 95% do subsídio mensal dos Ministros dos Tribunais Superiores.

Irredutibilidade de remuneração e de subsídio

A irredutibilidade dos vencimentos e dos subsídios dos agentes públicos, imposta pelo artigo 37, XV, da Carta Federal, encontra ressalva neste mesmo Diploma Legal nos incisos XI e XIV do próprio artigo 37, e nos artigos 39, parágrafo 4º, 150, II, 153, III e 153, parágrafo 2º, I.

Portanto, a norma constitucional da irredutibilidade é limitada, a exemplo do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça (RMS n. 8.852-ES, 6. Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgamento em 15/08/2000), ao decidir que só “os vencimentos são irredutíveis, as gratificações, salvo aquelas de caráter individual, podem, para efeito de aplicação do denominado redutor salarial, sofrer limitações quantitativas”. Neste caso, aquela Corte de Justiça determinou que a gratificação de produtividade deve ser alcançada pelo mencionado redutor salarial, se a remuneração, no total, ultrapassar o limite legal estabelecido.

O entendimento da irredutibilidade protege o servidor, portanto, somente contra a redução direta, anota Carvalho Filho (2006, p. 601), *não se incluindo nessa garantia os adicionais e as gratificações devidos por força de circunstâncias específicas e muitas vezes de caráter transitório, as quais podem suscitar até sua absorção em vencimento mais elevado, como ocorre na implantação de novos planos e carreiras.*

Férias e décimo terceiro salário

Adicional de férias na linguagem empregada do Estatuto Federal.

O direito ao gozo de férias anuais de trinta dias e ao acréscimo de um terço sobre a remuneração, atribuído aos trabalhadores do setor privado pelo artigo 7º, inciso XVII, da Carta Federal, foi estendido aos servidores ocupantes de cargo público pelo artigo 39, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Como não é mais constitucionalmente possível a contagem de tempo fictício, a questão que se alinha para debate é o entendimento dos direitos decorrentes da não fruição de férias. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o artigo 78, parágrafo 3º do Estatuto Federal, reconheceu o direito indenizatório à servidora que se aposentara com férias não gozadas (RE n. 234.068-DF, 1. Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 19/10/2004).

Assim sendo, o décimo terceiro salário, com base na retribuição pecuniária integral, é concedido aos servidores, inclusive aos aposentados, por força do artigo 39, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

Licenças

Licenças são os afastamentos do servidor permitidos em lei. A Constituição Federal, por exemplo, em seus artigos 39, parágrafo 3º e 7º, incisos XVIII e XIX, concede aos servidores a licença maternidade, de 120 dias, e paternidade, disciplinadas pelos estatutos, ambas remuneradas.

Medauar (2005), ressalta que outras licenças figuram admitidas nos Estatutos, como por exemplo as licenças para tratamento de saúde do servidor ou de pessoa de sua família, licença-prêmio por assiduidade, para desempenho de mandato classista, além das licenças não remuneradas como as destinadas a trato de assunto particular de servidor.

O artigo 38 da Constituição Federal assegura, também, ao servidor público o direito de ficar afastado do cargo, emprego ou função, computando esse tempo de afastamento para todos os efeitos legais, exceto para promoção por merecimento. Apenas no caso de eleição para Vereador, como já foi comentado, é assegurado o exercício e a remuneração simultânea dos dois cargos.

Quando se tratar de eleição para Prefeito ou para Vereador – quando incompatíveis os horários, é facultada a opção pela melhor remuneração.

Direito de greve

O direito de greve do servidor, mencionado pelo artigo 37, VII, da Constituição Federal, é de sensível polêmica, sobretudo no que concerne à incidência da norma, de eficácia contida ou imediata.

O respeitado constitucionalista José Afonso da Silva já defendeu esta última hipótese, inferindo que a lei referida pela Constituição Federal teria apenas a propriedade de fixar termos e limites do exercício do referido direito. Entendimento semelhante é de Diógenes Gasparini (2005, p. 189), para quem *não obstante isso, o direito de greve do servidor público é exercitável, ressalvadas, como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas as necessidades inadiáveis da comunidade não podem sofrer solução de continuidade, conforme se infere do disposto no parágrafo 1º do artigo 9º. da Constituição Federal.*

Do repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se colhe este mesmo entendimento, afirmando-se que o servidor público tem o direito subjetivo e constitucional de declarar greve (STJ, RMS, 2675. Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 09.08.1993 p. 15237).

Em oposição a esta compreensão da possibilidade do exercício do direito de greve do servidor, expresso pela Constituição Federal, tem-se o discurso de Carvalho Filho, que arrola a decisão do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello no Mandado de Injunção 20, de 1996.

Em qualquer caso, não há controvérsia relevante na doutrina e na jurisprudência no que se refere ao desconto dos dias não trabalhados, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no já mencionado Recurso em Mandado de Segurança 2.675.

É fato que o referido dispositivo legal alude a necessidade de regulamentação do referido direito à lei específica, de cunho federal, observe-se, válida para todos os entes federados.

Sindicalização

O direito à sindicalização é assegurado pelo artigo 37, inciso VI e VII, da Carta Federal, com a redação da Emenda Constitucional 19/98, norma de eficácia plena e imediata.

Aposentadoria e pensão

A aposentadoria é o direito à inatividade remunerada, desde que preenchidos os requisitos assinalados pela Lei. As Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03, conhecidas como a *Reforma da Previdência*, introduziram profundas modificações no sistema sobre os quais ainda se debruçam os estudiosos.

No direito pátrio, a aposentadoria do servidor público é tratada de forma diferente da inatividade dos trabalhadores da iniciativa privada.

É necessário dizer, de início, que os apontamentos que se seguem estão circunscritos ao artigo 40 da CF/88 que incidem, especificamente, sobre os servidores públicos estatutários titulares de cargos efetivos.

A aposentadoria dos servidores trabalhistas, dos servidores temporários, e dos ocupantes exclusivamente de cargos comissionados, aplica-se o regime geral da previdência social, regulado pelos artigos 201 e 202 da Carta Federal, conforme determina o parágrafo 13º do artigo 40 da Constituição.

Um dos principais signos distintivos do novo sistema previdenciário é o seu caráter contributivo, como norte de sustentabilidade deste regime, secundado pelas exigências de idade mínima, tempo de serviço público e tempo de exercício no cargo em que se dará a aposentadoria.

Seguiu-se à edição da Emenda Constitucional 20/1998 a promulgação da Lei 9.717, de 27/11/1998 (com alterações posteriores), fixando normas gerais sobre a previdência dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ao instituírem os seus respectivos regimes de previdência.

Os parágrafos 14 a 16, do artigo 40, na redação dada pela Emenda Constitucional 20/98, possibilitam a todos os entes da Federação a

instituição de regime de previdência complementar para os seus servidores titulares de cargos efetivos.

O adjetivo solidário, atribuído ao novo regime previdenciário, cunhado pela alteração do parágrafo 18, do artigo 40 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 41/03, introduz a incidência da contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e pensões superiores ao limite máximo dos benefícios gerais do regime geral da previdência social, mais tarde confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN n. 3015/DF, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, em 2004.

Em seqüência, a Lei Federal 10.887/04 se ocupou da aplicabilidade da Emenda Constitucional 41/03, para estabelecer as normas aplicáveis aos servidores públicos ativos e inativos federais, estaduais e municipais, inclusive no que se refere às alíquotas e à base de cálculo de contribuição previdenciária.

Entre as inovações trazidas pela Emenda Constitucional 41/03, em sede de regime previdenciário, destacam-se:

- indicação das fontes de custeio, incluindo a contribuição do ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionamentos (artigo 40, *caput*);
- definição dos critérios para fixação, em lei, do valor da pensão dos dependentes do servidor falecido (artigo 40, parágrafo 7º);
- extinção, respeitados os direitos adquiridos, da paridade entre, de um lado, os proventos e pensões, e, de outro, os vencimentos dos servidores em atividade (atual redação dos parágrafos 7º e 8º do artigo 40);
- extinção do direito a proventos integrais, na medida que, ao instituir o regime previdenciário próprio do servidor, cada ente da federação terá que definir a remuneração sobre a qual incidirá a contribuição, que será o parâmetro para o cálculo dos proventos.

Modalidades de aposentadoria

Quanto à aposentadoria dos servidores titulares de cargos efetivos, são previstas as seguintes modalidades:

I. aposentadoria por invalidez permanente, que incorre na percepção de proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei;

II. aposentadoria compulsória, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III. aposentadoria voluntária, condicionada a dez anos, no mínimo, de efetivo exercício no serviço público, cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observados, ainda os seguintes requisitos:

a) 60 anos de idade e 35 anos de contribuição, se homem, e 55 anos de idade e 30 anos de contribuição, se mulher;

b) 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

Os requisitos de idade e tempo de contribuição serão reduzidos em cinco anos, no caso do item supra, para o professor que tenha tempo exclusivamente de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio (parágrafo 5º do artigo 40, na redação da Emenda Constitucional 20/98).

Aos Ministros e os Conselheiros dos Tribunais de Contas, aos Magistrados e aos integrantes do Ministério Público aplicam-se as regras do artigo 40 da CF/88.

Responsabilidade do servidor

O servidor público, no exercício de suas funções, sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa. O artigo 121 da Lei 8.112/90, não destoa das noções doutrinárias ao prescrever que o “servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.”

Em razão da independência das funções, o artigo 125 da Lei 8.112/90 dispõe que *as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se entre si*.

Em interpretação convergente o Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança n. 21.708-DF, Pleno, Rel. p/ acórdão o Min. Maurício Corrêa, julgamento em 09/11/2000) assentou que a Administração pode aplicar a pena de demissão em processo disciplinar, ainda que em curso a ação penal a que responde pelo mesmo fato.

Responsabilidade civil

A primeira esfera de responsabilidade decorre do disposto no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, fundamentada no princípio basilar de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo.

O ilícito civil se configura na presença de dano, de ação ou omissão jurídica, da culpa ou dolo, o nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano.

A responsabilidade civil do servidor não é objetiva, e para isso há que se comprovar que o servidor agiu com culpa civil, ou seja, por meio de comportamento doloso ou culposos, apurado em processo administrativo, informado pelo direito ao contraditório e ampla defesa, conforme o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

As leis estatutárias, em geral estabelecem os critérios para ressarcimento dos prejuízos apurados, por meio do desconto da remuneração do servidor faltante, circunscrevendo limites mensais para estes descontos.

Para o servidor celetista este *desconto só é possível se com ele o servidor concordar*, de acordo com artigo 466, parágrafo 1º da Consolidação das Leis do Trabalho, que também autoriza este desconto no caso de comprovado dolo do empregado.

O Supremo Tribunal Federal deliberou, neste sentido, vedando a auto-executoriedade administrativa impositiva do desconto, no mandado de Segurança n. 24.182-DF, de 2004.

Quando se trata de danos causados a terceiros, é aplicável o disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, em decorrência do qual o Estado responde objetivamente de culpa ou dolo.

Responsabilidade penal

Neste campo a responsabilidade decorre da conduta tipificada pelo Código Penal como ilícito penal, de competência do Poder Judiciário. Para fins criminais o conceito de servidor público é ampliado para alcançar a noção de agente público, conforme o artigo 327 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.983, de 13/07/2000.

Os crimes praticados contra a Administração Pública estão previstos nos artigos 312 a 326 do Código Penal, cuja tipificação suscita comportamento culposos ou dolosos, daí descartando-se a responsabilidade objetiva.

De acordo com o artigo 229, da Lei 8.112/90 é assegurado o auxílio-reclusão à família do servidor ativo, nos seguintes valores: dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão em flagrante ou preventiva, determinada pela autoridade competente, enquanto perdurar a prisão; metade da remuneração, durante o afastamento, em virtude da condenação, por sentença definitiva, a pena que não determine a perda do cargo.

Responsabilidade administrativa

É a responsabilidade atribuída em razão da prática de ilícito administrativo, que pode configurar-se por conduta comissiva ou omissiva, prevista pela lei estatutária. Os estatutos dos funcionários públicos estabelecem uma série de deveres e vedações e o ilícito administrativo vai configurar-se exatamente quando tais deveres e vedações são desacatados.

Os meios de apuração, resguardados o contraditório e a ampla defesa requeridos pelo artigo 5º, inciso LV, da Carta Federal, são os sumários, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, e o processo administrativo disciplinar, denominado de **inquérito administrativo**.

Comprovada a infração, o servidor fica sujeito às penas disciplinares.

A Lei 8.112/90 enumera os deveres do servidor no artigo 116 e as proibições no artigo 117, seguidas das penalidades inscritas no artigo 127.

denominação imprópria, diz Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2006, p. 496).

Este último artigo enumera as penas passíveis de aplicação: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão e destituição de função comissionada.

Entre as medidas preventivas que podem ser adotadas pela Administração Pública, quando da apuração do ilícito administrativo, incluem-se o afastamento preventivo do servidor por prorrogáveis 60 dias, previsto pelo artigo 147 da Lei 8.112/90 e ainda, o seqüestro e perdimento de bens, na forma do Decreto-Lei 3.240/41(Código Penal) e Lei 8.429, de 02/06/92 (artigos 16 a 18).

Chegamos ao final desta unidade, onde você, estudante, teve a oportunidade de conhecer, ou rever, um pouco sobre os agentes públicos e suas funções de acordo com a Legislação Brasileira. Sugerimos que você visite os sítios sugeridos, onde encontrará a íntegra das leis em questão. Caso tenha dúvida em algum dos itens discutidos, volte e releia. Busque também auxílio junto ao Sistema de Acompanhamento.

RESUMO

Os temas tratados nesta Unidade proporcionam ao administrador um conhecimento detalhado das regras que viabilizam a gestão da organização pública. A atuação do administrador na área pública é um espaço importante no mercado de trabalho e muitas atividades públicas são exclusivas destes bacharéis. De outro lado, atuando na iniciativa privada, o administrador que conhecer as regras de funcionamento do serviço público adquire uma vantagem competitiva em termos de conhecimentos. Esta Unidade enfoca com prioridade questões como o regime jurídico dos agentes, os cargos, as funções públicas e suas

condições de acesso, a questão remuneratória, os direitos, deveres e garantias e por fim as responsabilidades dos agentes públicos.

Atividades de aprendizagem

1. Consulte o *site* do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) e selecione cinco decisões recentes que tenham como objeto “estabilidade” do servidor público e cinco decisões sobre “concurso público”. Comente a tendência majoritária da jurisprudência, ou seja, qual o entendimento que prevalece na decisão dos magistrados.

2. Pesquise na Internet e selecione cinco editais de concursos públicos, federais, estaduais ou municipais, de qualquer dos poderes, que ofereçam vagas para Administrador. Anote a remuneração inicial, as vantagens e compare com a remuneração paga a um administrador inicial de uma empresa privada. Comente o resultado a que chegar.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo:Saraiva, 1999.

BRASIL.Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2006.

_____.Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br/jurisprudencia>.Acesso em: 28.nov.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2006.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <www.tst.gov.br> Acesso em: 20 dez. 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DALLARI, Adilson de Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MADEIRA, José Maria Pinho. **Servidor público na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

UNIDADE

3

Ato Administrativo

Objetivo

Nesta Unidade você vai conhecer os atos praticados pelos agentes públicos e verá que cada um deles tem uma função específica. Cabe ao administrador praticá-los de acordo com o que a Lei estabelece, sem ferir o princípio da legalidade e levando em conta o interesse público.

Os atos que movimentam a Administração Pública

Caro estudante, estamos iniciando nova Unidade, aqui, como você viu no objetivo, trataremos dos atos praticados pelos agentes públicos e de suas funções específicas. Leia com atenção e não deixe de buscar auxílio para as suas possíveis dúvidas.

A doutrina encontra dificuldade em estabelecer uma definição universal de ato administrativo, respeitando os seus traços mais comuns, com o objetivo de acentuar-lhe os aspectos jurídicos. Di Pietro (2006, p. 184), historia a respeito da origem da expressão *ato administrativo*:

“Embora não se saiba exatamente em que momento a expressão foi utilizada pela primeira vez, o certo é que o primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública em geral, foi a Lei de 16/24-8-1790, que vedava aos Tribunais conhecerem de ‘operações dos corpos administrativos’. Depois, a mesma proibição constou da Lei 3-9-1795, onde se proibiu ‘aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie’.”

Dois critérios merecem maior preocupação nesta definição:

- o **subjeto**, do ponto de vista do órgão que pratica o ato e;
- o **objetivo**, que revela o tipo de atividade exercida.

Neste mister, Medauar (2005, p. 155), conceitua ato administrativo como “um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações com observância da legalidade.”

Por outro lado, observa-se que são vários os critérios conhecidos para a classificação dos atos administrativos. Na verdade, estas

ordenações dos atos administrativos, conforme os seus efeitos (constitutivo, declaratório ou enunciativo), de acordo com o grau de liberdade para a sua prática (se vinculados – à lei ou discricionários, mais presente a prerrogativa de escolha do administrador na sua prática) ou, ainda, quanto a suas prerrogativas (atos de império ou de gestão) têm em comum o fim último de metodizar, no entender de Lopes Meirelles(1990), e reforçar a sua compreensão no ordenamento jurídico.

Levando em conta esses fatos e a diversidade de critérios utilizados, acolhe-se para o presente estudo a linha adotada por Medauar (2005), oferecendo-se alguns matizes das tipologias ou principais conceitos, sem necessariamente, agrupá-los em classes ou grupos.

Elementos do ato administrativo

Alguns autores utilizam a expressão *elementos* do ato administrativo, outros utilizam, para o mesmo fim, a expressão *requisitos* ou, ainda, *pressupostos*. Os elementos ou requisitos do ato administrativo, considerados para o presente trabalho são os impostos pelo artigo 2º da Lei 4.717, de 29/06/1965, a **lei de Ação Popular**.

[Lei 4.717/65 que regula a ação popular, disponível em http://www.prr5.mpf.gov.br/acessibilidade/institucional/lei4717.shtml](http://www.prr5.mpf.gov.br/acessibilidade/institucional/lei4717.shtml)

[Lei 9.874/99 disponível em http://www.cultura.gov.br/legislacao/leis/index.php?p=40&more=1&c=1&tb=1&pb=1](http://www.cultura.gov.br/legislacao/leis/index.php?p=40&more=1&c=1&tb=1&pb=1)

Posto isto, anote-se que também a doutrina tem convergido, em expressivo número, ao elencar os cinco elementos prescritos pela referida lei: agente competente, objeto, forma, motivo e finalidade.

- **Agente competente:** em sede de direito público, as funções legalmente atribuídas a cada órgão ou autoridade recebem o nome de competência. Entre as principais características da competência afigura-se a proibição de derrogar ou prorrogar regra jurídica abolida ou alterada parcialmente. A competência pode ser definida em razão da matéria, do lugar e do tempo.

A **Lei 9.874**, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece, por meio do artigo 12, a delegação como regra decorrente da própria hierarquia.

Na ausência de impedimento legal, o agente pode transferir atribuições a outros agentes (delegação de competência) ou conchamar para si as atribuições de outros agentes (alocação). O artigo 103-B, parágrafo 4., III, da Carta Federal, introduzido pela EC 45/04, admite a possibilidade de avocação, pelo Conselho Nacional de Justiça, de processos disciplinares em curso, instaurados contra membros ou órgãos do Poder Judiciário.

- **Objeto:** de regra, objeto é considerado sinônimo de conteúdo do ato administrativo. Como no direito privado, das regras civilistas, o objeto deve ser lícito, possível, certo e moral.

Estes conceitos estão, sede de direito público, erigidos a mandamento constitucional, no *caput* do artigo 37, e traduzidos como os princípios da legalidade, da finalidade, da impessoalidade e da moralidade.

- **Forma:** embora o conceito ou respeito à forma do ato jurídico prescrito em lei tenha mais relevo para o direito público, estes vêm sendo atenuados, a exemplo do artigo 22 da referida Lei 9.784/99 que determina que os *atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente o exigir*.

- **Motivo:** quanto ao motivo, ensina Carvalho Filho (2006), que dúvida não subsiste do que é realmente obrigatório. Sem ele, o ato é **írrito*** e nulo. Inconcebível é aceitar-se o ato administrativo sem que se tenha delineado determinada situação de fato.

No que concerne à motivação, a exposição desses motivos, ainda discute-se se esta é ou não obrigatória. Se para o citado publicista a motivação não existe como regra, para Di Pietro (2006), esta é necessária como garantia de legalidade e como importante instrumento de controle.

A Lei 9.784/99, já abordada, em posição mediadora, por meio de seu artigo 2º, arrola a motivação como princípio, ao mesmo tempo em que elenca as hipóteses em que a motivação é obrigatória.

GLOSSÁRIO

***Írrito** – Do latim *irritu*, inútil, sem efeito. Diz-se da cláusula nula, sem efeito, de um Contrato.

- **Finalidade:** é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Em sentido amplo a finalidade do ato corresponde à consecução do interesse público, enraizando-se ao princípio da impessoalidade.

Por sua vez, Moreira Neto (2002), correlaciona que a atividade da Administração Pública será legítima se obedecer à destinação estritamente disposta pela lei que define um determinado interesse público específico a ser por ela satisfeito, outorgando a correlativa competência à entidade, órgão ou agente público para o seu atendimento.

Em outras palavras, que a lei vincula à competência do agente a finalidade a ser por ele alcançada.

Características do ato administrativo

O professor Moreira Neto (2002), ao elencar oito características definidoras do ato administrativo, lembra que a maior parte destas foi desenvolvida por Meirelles (1990), para quem são atributos distintivos do ato administrativo a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade.

- **presunção de legitimidade:** é *juris tantum*, pode ceder à prova em contrário; característica decorrente da soberania do Estado, assim se manifesta nas certidões, atestados, declarações ou informações dotados de fé pública.
- **imperatividade, ou coercibilidade:** fundamentada na supremacia do interesse público, faz com que certos atos administrativos tenham vigência obrigatória em relação aos seus destinatários, independente da respectiva **aquiescência***.
- **auto-executoriedade:** significa que a Administração Pública não precisa recorrer ao Poder Judiciário para executar suas decisões, característica mais presente no exercício do poder de polícia.

GLOSSÁRIO

***Aquiescência** – Ato de aquiescer, consentimento.
Fonte: Wikipédia

Discricionariedade e vinculação

Em algumas hipóteses a Lei não se ocupa de reger todos os aspectos de uma atividade administrativa, remanescendo uma certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, denominada de poder discricionário.

Nestes casos, este poder de escolha é informado pelos critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade.

Diferente dos atos discricionários, onde há uma margem de escolha, nos atos vinculados o seu exercício é circunscrito pela lei. Tal diferença informa, também, a atuação dos órgãos de controle.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) pronunciou-se no Recurso Especial n. 617444, em 2006:

É sabido que os atos discricionários autorizam certa margem de liberdade, porquanto a lei, ao regular a matéria, deixa um campo de apreciação ao administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, porque interdita a intervenção no mérito do ato administrativo.

Em mesmo sentido aquela Superior Corte de Justiça inscreveu, ainda, que é defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão do diploma legal (Recurso em Mandado de Segurança n. 18151 de 2004).

Alguns modos de formalização dos atos administrativos

Seguem comentados, conforme definições colhidas da doutrina citada nas referências desta Unidade, alguns modos de formalização dos atos administrativos:

- **Decreto:** é o ato administrativo de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, por meio do qual procede ao regulamento das leis. O artigo 84, IV, da Constituição Federal atribui ao Presidente da República para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei, disposição que se repete nas Constituições Estaduais e Municipais, atribuindo esta competência a Governadores e Prefeitos, respectivamente. O decreto também pode ser utilizado para expressar outras decisões, como decreto de nomeação ou que formaliza a permissão de uso de bem público;
- **Regimento:** destina-se a disciplinar o funcionamento de órgão colegiado, a exemplo dos Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais de Contas;
- **Resolução:** tem caráter normativo, atribuído a autoridades de alto escalão, com o objetivo de fixar normas sobre matérias de competência do órgão;

Certidão: é o ato que reproduz fielmente atos ou fatos da administração registrados em processos arquivos ou demais documentos públicos.

Os atos administrativos podem ser expressos, ainda, em portarias, para fins diversos, circulares ou ordens de serviço, que ostentam ordens ou diretrizes, comunicados, instruções, homologações, despachos e também alvarás, que expressam o consentimento da administração para a prática de certos atos por particulares.

Alguns meios de desfazimento dos atos administrativos

A definição mais importante em sede de anulação dos atos administrativos, para o ordenamento jurídico brasileiro, colhe-se da Súmula 473, de 1943, do Supremo Tribunal Federal:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressaltada, em todo o caso, a apreciação judicial.

A decisão de 1943, presente, desde então, em todos os tratados de Direito Administrativo, faculta à administração a anulação de seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, por ofício ou por provocação.

Também o artigo 49, parágrafo 3º da Lei 8.666/93, prevê a instauração do contraditório quando do desfazimento do processo licitatório.

Quanto à prescrição, é posição não unânime na doutrina a sua respectiva incidência em relação aos atos inválidos.

Meirelles (1990), evoca noções de segurança e estabilidade jurídica para alicerçar a sua defesa da prescritibilidade do prazo para a Administração Pública corrigir os seus próprios atos. Di Pietro (2006), reconhecendo que a matéria é controversa, alinha-se a esta posição propugnando pelo prazo quinquenal do Decreto 20.910/32, no silêncio da lei, e em se tratando de direitos reais são comináveis os prazos previstos pelo Código Civil Brasileiro.

Na esfera federal, o artigo 54 da Lei 9.784/99, assenta o prazo de cinco anos para a revisão de atos dos quais *decorram efeitos favoráveis para os destinatários*.

São também relevantes as hipóteses para que o vício que atinge o ato administrativo seja considerado de ordem sanável ou convalidável.

O artigo 55 da Lei 9.784/99, já mencionada, estabelece que 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.

A respeitada **tratadista***, em mesmo espaço, ocupa-se de apontar os atos eivados de ilegalidade que não podem ser convalidados: os viciados por incompetência em razão da matéria, em se tratando de competência exclusiva ou, ainda, quando se tratar de desvio de finalidade.

GLOSSÁRIO

***Tratadista** – pessoa que escreve tratados sobre assunto científico. Fonte: Dicionário on-line King Host

Quanto à revogação, como esta prerrogativa se fundamenta em razões de mérito, de ordem discricionária, descabe, por óbvio, ao Poder Judiciário editá-la.

Este poder de revogação merece duas características precípuas. A primeira cinge-se ao fato de que, se o ato revogado já incorreu em direitos, cabe indenização pelos danos causados.

Por último, é de se perceber que o ato de revogação opera *ex nunc*, é irretroativo. De acordo com Bandeira de Mello (2006), o quadro 1 apresenta as principais diferenças entre revogação e invalidação dos atos administrativos:

	Sujeito	Motivo	Efeitos
Revogação	Administração	Inconveniência ou inoportunidade	<i>Ex-nunc</i> (não retroage)
Invalidação	Administração Judiciário	Ilegitimidade ou Ilegalidade	<i>Ex-tunc</i> (Retroage)

Quadro 1: Diferenças entre revogação e invalidação dos atos administrativos.

Fonte: BANDEIRA DE MELO (2006)

Assim, é que ao ato que falta a conveniência e a oportunidade deve ser revogado pela própria Administração Pública, destacando-se que os efeitos por ele produzidos até a sua revogação são considerados válidos, ou seja, a revogação não retrocede. Já o ato administrativo que contém alguma ilegalidade deve ser invalidado, ou pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário. Neste caso o ato é fulminado desde a sua edição, e a invalidação produz efeitos retroativos.

Chegamos ao final desta Unidade certos de que você, estudante, compreendeu como se dá o ato administrativo dentro de suas especificidades. Novamente chamamos a atenção para um aspecto importante: caso tenha dúvidas procure esclarecê-las antes de prosseguir.

Não esqueça, você não está sozinho, estamos com você construindo conhecimento.

RESUMO

Nesta Unidade você viu que os atos administrativos são aqueles praticados por agentes competentes para o cumprimento de alguma finalidade pública. Os atos seguem a forma prevista na lei e devem ser motivados e justificados. Em determinados momentos a lei oferece ao administrador mais de uma opção e neste caso se diz que o ato praticado é discricionário. A exoneração de um servidor em cargo de confiança é um ato discricionário. Já quando a lei obriga a um comportamento único, se diz que o ato é vinculado. A aposentadoria compulsória aos setenta anos, por exemplo, obriga o departamento de recursos humanos a providenciar o desligamento do funcionário. Quando faltar ao ato oportunidade e conveniência, a própria administração pode revogá-lo, mas quando o ato administrativo é ilegal a administração tem o dever de anulá-lo, sob pena de fazê-lo por decisão judicial.

Atividades de aprendizagem

1. Faça uma pesquisa e selecione um ato administrativo de cada uma das seguintes espécies: homologação, autorização, permissão e parecer. Localize e descreva, em cada um dos atos, os seguintes elementos: sujeito, objeto, forma, finalidade, motivo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.gov.br> . Acesso em: 30 nov.2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

UNIDADE

4

**Administração Direta e
Indireta, Entidades
Paraestatais e Terceiro Setor**

Objetivo

Nesta Unidade você vai ver como os atos administrativos, praticados pelos agentes públicos, possibilitam à Administração Pública a realização de suas políticas e finalidades.

Estas atribuições estão a cargo dos órgãos da administração e dos entes públicos que compõem a estrutura administrativa do Estado. Para melhor desenvolver suas atividades, o Estado se descentraliza ou se desconcentra, ou ainda realiza atividades em conjunto com entidades de direito privado, com ou sem fins lucrativos, neste último caso ligadas ao terceiro setor.

Organização da Administração pública

Caro estudante, estamos iniciando nova Unidade com um tema de grande importância para você como futuro administrador. Trataremos da administração direta e indireta, das entidades paraestatais e do terceiro setor.

Leia com calma e atenção, anote suas dúvidas, visite os sítios sugeridos e busque orientações junto ao Sistema de Acompanhamento, caso julgue necessário. Estaremos sempre à sua disposição.

Os conceitos da locução “administração pública”, colhidos da Doutrina Administrativista Brasileira, reconhecem dois sentidos basilares para a expressão: designa a atividade e é designativa do ente que exerce essa gestão. Com esses dois sentidos a Constituição Federal usa, no art. 37, a locução Administração Pública, conforme ensina José Afonso da Silva (1999, p. 635), ao asseverar:

Como conjunto orgânico, ao falar em Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência da licitação e os de organização do pessoal administrativo.

É digna de nota a preocupação de Hely Lopes Meirelles (1990), de resguardar a distinção entre governo e administração. Comparativamente, pode-se dizer que governo é a atividade discricionária e política, enquanto a administração é a atividade neutra, instrumental, normalmente vinculada à lei e à norma técnica.

O artigo 18 da Constituição vigente indica, expressamente, no que se refere à organização político-administrativa, que na República brasileira compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos.

Decreto 200/67 que dispõe sobre organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa. Disponível em <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/24/1967/200.htm>

Medauar(2005), concentra-se mais na realidade fática da dificuldade em separar as suas fronteiras, na medida em que, coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação de ambas.

Pelo critério federativo enunciado pela Carta Federal, existem as Administrações Públicas Federal, Estadual e Municipal. As expressões Administração Direta e Indireta foram consolidadas no ordenamento brasileiro pelo artigo 4º do Decreto 200/67, conhecido como o Diploma da Reforma Administrativa.

O significado de Administração Direta e Administração Indireta será de mais fácil compreensão, diz Medauar (2005), a partir de quatro noções: desconcentração administrativa, órgãos públicos, hierarquia administrativa e descentralização, a serem examinadas nos próximos itens, antes do estudo mais aprofundado da Administração Direta e Indireta.

Administração Direta

Conforme o inciso I do artigo 4º, do Decreto-Lei 200/67, a Administração Direta Federal se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

Para os demais entes da federação, entende Medauar (2005), *Administração Direta* é o conjunto dos órgãos integrados na estrutura da chefia do Executivo (Gabinete do Presidente da República, do Governador e do Prefeito Municipal) e na estrutura dos órgãos auxiliares (Ministério, Secretaria de Estado e Secretaria Municipal)

A estrutura básica da Administração Direta Federal está consolidada nos artigos 76, artigo 84, inciso II e 87, parágrafo único, inciso I, todos da Constituição Federal e regulada na Lei 10.683, de 28/05/2003, que se ocupa, notadamente da organização da Presidência e dos Ministérios (com as modificações introduzidas pela Lei 19869, de 13/05/2004, e ulteriormente pelas Leis 11.036, de 22/12/2004, e 11.204, de 05/12/2005).

Aprofundando um pouco acerca do desempenho dessa atividade centralizada, Carvalho Filho (2006), orienta que há certas funções que, por sua relevância, encontram disposição específica no texto constitucional, como o artigo 37, XXII, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional 42/03, que considerou as administrações tributárias dos entes federativos como atividades essenciais ao funcionamento do Estado, devendo ser exercidas por servidores de carreira. Já Gasparini (2005), preleciona que se denomina de desconcentração a distribuição interna de competências e serviços pela administração centralizada.

No âmbito da União, a direção superior da administração federal é exercida pelo Presidente da República, com o auxílio de seus Ministros (artigo 84, II, da Constituição Federal), de seu assessoramento imediato (Assessoria Especial e Advocacia-Geral da União) e dos órgãos consultivos (Conselho da República e Conselho de Defesa Nacional).

Quanto aos Estados, como consequência direta do regime federativo, o artigo 25 da Constituição Federal remete às Constituições Estaduais a organização de sua respectiva estrutura básica e leis que adotarem.

Os Estados-membros da Federação Brasileira demandam esquema similar ao da Administração Federal, o Chefe do Poder Executivo, o Governador e seus auxiliares, os Secretários de Estado. De modo geral, as Constituições Estaduais estabelecem as normas fundamentais, para relegar à legislação infra-constitucional a regulamentação das especificidades de constituição e funcionamento de sua estrutura.

A Administração Municipal também é dotada de autonomia, conforme o artigo 29 da Constituição Federal. O chefe do Poder Executivo Municipal, o Prefeito, submete-se aos preceitos organizativos inscritos na Constituição Estadual e em sua respectiva Lei Orgânica.

O Distrito Federal, onde se situa Brasília, é ente federativo que sedia a Capital do Brasil e, de acordo com as diretrizes impostas pelo artigo 32 da Constituição Federal, é regido por Lei Orgânica votada pela Assembléia Legislativa Distrital. O Poder Executivo é exercido pelo Governador e os seus auxiliares diretos são os Secretários. O Distrito Federal não poderá ser dividido em Municí-

Não pode ser confundida com a descentralização, que se identifica, no saber de Diógenes Gasparini, quando a prestação de serviços públicos é atribuída a uma interposta pessoa jurídica, esta privada, pública ou governamental, que o executa e explora.

pios e a ele são conferidas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.

Administração Indireta

A Administração Indireta é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada. As pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta guardam, entre si, três pontos em comum:

- criação por lei específica,
- personalidade jurídica,
- patrimônio próprio.

Na acepção empregada na Constituição Federal a expressão Administração Indireta é percebida em seu sentido subjetivo, ou seja, para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico.

Neste ponto é útil a distinção oferecida por Meirelles (1990), entre desconcentração e a descentralização; no primeiro caso, a execução dos serviços públicos é direta e imediata e ocorre a repartição de funções entre os vários órgãos (despersonalizados) de uma mesma administração, sem a quebra de hierarquia, mas a descentralização, por seu turno, pressupõe a execução dos serviços públicos de forma indireta e mediata e a existência de uma pessoa distinta do Estado, investida dos poderes necessários da administração.

Di Pietro (2006), sublinha que só existe descentralização quando o Poder Público transfere um serviço que lhe é próprio a outra entidade com personalidade jurídica.

Para que se configure essa forma de prestação de serviço público devem estar presentes as seguintes características:

- que a atividade seja serviço público;
- que a transferência recaia sobre a titularidade e a execução da atividade ou somente sobre a execução. Em cada esfera de governo (federal, estadual, distrital e municipal) podem ser encontradas entidades públicas (autarquias e fundações públicas) governamentais (sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações privadas) e privadas (empresas mercantis e industriais), atuando como autorizatárias, permissionárias e concessionárias de serviços públicos.

De acordo com o artigo 4º, II, do Decreto-Lei 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes entidades:

- autarquias;
- empresas públicas;
- sociedades de economia mista e;
- **fundações públicas.**

O parágrafo único estabelece que as entidades que compõem a Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade, o que pode se repetir em nível estadual e municipal em relação aos seus auxiliares diretos.

Na acepção do artigo 19, do Decreto-Lei 200/67, este vínculo ou controle administrativo sobre a entidade da Administração Indireta é denominado de supervisão ministerial.

Estas entidades estão, também, sujeitas ao controle parlamentar, conforme o artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, e à fiscalização financeira, contábil, orçamentária, e patrimonial exercida pelos Tribunais de Contas, de acordo com o artigo 70 e 71, da Carta Federal.

Pela dicção do artigo 37, inciso XIX, somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pú-

As fundações públicas foram incluídas no elenco da administração indireta por meio da Lei n. 7.596, de 10/04/1987.

blica, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

O aludido inciso XIX do artigo 37 também assinala que cabe à lei complementar a definição das áreas de atuação da empresa pública, sociedade de economia mista e fundação, cuja instituição foi permitida por lei específica.

Em mesma linha, o inciso XX do artigo 37 da Constituição Federal, determina que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

No entanto, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 1.649-1, julgada em 2006 no Supremo Tribunal Federal, obliquamente limita a aplicabilidade do referido dispositivo constitucional ao firmar o entendimento de que é dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora (BRASI, 2004)

Por derradeiro, a todas entidades da Administração Indireta da Federação, a despeito de sua natureza jurídica, aplicam-se os princípios constitucionais inscritos no *caput* do artigo 37.

A par do que já foi antes firmado, os dispositivos da Lei 8.429/92 são aplicáveis aos dirigentes, servidores e empregados que trabalham nos entes da Administração indireta. Neste mister, o Superior Tribunal de Justiça, julgando em 2006 o Recurso Especial n. 470.329 - DF (2002/0121448-6), assentou que o dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista (pessoas qualificadas de Direito Privado), ainda quando sejam elas meramente exploradoras de atividade econômica, também pode ser enquadrado como ‘autoridade’ no que concerne a atos expedidos para cumprimentos de normas de Direito Público.

Sobre as relações entre a descentralização e a desoneração das funções estatais, o constitucionalista Luiz Roberto Barroso (1998), já ofereceu a seguinte reflexão:

O mundo moderno convive com muita dificuldade com a prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado, pois a

estrutura deste tornou-se pesada, e, portanto, classicamente, outorga-se à sua Administração Direta determinados serviços cuja descentralização seria inviável ou extremamente difícil (v.g., justiça, segurança), e os outros serviços públicos são prestados basicamente por um dos dois mecanismos: ou o Estado, mediante lei, cria uma empresa por ele controlada e outorga o serviço público a essa empresa, sendo esse o modelo clássico da delegação desses serviços à administração indireta, no qual teremos as autarquias, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações. Este é o modelo em cheque, adotado amplamente no Brasil, e que hoje é o modelo criticado. Ou pode, ainda, em lugar de constituir uma empresa por ele controlada, com personalidade própria para explorar os serviços, delegar esse serviço ao setor privado, mediante – e há legislação recente específica (Lei nº 8.987/95) – concessão ou permissão. Diga-se de passagem, concessão e permissão não são invenções recentes da legislação. São institutos clássicos do Direito Público mundial, já praticado no Brasil, e que apenas teve um novo perfil delineado na legislação editada em 1995.

Saiba mais...

- Lei 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em 10 out. 2006.

Autarquia

Foram os doutrinadores italianos Guido Zanobini e Renato Alessi (*Apud* DI PIETRO, 2006), que desenvolveram o conceito de autarquia como entidade da Administração Indireta (descentralização administrativa por serviço), que exerce serviço determinado, com as mesmas características e os mesmos efeitos da atividade administrativa do Estado. Este termo foi usado pela primeira vez pelo italiano Santi Roma-

no, em 1897. Para Romano (*Apud* MEDAUAR, 2005) a autarquia, “é uma forma específica de capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de administrar por si seus próprios interesses, embora estes se refiram também ao Estado.”

No Brasil, o primeiro conceito legal de autarquia foi dado pelo Decreto-Lei 6.016, de 22/11/1943, e atualmente seu conceito legal consta do artigo 5º, inciso I, Decreto Lei 200 de 1967, assim conceituado:

O serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica de direito público, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da administração pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

As autarquias são dotadas de personalidade jurídica própria, portanto são sujeitos de direitos e encargos, no mundo jurídico, a par do que dispõe o artigo 41, inciso IV, do Código Civil. A personalidade da autarquia, por ser de direito público, nasce com a vigência da lei que a instituiu, sem a necessidade de registro. De outro lado, sendo de direito público, está submetida ao regime jurídico de direito público, sobretudo quanto à realização de concurso público precedente às contratações de pessoal, à proibição de acumulação de cargos públicos e à obrigatoriedade de licitação.

Quanto aos impostos, vigora, também, para as autarquias a **imunidade recíproca de impostos**, admitida pelo artigo 150, VI, a, da Constituição Federal, mas circunscritos aos bens, rendas e serviços vinculados às suas finalidades essenciais ou dela decorrentes, ex vi, parágrafo 2 do mesmo artigo.

Outro ponto a se considerar a respeito das autarquias é o atinente aos seus procedimentos financeiros que estão sujeitos, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), às normas prescritas pela Lei 4.320/64 (Lei geral da Contabilidade), impositiva para todas as unidades da federação e pela Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Com exemplos atuais de autarquias, pode-se citar o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), o Banco Central e as Univer-

A Constituição de 1988 veda aos entes tributantes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) instituir impostos sobre o patrimônio, rendas e serviços, uns dos outros. Esta regra é conhecida como “imunidade recíproca”

Veja indicações das referidas leis no Saiba mais.

sidades públicas federais, com exceção da Universidade de Brasília (UnB), que adotou o regime fundacional.

Saiba mais...

■ Lei 4.320/64 que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em: 13 nov. 2006.

■ Lei Complementar 101/00 que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/LCP/Lcp101.htm>>. Acesso em: 13 nov. 2006.

Autarquias Especiais

Algumas leis, ao instituírem uma entidade autárquica, têm feito uso da denominação *autarquia de regime especial*, inexistindo diploma legal que defina genericamente o que seja este regime especial.

São exemplos de autarquias especiais: O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), as agências reguladoras, como as de energia elétrica (ANEEL) e de telecomunicações (ANATEL) ou ainda Universidades como a de São Paulo (USP) ou de Campinas (Unicamp).

Agências reguladoras

No direito brasileiro, anota Di Pietro (2006), existem, há muito, entidades com a função reguladora e fiscalizadora, voltadas à produção, ao comércio, a exemplo do Comissariado do Café (1918), o Instituto de Defesa Permanente do Café (1923), o Instituto do Açúcar e do Alcool (1933), o Instituto Nacional do Mate (1938), o Instituto Nacional do Pinho (1941) e, ainda, o Banco Central (BC), o Conselho Monetário Nacional (CMN), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O Ministro Carlos Veloso, ao relatar a referida ADIN, julgado-a prejudicada pelo advento de lei nova que revogou os dispositivos impugnados, assim escreveu: Portanto, como os dispositivos originalmente impugnados não mais existem no mundo jurídico, tem-se a perda de objeto do presente pedido de declaração de inconstitucionalidade, pois a ação direta visa à declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, logo o interesse de agir só existe se a lei estiver em vigor. Decisão monocrática de 07/12/2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

Acesso em: 21 nov.2006

Mas a partir de 1997 vêm sendo instituídos por lei, com esses poderes, os entes designados de agências reguladoras, no contexto do Plano Nacional de Desestatização, o PND. Por força dos artigos 21, inciso XI e do artigo 177, parágrafo 2º, III, todos da Constituição Federal, estas agências reguladoras foram criadas sob a forma de autarquias, sobrevivendo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei 9.427, de 26/12/1996 (alterada pela Lei 10.848, de 15/03/2004); a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pela Lei 9.472, de 16/07/1997; e a Agência Nacional de Petróleo (ANP), pela Lei 9.478, de 06/08/1997.

A gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras tem suas diretrizes fixadas na Lei 9.986, de 18/07/2000, que teve a sua eficácia suspensa por força da medida na [ADIN 2.310-1](#). A Lei 10.871, de 20/05/2004, alterou a referida Lei, sujeitando os servidores das Agências Reguladoras ao regime estatutário - Lei 8.112/90.

Agências Executivas

No tempo presente têm os doutrinadores se ocupado com a pauta de novos institutos jurídicos, como as Agências Reguladoras, antes comentadas, as Agências Executivas e as Organizações Sociais, concepções estas ligadas ao processo de desoneração das funções estatais, decorrentes do já aludido Plano Nacional de Desestatização.

Quanto às agências executivas, este *nomen juris* emergiu da edição da Lei 9.649, de 27/05/1998, que se ocupou da organização da Presidência da República e dos Ministérios, que tratou da matéria nos artigos 51 e 52. Gasparini (2005, p.328), com fundamento nesta legislação, conceitua a agência executiva como sendo

a autarquia ou a fundação governamental, assim qualificada por ato do Executivo, responsável pela execução de certo serviço público, livre de alguns controles e dotada de maiores privilégios que as assim não qualificadas, desde que celebre com a Administração Pública a que se vincula um contrato de gestão.

Exemplos destas Agências Executivas são o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, a Agência de Inteligência, a Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE (antes SUDENE) e a Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA (antiga SUDAM).

Fundações

As fundações instituídas pelo Poder Público são:

o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de auto-administração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei (DI PIETRO, 2006, p.416).

A partir dessa definição, são as seguintes as principais características a serem lembradas:

- dotação patrimonial, pública, semipública ou semiprivada;
- personalidade jurídica, pública ou privada, atribuída por lei;
- desempenho de atividade atribuída ao Estado no âmbito social, atinente à saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência social e tantas outras;
- capacidade de auto-administração;
- sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração Direta.
- todas as fundações governamentais, ainda que não integrando a Administração Pública, submetem-se ao regime do direito público, sobretudo no que concerne à Lei 8.666/93, às normas de Direito Financeiro, previstas pelos artigos 52, VII, 169 e 165, parágrafos 5º e 9º da Constituição Federal;

- é igualmente aplicável às Fundações a imunidade tributária de que trata o artigo 150, parágrafo 2º, da Constituição Federal.

[Lei 7.596/87 que altera dispositivos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, modificado pelo Decreto-lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, e pelo Decreto-lei nº 2.299, de 21 de novembro de 1986, e dá outras providências disponível em \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm\).](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm)

De resto, assinala Bandeira de Mello (2006), o Decreto 200, com as alterações produzidas pela [Lei 7.596, de 10/04/1987](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm), à menção de que tais pessoas adquiram personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, afastando expressamente aplicabilidade das demais disposições do Código Civil ao regime das fundações.

Alguns exemplos de fundação pública na esfera federal são a Fundação Instituto de Planejamento Econômico e Social (IPEA), Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre outros.

Empresa pública e sociedade de economia mista

Com a expressão *empresa estatal ou governamental*, Di Pietro (2006), intenta alcançar todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (artigos 37, inciso XVII, 71, II, 165, parágrafo 5º, II).

Os doutrinadores têm considerado que, embora figurem em categorias jurídicas diferentes, as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem ser estudadas em conjunto, em razão de suas características convergentes.

Seriam traços em comum destas duas entidades:

- criação e extinção autorizadas por lei;
- personalidade jurídica de direito privado;
- sujeição ao controle estatal;
- derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público;

- vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
- desempenho de atividade de natureza econômica.

Para Bandeira de Mello (2006), o conceito de *empresa pública* não se restringe à definição inscrita pelo artigo 5º, inciso II, do Decreto-lei n. 200/67, na medida em que se deve entender que empresa pública federal é a pessoa jurídica criada por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental, constituída sob quaisquer formas admitidas em Direito e cujo capital seja formado unicamente por recursos de pessoa de Direito Público Interno ou de pessoas de suas Administrações Indiretas, com predominância acionária residente na esfera federal.

Dentre as empresas públicas federais cita-se a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (EBCT) e a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO.

Já a *sociedade de economia mista* federal, há de ser entendida como a pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração Indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.

Dentre as sociedades de economia mista, na esfera federal, podem ser mencionadas o Banco do Brasil e a Petrobrás.

Entidades paraestatais (em colaboração)

Existem pessoas jurídicas outras que, embora não integrando a Administração Indireta, cooperam com o governo, prestam serviço de utilidade pública e se sujeitam ao controle direto ou indireto do poder Público. Medauar (2005), anota que é difícil classificar tais entes ou *conferir-lhes nome genérico*, e que alguns autores, como Carvalho

Filho (2006) preferem o termo *paraestatais* ao passo que outros usam *entes de cooperação*, a exemplo de Meirelles (1990).

Ordens e Conselhos Profissionais

São as entidades encarregadas de administrar e fiscalizar as profissões regulamentadas por lei federal, geridas pelos representantes eleitos e, via de regra, estratificam-se em estrutura federal e estadual.

Tais organismos não integram a Administração Indireta e nem se sujeitam à tutela ou supervisão ministerial, a exemplo do que dispõe o artigo 44, parágrafo 1º do Estatuto da OAB - Lei 8.906/94: *A OAB não mantém com órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico.*

O Supremo Tribunal Federal – conforme se depreende do exame de mérito procedido do Mandado de Segurança 21.797-9, assentou, em definitivo, pela natureza autárquica dos conselhos de fiscalização profissional. No âmbito do Tribunal de Contas da União é pacífico o entendimento segundo o qual os conselhos de fiscalização profissional, em razão de sua natureza autárquica, estão obrigados a realizar concurso público para preenchimento de seus cargos funcionais. Nesse sentido, cita-se os Acórdãos nºs 138/2003, 156/2005 e 616/2005, da 2ª Câmara, e os Acórdãos nºs 307/2003, 628/2003, 1.281/2003 e 1.242/2005 e 1.841/2005.

Fundações de apoio

As fundações de apoio devem ser denominadas, de forma mais completa de, **fundações de apoio a instituições oficiais de ensino superior**. Estes entes, dotados de personalidade jurídica privada, regidos pelo Código Civil, têm o escopo de declarado de colaborar com as instituições oficiais de ensino e pesquisa. As fundações de apoio vêm se formando de dois modos: por pessoas físicas (professores, pesquisadores universitários, ex-alunos) ou pelas próprias instituições de ensino superior (isoladamente ou em conjunto com pessoas físicas).

No âmbito federal, a Lei 8.958, de 20.12.1994 ordenou as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa

científica e tecnológica e as fundações de apoio. Relações estas que foram regulamentadas pelo [Decreto Federal 5205/04](#).

De acordo com a lei acima referida essas fundações de apoio podem ser contratadas por aquelas instituições federais e sujeitam-se: à fiscalização do Ministério Público, nos termos do Código Civil e do Código de Processo Civil; à legislação trabalhista; ao prévio registro e credenciamento no Ministério da Educação e no Ministério da Ciência e Tecnologia (art. 2º, incs. I, II e III).

Na execução de convênios, contratos, acordos, ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos, as fundações contratadas na forma dessa Lei devem observar a legislação federal de licitações e contratos quanto a obras, compras e serviços e submeter-se à fiscalização, na execução dos contratos, pelo Tribunal de Contas da União. Exemplos de fundações de apoio em São Paulo: Fundação Universitária para o Vestibular (Fuvest), Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE), Fundação Instituto de Administração (FIA) e Fundação para o Desenvolvimento Tecnológico da Engenharia (FDTE).

Conheça o Decreto Federal 5.205/04, que regulamenta a Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=239592>

Serviços sociais autônomos

Os serviços sociais autônomos são:

todos aqueles instituídos por lei, com personalidade jurídica privada, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. (MEIRELLES, 1990, p. 335).

Exemplos destes serviços, que não integram a Administração Indireta e nem a Direta, são o Serviço Social da Indústria (SESI), Serviço Social de Comércio (SESC), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI) e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC); estes têm as suas manutenções asseguradas por meio das contribuições de empresas, arrecadadas e repassadas pela Previdência Social. Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público, referente a serviços não exclusivos do Estado, portanto “a atuação estatal é de fomento e não de prestação de serviço público.” (DI PIETRO, 2006, p. 415).

Mas, ao receberem recursos públicos, estas entidades estarão sujeitas ao controle do Tribunal de Contas (Acórdão 619, de 2006), de acordo com o artigo 70 da Constituição Federal, e, ainda, subsumidas à observância dos princípios da licitação – a exemplo do que tem decidido aquela Corte de Contas da União – à exigência de processo seletivo, à prestação de contas, à equiparação de seus empregados aos servidores públicos para fins criminais (artigo 327 do Código Penal) e para fins de improbidade administrativa (Lei n. 8.429, de 02/06/1992).

O “terceiro setor” e o direito administrativo brasileiro

O termo Terceiro Setor foi cunhado por John D. Rockefeller III, nos Estados Unidos, em 1978, de acordo com os estudos de Carlos Montaño (2002). O professor Juarez Freitas (2004), diz que organizações do terceiro setor são, em sentido amplo, as organizações privadas sem finalidade lucrativa e voltadas a finalidades socialmente relevantes. Vieira (1997) também historia que nas últimas décadas emergiram no mundo movimentos populares ou novos movimentos sociais, com novas agendas políticas, que assumiram a forma de organizações não-governamentais e que, de acordo com os dados cotejados pelas Nações Unidas, têm beneficiado milhões de pessoas nos países em desenvolvimento.

Outro importante dado é o colacionado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 1.777, de 2005), na voz do então relator Marcos Vinícius Vilaça (BRASIL, 2005), que, ao defender o fortalecimento dos mecanismos de controle, anota que somente no ano de 2003 o Tesouro transferiu para instituições privadas quase 1,4 bilhão de reais e do total de Organizações Não-Governamentais(ONGs), *55% são mantidas, por vezes exclusivamente, com recursos públicos.*

Organizações sociais

Sobre o tema Justen Filho (1999), comenta que a condição jurídica de organização social é uma “qualificação” atribuída a certas pessoas jurídicas destituídas de fins lucrativos. Significa afirmar que é impossível atribuir a uma entidade a forma de “organização social”. Deverá adotar-se alguma das formas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Depois de constituída a entidade dotada de personalidade jurídica, poderá pleitear “qualificação” como “organização social”.

O Ministro Augusto Sherman Cavalcante, do Tribunal de Contas da União, ao atuar como relator do Acórdão 421/2004, lavra distinção entre organizações sociais e serviços sociais autônomos.

No caso das Organizações Sociais (OS), o Estado está delegando uma atividade sua, deixando de exercê-la; está extinguindo uma entidade pública para, em seu lugar, deixar nascer uma entidade privada. No caso dos Serviços Sociais Autônomos, surge uma entidade paraestatal, que vai funcionar paralelamente ao Estado; no caso das Organizações Sociais, há uma substituição de uma entidade pública, que vai desaparecer, por uma entidade privada (dita “pública não estatal”). Os Serviços Sociais Autônomos exercem atividades sociais não exclusivas do Estado, porém em colaboração com o Poder Público e sem perder o serviço, a natureza de atividade privada de interesse público.

As “Organizações Sociais” (OS), na condição de entes privados que exercem atividade de interesse público, agregam as seguintes características, com base na [Lei 9.637/98](#):

- não integram o núcleo estratégico;
- não exercem as “atividades exclusivas” (serviços que somente o Estado pode realizar, como por exemplo, segurança pública e justiça);
- suas atividades são desenvolvidas apenas nos campos da educação, meio ambiente, cultura e saúde;

[Lei 9.638/98 que cria Gratificação de Desempenho de Atividade de Ciência e Tecnologia - GDCT, e dá outras providências, disponível em <http://www.mct.gov.br/index.php/content/view/5138.html>](#)

- não podem prestar serviços ou produzir bens com objetivos mercantis;
- sua qualificação decorre de decreto emitido discricionariamente pelo Poder Executivo (artigo 1º);
- o conselho de administração é formado por representantes do Poder Público e da sociedade civil (art. 3º);
- as licitações serão definidas em regulamento próprio (art. 17);
- os recursos de fomento são oriundos do contrato de gestão (arts. 5º e 12), cuja execução deve ser fiscalizada pelo órgão público supervisor e Tribunal de Contas da União (TCU) (arts. 8º e 9º); a desqualificação exige como motivo o descumprimento ao contrato de gestão e deve ser precedida de processo administrativo (art. 16).

O descumprimento do contrato de gestão incorre na desqualificação da entidade, pelo Ministério supervisor, a exemplo do que já confirmou o Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança 10527 / DF - DF,1, de 2005.

Bandeira de Mello (2006, p. 223), ao comentar o inciso XXIV do art. 24 da Lei 8.666/93, que libera para licitação os contratos de prestação de serviços celebrados entre o Estado e as organizações sociais, manifesta-se nos seguintes termos:

Não se imagine que pelo fato de o art. 37, XXI, mencionar a obrigatoriedade de licitação, salvo nos casos previstos em lei, o legislador é livre para arredar tal dever sempre que lhe apraza. Se assim fosse, o princípio não teria envergadura constitucional. Não seria subordinante, pois sua expressão só se configuraria ao nível das normas subordinadas, caso em que o disposto no preceptivo referido não valeria coisa alguma. A ausência de licitação obviamente é uma exceção que só pode ter lugar nos casos em que razões de indiscutível tomo a justifiquem, até porque, como é óbvio, a ser de outra sorte, agravar-se-ia o referido princípio constitucional da isonomia.

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)

Um ano após a criação das Organizações Sociais, foi editada a Lei 9.790/99, mais tarde alterada pela Lei 10539/2002, que estabeleceu a chamada “Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (OSCIP), possibilitando a outorga de título a outra categoria de pessoas jurídicas do terceiro setor, com objeto social mais amplo que o anterior. Além disso, há um distanciamento maior do Estado, que não mais pode ceder servidores, tampouco participa da gestão interna da OSCIP.

A legislação da OSCIP prevê para tais entidades:

- ausência de fins lucrativos;
- finalidade explícita e socialmente útil;
- não-inclusão no rol das impedidas;
- previsão de normas quanto à estrutura, funcionamento e prestação de contas;
- aprovação pelo órgão público competente, vinculada e aberta, a pessoas que cumpram os requisitos legais;
- ausência da transferência de servidores públicos;
- possibilidade da celebração de “termos de parceria”, visando o atendimento de metas e prazos – preestabelecidos e fiscalizados –, com o dever de apresentar relatórios periódicos;
- não-participação do Poder Público em seus quadros diretivos;
- objeto social mais amplo do que aquele previsto para a OS (doze áreas de interesse da sociedade civil);
- ato de qualificação vinculado, emitido pelo Ministro da Justiça;

- licitação por regulamento próprio.

Por fim, quanto às dessemelhanças entre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e as Organizações Sociais, Gasparini (2005), considera que as OSCIPs não celebram contrato de gestão, mas termo de parceria, o Poder Público outorgante da qualificação não participa da sua direção ou administração, seus objetivos são mais amplos, não se destinam a substituir na prestação de certos serviços públicos.

Para Di Pietro (2006), nas primeiras (OS) o governo visa que estas assumam atividades até então desempenhadas pelo serviço público, exonerando o Estado destas obrigações e, nas segundas (OSCIP), o Estado não está abrindo mão de serviço público, mas apenas “fazendo parceria”.

Nesta unidade você conheceu ou revisou, caso já conhecesse, a função e a importância da Administração Direta e Indireta das Entidades paraestatais e do terceiro Setor. Esperamos ter contribuído com seu conhecimento. Sugerimos que você não deixe de consultar os sítios recomendados e também não prossiga seus estudos se esta Unidade não estiver totalmente compreendida. Se restar alguma dúvida solicite esclarecimento junto ao Sistema de acompanhamento.

RESUMO

Nesta Unidade estão dispostos os instrumentos da ação administrativa, seja ela realizada diretamente ou indiretamente. As ações governamentais que implicam atividade econômica, revestem-se de características jurídicas mais próximas as do mercado privado, enquanto que as ações públicas que implicam direitos fundamentais, como a educação e a saúde, reves-

tem-se de regras jurídicas que aproximam o Estado de entes e pessoas particulares colaboradoras.

Os temas são agrupados para permitir esta compreensão ampla de como funciona a máquina administrativa brasileira, como ela se submete à legislação e, por fim, como são julgadas suas ações. Neste sentido é necessário aprofundar o estudo sobre este temário de direito administrativo: administração direta e administração indireta, autarquia, autarquias especiais, agências reguladoras, agências executivas, fundações, empresa pública e sociedade de economia mista, entidades paraestatais (em colaboração), ordens e conselhos profissionais, fundações de apoio, serviços sociais autônomos, terceiro setor e organizações sociais.

Atividades de aprendizagem

1. Resenhe em 30 linhas estes dois artigos, que tratam de temas pertinentes a esta quarta Unidade.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 27 jan. 2007.

WEISS, Fernando Lemme. A gratuidade nos transportes urbanos e o espaço público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 515, 4 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6001>>. Acesso em: 27 jan. 2007.

2. Leia o artigo abaixo: e trace um paralelo entre o tema tratado no artigo e o debate sobre financiamento de ONG que se dá no Congresso Nacional. Selecione notícias sobre o tema. Elabore uma sugestão que possa contribuir para a melhoria da competitividade nas entidades sem fins lucrativos e que possibilite ao Estado apresentar serviço de qualidade.

“Proposições em tramitação no Congresso Nacional”

Marco Legal do Terceiro Setor

ESTUDO Nº 203, DE 2006

Referente à STC nº 200604046, da PRESIDÊNCIA DO SENADO FEDERAL, sobre as proposições em tramitação no Congresso Nacional relativas ao marco legal do terceiro setor.

Proposições em Tramitação

A discussão do Congresso Nacional sobre o terceiro setor concentra-se na análise, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 3.877, de 2004, que “dispõe sobre o registro, fiscalização e controle das Organizações Não-Governamentais e dá outras providências”.

A proposição origina-se do Projeto de Lei do Senado nº 7, de 2003, da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre as ONGs. Determina que as ONGs prestem contas anualmente ao Ministério Público dos recursos recebidos, públicos ou privados. Além disso, cria, no Ministério da Justiça, o Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais, no qual todas as ONGs deverão ser inscritas. Restringe, ainda, o apoio financeiro governamental às ONGs que sejam qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), com exceção daquelas já registradas no Conselho Nacional de Assistência Social ou qualificadas como de Utilidade Pública, Organização Social ou Entidade de Apoio.

Encontram-se pensadas a este projeto outras cinco proposições, a saber:

- *Projeto de Lei nº 2.311, de 2004, da Comissão de Legislação Participativa, que “dispõe sobre a criação do Cadastro Nacional de Organizações Não Governamentais”;*

- *Projeto de Lei nº 3.841, de 2004, do Deputado José Santana de Vasconcelos, que “dispõe sobre as regras para registro de Organizações Não Governamentais – ONGs, estabelece normas para celebração de convênio entre aquelas e o Poder Público, e dá outras providências”;*
- *Projeto de Lei nº 3.982, de 2004, do Deputado Ivan Ranzolin, que “dispõe sobre a obrigatoriedade de cadastramento pelo Poder Executivo de organizações não governamentais estrangeiras que atuem ou pretendam atuar no Brasil e dá outras providências”;*
- *Projeto de Lei nº 4.259, de 2004, do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame, que “altera o Código Civil, para estender a fiscalização do Ministério Público às organizações não-governamentais que realizem parcerias com o Poder Público”;*
- *Projeto de Lei nº 4.574, de 2004, do Deputado Ronaldo Vasconcelos, que “torna possível às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público manter a qualificação obtida com base em diplomas legais diversos”.*

Os dois primeiros projetos instituem cadastro semelhante ao proposto no projeto principal. O terceiro veda a atuação de ONGs estrangeiras sem prévia autorização do Poder Executivo. O quarto estende a fiscalização do Ministério Público a todas as pessoas jurídicas que recebam recursos públicos. O último altera a Lei das OSCIPs, para permitir o acúmulo dessa qualificação com as decorrentes de outros diplomas legais.

A matéria foi distribuída às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público; Seguridade Social e Família; Finanças e Tributação; Constituição e Justiça e de Cidadania. Encontra-se atualmente na primeira comissão, onde foi designada relatora a Deputada Ann Pontes.

Outra proposição sobre o tema, em estágio mais avançado de tramitação, é o Projeto de Lei nº 90, de 1999, do Deputa-

do Alberto Fraga, que "estabelece as condições para o funcionamento das Organizações não Governamentais, nacionais e estrangeiras". O projeto condiciona o funcionamento das ONGs ao registro de seu regimento interno e estatuto no Ministério da Justiça e à apresentação mensal de um relatório completo de atividades.

Distribuída exclusivamente à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, a proposição foi por esta considerada inconstitucional e rejeitada no mérito. Há recurso ao Plenário contra essa decisão, ainda não apreciado.

A Comissão entendeu, com base em relatório do Deputado Roberto Magalhães, que o projeto viola o caput e os incisos XVII e XVIII do art. 5º da Constituição Federal, onde estão consagradas as liberdades de associação, a vedação à interferência estatal nas associações e o princípio da igualdade

No mérito, o relatório considerou que as ONGs já se encontram sujeitas às seguintes exigências legais:

- *registro no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas;*
- *inscrição junto ao Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) da Receita Federal;*
- *inscrição junto à Prefeitura onde se encontra sua sede;*
- *fiscalização do Ministério Público, no caso das fundações;*
- *aprovação dos atos constitutivos pelo Presidente da República, no caso de filiais de ONGs estrangeiras.*

Além disso, as ONGs prestam as seguintes informações a órgãos públicos:

- *DIPJ (Declaração de Informações da Pessoa Jurídica), à Receita Federal;*
- *RAIS (Relação Anual de Informações Sociais), ao Ministério do Trabalho;*

- *Alterações estatutárias e qualificação de dirigentes, ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.*

Avaliação das Proposições

As proposições analisadas não se propõem a fortalecer o terceiro setor. Visam à coibição de abusos e irregularidades na atuação das ONGs.

Nesse aspecto, consideramos adequada a exigência de qualificação como OSCIP das ONGs que venham a ser beneficiárias, diretas ou indiretas, de recursos públicos, a exemplo do que dispõe o Projeto de Lei nº 3.877, de 2004.

A legislação em vigor não impõe qualquer restrição à destinação de recursos públicos a entidades sem fins lucrativos. As qualificações legais existentes somente são exigidas quando o dirigente do órgão público responsável decide nesse sentido.

A qualificação como OSCIP implica na adoção de uma série de procedimentos que contribuem para a transparência das relações com o Poder Público.

De outro lado, como bem destaca o mencionado parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados ao PL nº 90, de 1999, as ONGs já se encontram sujeitas a uma série de normas, que regem seu funcionamento nos âmbitos civil, tributário, financeiro, previdenciário e trabalhista.

Qualquer exigência de autorização estatal para o seu funcionamento violaria a liberdade de associação, inscrita na Constituição Federal. A exigência de um cadastramento e do envio de relatórios periódicos ao Ministério da Justiça, não extensivo às demais pessoas jurídicas, violaria o princípio constitucional da igualdade, por instituir uma discriminação injustificada contra as entidades “sem fins lucrativos”.

Fonte: PINTO, Victor Carvalho. Proposições em tramitação no Congresso Nacional Marco Legal do Terceiro Setor. ESTUDO Nº 203, 10 de julho de 2006. **Senado Federal**, Consultoria Legislativa, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comunica/forumdebatebrasil/proposicoes.asp>> Acesso em: 22 dez. 2006.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.gov.br>. Acesso em: 16 nov.2006
- _____. BRASIL. Tribunal Contas da União. Disponível em: www.tcu.gov.br>. Acesso em: 25 nov. 2006.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.gov.br>. Acesso em: 30 nov.2006
- BARROSO, Luiz Roberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico – o Estado como agente normativo e regulador na exploração de atividades econômicas e na prestação de serviços públicos**. Palestra reproduzida pela consultoria zênite em abril de 1998.Disponível em: <http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=71&IntItemId=44&IntDocId=2958>> Acesso em: 15 nov. 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**.15.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 1999.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social**: crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2002.

PINTO, Victor Carvalho. Proposições em tramitação no Congresso Nacional Marco Legal do Terceiro Setor. ESTUDO Nº 203, 10 de julho de 2006. Senado Federal, Consultoria Legislativa, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comunica/forumdebatebrasil/proposicoes.asp>>. Acesso em: 22 dez. 2006.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A natureza jurídica dos conselhos fiscais de profissões regulamentadas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 1211, 25 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9082>>. Acesso em: 27 jan. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1989.

VIEIRA, Litz. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1997.

WEISS, Fernando Lemme. A gratuidade nos transportes urbanos e o espaço público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 515, 4 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6001>>. Acesso em: 27 jan. 2007.

UNIDADE

5

Licitação e Contrato Administrativo

Objetivo

Nesta Unidade você vai conhecer os mecanismos que a Administração Pública dispõe para contratar obras, serviços e compras com as empresas e instituições de Direito Privado. Em momentos importantes a presença do administrador no processo de seleção e contratação garante o planejamento e a organização dos procedimentos necessários à execução do mais complexo dos procedimentos administrativos.

Os temas licitação e contratação são relevantes na medida em que tratam da despesa promovida pela Administração, basicamente a partir de uma arrecadação pública, ou seja, de um dinheiro público. Toda licitação bem processada e todo contrato administrativo bem redigido produzem o ambiente de acordo mediado que caracteriza o Direito Administrativo, sem que a presença do judiciário se faça necessária.

A licitação

Olá! Estamos iniciando nova Unidade e aqui trataremos de um assunto importante para o Administrador: licitações e contrato administrativo. Leia com atenção, consulte a legislação indicada ao longo do texto, anote suas dúvidas e busque esclarecê-las antes de prosseguir. Estamos com você!

O artigo 37, inc. XXI, da Constituição Federal, enuncia que,

ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 2006).

Na clássica compreensão de Meirelles, (1980), licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para contrato de seu interesse.

Hoje está em vigor a [Lei Federal 8.666/93](#) que, revogando o Decreto-Lei 2.300/86, regulamenta o acima aludido artigo 37, XXI, da Constituição Federal.

Estão obrigados a licitar todos os órgãos da Administração Pública Direta: fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (cf. artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93).

No seu artigo 3º, *caput*, a lei identifica os princípios jurídicos que são aplicáveis às licitações: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e julgamento objetivo.

Com as alterações procedidas pelas Leis ns. 8.883/94, 9.648/98, 9.854/99, 10.438/2002, 10.973/2004, 11.079/2004, 11.107/2005 e 11.196/2005. Sugerimos que você consulte as referidas Leis.

Do exposto, depreende-se que a violação aos princípios acima arrolados, revestidos de função positiva (MEDAUAR, 2005, p.140), incorre em uma ilegalidade qualificada, porque figuram esses princípios como informadores da validade do próprio ato administrativo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 903).

Embora a Constituição Federal tenha atribuído à lei disciplinadora a delimitação, apenas, das normas gerais, este Diploma Legal se afigura excessivamente minucioso; por essa razão, expõe-se, assim, apenas as linhas gerais atinentes a este procedimento.

São aplicáveis à licitação, além do Estatuto Federal das licitações e contratos, os Acordos Internacionais de Empréstimo e regras dos organismos financiadores, com possibilidade de utilização da Legislação Nacional, desde que expressamente previsto no Acordo, conforme o artigo 42 da Lei 8666/93. Sobre esta última possibilidade, o Tribunal de Contas da União (Acórdão 135, de 2003), sob a relatoria do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, assim asseverou:

[...] mesmo quando se tratar de recursos disponibilizados pelas entidades previstas no § 5º, do artigo 42, da Lei 8.666/93, não se poderá admitir a vedação de empresas nacionais em eventuais certames licitatórios. Os normativos oriundos de entidades estrangeiras, mesmo na vigência de acordos celebrados com a União, não prevalecem sobre certas disposições legais específicas, como no caso em comento, e menos ainda sobre princípios constitucionais pátrios que visam garantir os interesses dos integrantes da nação brasileira, haja vista a indisponibilidade do interesse público e a soberania nacional. Os acordos internacionais celebrados pela União e ratificados pelo Congresso Nacional devem ser honrados, mas não ao arrepio de nosso próprio ordenamento jurídico.

Conforme o artigo 51 da Lei 8.666/83, a habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, e as propostas, serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de no mínimo três membros, sendo pelo menos dois destes pertencentes aos quadros da Administração licitante.

O artigo 43 da Lei prevê a seqüência de fases pelas quais se processa a licitação, a partir da **habilitação** até a **adjudicação**. São elas:

- a instauração ou abertura, que se constitui pela deflagração do edital;
- a habilitação;
- a classificação das propostas;
- o julgamento;
- a homologação do resultado da licitação e;
- a adjudicação pela autoridade competente.

Acresce-se a isso que o artigo 38, parágrafo único impõe que as minutas dos editais de licitação e também os contratos, acordos e convênios ou ajustes devem ser previamente examinados e aprovados por assessoria jurídica da Administração.

Na fase de habilitação do procedimento licitatório, os documentos a serem exigidos são os seguintes:

- cumprimento ao art. 7º, inc. XXXIII, da CF, que proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e qualquer trabalho ao menor de 14 anos, salvo na condição de aprendiz;
- habilitação jurídica;
- qualificação técnica;
- qualificação econômico-financeira; e
- regularidade fiscal.

Modalidades

Ao decidir realizar um procedimento licitatório, o administrador público elege uma das modalidades previstas em lei. Segundo Justen Filho (2005, p. 320), “a expressão ‘modalidade’ é utilizada, tecnicamente, para indicar cada uma das espécies de procedimento licitatório, que se diferenciam entre si no tocante à estrutura e aos fins buscados”.

As modalidades de licitação são aquelas previstas no artigo 22 da Lei Federal 8.666/93, a saber:

- **Concorrência** – 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. Para esta modalidade os prazos de publicidade são maiores, como também o são os critérios de habilitação.
- **Tomada de preço** – 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.
- **Convite** – é a modalidade de licitação, mais simplificada, entre os interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 03 pela Unidade Administrativa, a qual afixará em local apropriado e publicará “aviso de convite” no Diário Oficial, em forma de extrato e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestar seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.
- **Concurso** – é a 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 do edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias.

Instrução normativa
interadministrativa nº

01 de 14/12/2001
(válida para a esfera
federal)

- **Leilão** – é a 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 alienação de bens imóveis, prevista no art. 19 da Lei das Licitações, a quem oferecer o melhor lance, igual ou superior ao valor da avaliação.
- **Pregão** – é a modalidade de licitação instituída pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, para aquisição de bens e **serviços comuns** em que a disputa pelo fornecimento se faz em sessão pública, por meio de propostas e lances, para classificação e habilitação do licitante com a proposta de menor preço. O pregão pode ser **presencial** ou **eletrônico**, sendo que neste caso o procedimento se realiza por meio da Internet.

O artigo 23 assinala que os critérios de aplicabilidade de três das modalidades acima arroladas (concorrência, tomada de preços e convite) são determinados em função dos seguintes valores:

- **Concorrência**

	Preço (R\$)
Obras	Acima de 1,5 milhão
Serviços	Acima de 650 mil

- **Tomada de Preço**

	Preço (R\$)
Obras	Até 1,5 milhão
Serviços	Até 650 mil

- **Convite**

	Preço (R\$)
Obras	Até 150 mil
Serviços	Até 80 mil

Lei 10.520/02, que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10520.htm>

O parágrafo 5º do mesmo dispositivo coíbe a utilização de convite e de tomada de preços para a aquisição de parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, à exceção de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

É importante observar que as modalidades de licitação são aquelas definidas pela Lei, não podendo nenhuma outra ser criada pela Administração, nem, tampouco, sofrer combinações entre si, conforme dispõe o artigo 22, parágrafo 8º.

Também é de se consignar que qualquer alteração no edital de licitação, que modifique a formulação das propostas, exige a reabertura do prazo anteriormente assinalado.

Prepondera ainda destacar que, conforme o artigo 48, parágrafo 3º, se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de outras, livres das causas que ensejaram a desclassificação, facultada, em caso de convite, a redução desse prazo para três dias.

Tipos

De outro lado, nos termos da lei 8.666/93, constituem tipos de licitação, que são adotados nas diversas modalidades, com exceção do concurso:

- **Menor Preço:** quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e oferecer menor preço.
- **Melhor Técnica:** será utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão

e gerenciamento de engenharia consultiva em geral e, em particular para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

- **Técnica e Preço:** será realizada através de avaliação da proposta técnica (metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais) e, uma vez classificadas, serão abertas as propostas de preço dos licitantes que atingirem um valor mínimo.

Destaque-se que para a modalidade pregão, presencial ou eletrônico, por se tratar de aquisição de serviço comum, não sendo prevista a possibilidade obras ou serviços complexos, o único tipo admitido é o de menor preço.

Dispensa e inexigibilidade de licitação

Tanto a dispensa de licitação quanto a inexigibilidade são procedimentos licitatórios que utilizam um rito diferenciado da licitação obrigatória, e são previstos nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. Tais procedimentos, que redundam na chamada contratação direta devem ser precedidos das devidas formalidades.

O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

III – justificativa do preço;

IV – documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (inciso incluído pela Lei 9.648/98).

Mesmo que haja viabilidade de competição, ou seja, existência de mais de um fornecedor do produto ou serviço, a Administração, em ato discricionário, escolhe aquele que mais atende ao seu interesse, levando em conta critérios de oportunidade, conveniência, proporcionalidade e razoabilidade.

Destaque-se que os funcionários que compõem a Comissão de Licitação e os órgãos requisitantes, responsáveis pelos pedidos de licitação, devem atentar para os dispositivos elencados no Capítulo IV – das sanções administrativas e da tutela judicial:

- Seção I – Disposições Gerais;
- Seção II – Das Sanções Administrativas;
- Seção III – Dos crimes e das Penas;
- Seção IV – Do Processo e do Procedimento Judicial, principalmente, ao que dispõe o artigo 89: “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - Detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa”.

A licitação pode ser dispensada em razão do pequeno valor do objeto a ser contratado ou das suas características, em função de situações excepcionais ou do tipo de pessoa jurídica que será contratada. Neste caso, a entidade deverá ser brasileira, não ter finalidade lucrativa e gozar de reputação ética e profissional:

- **pequeno valor:** 10% da carta convite. Os percentuais serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas;
- **situações excepcionais:** guerra, perturbação da ordem; emergência, calamidade pública; **licitação deserta*** ou **fracassada***, remanescente de obra; regular preços, normalizar abastecimento; segurança nacional; acordo internacional; abastecimento de navios, aviões;

GLOSSÁRIO

***Licitação deserta** – quando não aparecem interessados na licitação e uma nova não pode ser repetida sem prejuízo para a Administração.

***Licitação fracassada** – quando aparecem interessados, mas eles não são habilitados ou as propostas não são classificadas (Di Pietro, 2006).

- **objeto:** compra ou locação de imóveis; hortifrutigranjeiros; obra de arte/objeto histórico; peças de manutenção; forças armadas; pesquisa científica; e
- **pessoa:** órgão da administração; publicidade oficial; instituição de ensino, desenvolvimento institucional; instituição voltada à recuperação de presos; instituição de deficientes físicos; empresa de energia elétrica; organizações sociais.

Já no que se refere à Inexigibilidade de licitação (art. 25), a lei prevê ao menos três circunstâncias de sua ocorrência, sempre que houver inviabilidade de competição:

- aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;
- contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
- contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Anulação e revogação da licitação

O desfazimento da licitação, por revogação ou anulação, evoca o contraditório e a ampla defesa, conforme o parágrafo 4º do artigo 49, da Lei 8.666/93. A anulação, que pode decorrer da ilegalidade constatada de ofício (pela autoridade competente), mediante provocação (recurso, por exemplo), ou, ainda, por decisão judicial, incorre na anulação do respectivo contrato, produzindo efeitos retroativos (artigo 49, parágrafo 2º e artigo 59, todos da Lei 8.666/93).

Este ato de anulação não gera para a Administração qualquer obrigatoriedade de indenizar, salvo no tocante às parcelas contratadas já executadas ou aos prejuízos comprovados que não sejam imputáveis ao contratado (artigo 59, parágrafo único da Lei n. 8.666/93).

A revogação da licitação prende-se a razões de interesse público, da Administração, superveniente e devidamente comprovado.

Contratos Administrativos

Contrato administrativo é um ajuste celebrado entre a Administração Pública e terceiros para consecução de objetivos de interesse público, regidos pelas normas de Direito Público. A principal distinção entre os contratos de direito privado e os contratos administrativos e que nesses, a Administração Pública tem prerrogativas, também chamadas de cláusulas exorbitantes, conseqüências da preponderância do interesse público.

São as prerrogativas inscritas no artigo 58 da Lei 8.666/93, a saber:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III – fiscalizar-lhes a execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoais e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativo de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

O artigo 55 da Lei 8.666/93, prescreve as várias cláusulas que devem estar presentes em todos os contratos administrativos, como o objeto, os valores envolvidos, os prazos, os direitos e responsabilidades das partes, etc. Saliente-se que o art. 57, § 3º, ainda define que é vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado.

Regime jurídico

Regime jurídico dos contratos administrativos é a forma como estes são tratados pelas normas jurídicas. É identificado por meio da verificação dos princípios que lhe dizem respeito, os quais devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico.

Os módulos contratuais da Administração podem ser assim arrolados, conforme Medauar (2005):

- os contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, de compras e as concessões;
- contratos regidos parcialmente pelo regime público, como os contratos de locação; e
- figuras contratuais atípicas, mais recentes, como os contratos de gestão.

Dentre os contratos administrativos, regidos pelo direito público, entende-se a concessão de serviço público, o de obra pública, o de uso de bem público, a concessão patrocinada, a concessão administrativa (as duas últimas como formas de parceria público-privadas), o contrato de prestação ou locação de serviços, o de fornecimento, o de empréstimo público, o de função pública.

Contratos de concessão

São contratos administrativos com características diferenciadas:

- **concessão de serviço público:** em sua acepção mais tradicional, regida pela Lei 8.987/95, com as alterações da Lei 9.648/98; a remuneração básica advém de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço. A Lei 8.977/95 dispõe sobre o

serviço de TV a cabo e a Lei 9.472/97 trata da concessão de serviço de telecomunicações;

- **contrato administrativo de concessão patrocinada ou administrativa:** é previsto pela [Lei Federal 11.079](#), de 30.12.2004. A concessão patrocinada, modalidade de concessão de serviço público, como forma de parceria público-privada, distingue-se, fundamentalmente, pela tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado).

Quanto à concessão administrativa, esta visa a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens, e a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado.

Importante ressaltar que as concessões patrocinadas e concessões administrativas apenas serão utilizadas para contratações acima de R\$ 20 milhões e dentro do prazo mínimo de cinco anos e máximo de trinta e cinco anos, nele incluído o período de prorrogação. Significa dizer que se o valor do contrato for menor, aplica-se a lei de concessão de serviços públicos ([Lei 8.987/95](#)), pois a lei de parceria público privada ([Lei 11.079/04](#)) não a revogou.

- **concessão de obra pública:** nas modalidades disciplinadas pela [Lei 8.987/95](#), que consiste na construção, conservação, reforma, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder público, mediante concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para realizá-la por sua conta e risco, remunerando-se o investimento pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2º, III, da [Lei 8987/95](#)) ;

- **concessão de uso de bem público:** por meio do qual a Administração consente que o particular tenha uso privativo de bem público, a exemplo da concessão de uso de áreas do mercado municipal, de cantinas de escola. De regra exige-se

[Lei 11.079/04](#) que institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública, disponível em http://www.amperj.org.br/store/legislacao/leis/L11079_ppp.doc.

[Lei 8.987/95](#) que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm

a licitação precedente na modalidade de concorrência e autorização legislativa;

- concessão de direito real de uso: que é o contrato por meio do qual a Administração permite que o particular use privativamente terreno público, como direito real, para fins de urbanização, edificação, industrialização, cultivo ou qualquer uso de interesse social, assinalados pelo Decreto-Lei 271/1967. Deve ser precedido de licitação, exceto quando esta concessão for destinada a programas habitacionais de interesse social e a uso de outro órgão ou entidade da Administração, conforme o assentado pelo artigo 17, I e parágrafo 2º, da Lei 8.666/93.

Medauar (2005), acresce ao que reputa por contratos administrativos clássicos a **permissão de serviço público, formalizada por contrato de adesão**, destacando que o artigo 175 da Constituição de 1988 impôs a realização de licitação para a concessão e para a permissão de serviço público.

A Lei 8.987/95, conforme o artigo 40, determina a formalização de contrato de adesão que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. O mencionado artigo de lei, por meio de seu parágrafo único, estende a sua aplicabilidade às demais possibilidades de permissões.

Contrato de gestão

A Emenda Constitucional 19/98 normatizou essa nova figura contratual prescrevendo no artigo 37, parágrafo 8º, que a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho, direitos e obrigações e responsabilidades, a remuneração de pessoal.

Antes, porém, contratos dessa natureza já foram celebrados com a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) antes da sua privatização, a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás) (ambos com base no Decreto n. 137, de 27/05/1991, que instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais) e com o Serviço Social Autônomo Associação da Pioneiras Sociais.

De acordo com Gasparini (2005, p. 658), contrato de gestão “é o ajuste celebrado pelo poder público com órgãos e entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como Organizações Sociais, para lhes ampliar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas de desempenho na consecução de seus objetivos”.

São exemplos de uso de contrato de gestão, na esfera federal, os vínculos entre o poder público federal e a entidade qualificada como organização social, conforme a Lei 9.637/98 e os ajustes que ensejam a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas.

Convênios administrativos

Na definição de Meirelles (1990, p. 354), os convênios administrativos são “acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes”. Já para Bandeira de Mello (2006, p. 627), são “ajustes possíveis de serem realizados entre os entes da Federação, sem que deles resulte a criação de pessoa jurídica, o que os faz distintos dos consórcios, quer entre as sobreditas pessoas jurídicas e as entidades privadas”.

Note-se que os convênios podem ser firmados por pessoas de Direito Público ou Privado, físicas ou jurídicas, desde que sempre uma das partes seja o Poder Público. O art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, determina que as minutas dos convênios sejam previamente examinadas e aprovadas pela Assessoria Jurídica da Administração.

Convênio, quando firmado com entidade privada, é uma atividade de fomento, onde, segundo Di Pietro (2006, p. 292), “o Estado

deixa a atividade na iniciativa privada e apenas incentiva o particular que queira desempenhá-la, por se tratar de atividade que traz algum benefício para a coletividade”, numa atuação subsidiária do Estado (via auxílios financeiros, subvenções, financiamentos, favores fiscais, desapropriação por interesse social em favor de entidades privadas sem fins lucrativos).

O artigo 116 da Lei 8.666/93, determina que aplicar-se-ão aos convênios, no que couber, os dispositivos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

As exigências especificadas nos parágrafos do art. 116 são aplicadas aos convênios que envolverem repasse de recursos (regras financeiras). São elas:

Plano de Trabalho: a organização interessada em firmar o convênio deve apresentar Plano de Trabalho, que será aprovado pela Administração e que deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

- identificação do objeto;
 - metas a serem atingidas;
 - etapas de execução;
 - plano de aplicação dos recursos financeiros;
 - cronograma de desembolso; e
 - previsão de início e fim da execução do objeto e da conclusão das etapas programadas.
-
- Se o ajuste compreender obra ou serviço de engenharia, e se o custo total do empreendimento não recair sobre a Administração Pública, deve existir no Plano de Trabalho comprovação de que os recursos próprios estão assegurados por quem for executar o convênio;
 - assinado o convênio, a Administração dará ciência à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva;

- as parcelas do convênio deverão ser liberadas nos exatos termos do plano de aplicação, exceto nos casos fixados na Lei 8.666/93, quando as parcelas ficarão retidas por não comprovação da boa e regular aplicação da parcela já recebida; descumprimento do convênio ou de normas pelo executor; e não adoção de medidas saneadoras apontadas pelo repassador ou controlador;
- os saldos do convênio devem ser devidamente aplicados pelo executante, e as receitas dessa aplicação serão computadas a crédito do convênio e aplicadas ao seu objeto, e constará no demonstrativo que integrará a prestação de contas;
- a conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do acordo, os saldos financeiros remanescentes (inclusive os provenientes das aplicações) serão devolvidos em 30 dias, sob pena de instauração de tomada de contas especial.

O convênio apresenta pontos distintos do contrato, os quais podem, com fundamento nas lições de Bandeira de Mello (2006), ser assim sintetizados:

- o convênio pressupõe interesses convergentes;
- por almejarem o mesmo objetivo, os signatários não são, a rigor, partes;
- o convênio pode ser rescindido por simples denúncia;
- com referência a uma particular hipótese em que a administração seja usuária do serviço público, há norma expressa recomendando a utilização do contrato, conforme dispõe o art. 62, § 3º, II, da Lei 8.666/93. Nos demais casos, os parâmetros aqui delineados indicam quando deve ser utilizado o convênio ou o contrato;
- não há possibilidade de sub-rogação do convênio.

Consórcios públicos

Previsto na Lei 11.107/05 é relevante o conceito oferecido por Di Pietro (2006), definindo-os como associações formadas por pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), com personalidade jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, criados mediante autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos.

Caro estudante! Chegamos ao final da Unidade 5, onde você teve a oportunidade de ver, ou rever, como proceder no processo de licitação e nos contratos administrativos em instituições públicas e privadas. É importante que estes conceitos tenham ficado claros para você. Caso ainda tenha dúvidas sobre o discutido, volte, releia, busque auxílio junto ao Sistema de Acompanhamento.

RESUMO

Ao realizar um procedimento de licitação, o administrador elege uma das modalidades previstas na lei, entre a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão ou pregão, na forma presencial ou eletrônica. Conforme a modalidade, indicará como tipo o menor preço, a melhor técnica, ou a técnica e preço. Caso o procedimento seja de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as formalidades e as exigências são aquelas previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Em relação ao contrato que decorre da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, dizemos que ele é um contrato administrativo. Na sua relação com empresas privadas e institui-

ções públicas, a Administração vale-se também de instrumentos legais como o contrato de concessão (serviço público, patrocinada, obra pública, bem público, direito real de uso) ou o contrato de gestão. Permite-se ainda a constituição de contratos entre consórcios públicos e a celebração de convênios com entidades privadas não lucrativas.

É na contratação de obras, serviços ou compras que a Administração Pública exercita com mais visibilidade a sua condição de parte privilegiada na relação com o privado, em função do interesse público envolvido.

Atividades de aprendizagem

1. Pesquise em qualquer um dos órgãos do Poder Judiciário Brasileiro, ou de qualquer dos Tribunais de Contas e localize decisões que tenham como objeto uma das hipóteses de Dispensa de Licitação prevista no art. 24 da lei 8.666/93. Comente a decisão.
2. Localize um Edital de Concurso Público (por exemplo, em www.correioweb.com.br/concursos) e selecione questões tratadas nesta quinta Unidade. Justifique o resultado gabaritado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da república federativa do. Promulgada em 1988. Atualizada até a Emenda constitucional 53. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 28 jan. 2007.

_____. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 03.dez.2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

UNIDADE



Controle da Administração

Objetivo

Nesta última Unidade você conhecerá os mecanismos de controle sobre os atos administrativos praticados pelos agentes no exercício de suas funções públicas, em especial aquelas que implicam responsabilidade sobre recursos públicos.

Destaque-se a temática do controle técnico, realizado pelos Tribunais de Contas, que avaliam a prática do ato administrativo sob o ponto de vista contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional.

Dever da prestação de contas

Chegamos a última Unidade de nossa disciplina, e para finalizar apresentamos a você estudante, uma pequena contextualização sobre como se dá o controle da Administração Pública. Leia com atenção e conte conosco!

O controle da Administração Pública é “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta de outro”, conforme Meirelles (1990, p. 570). Também pode ser um poder de fiscalização e correção que sobre a administração pública exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, no entendimento de Di Pietro (2006).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional da França em 26 de agosto de 1789, assim preceituou: “XV – A sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público”.

Quanto ao órgão, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial; quanto ao momento este pode ser **prévio**, concomitante ou posterior; quanto ao aspecto da atividade, o controle pode ser de legalidade (exercido pelos três Poderes) ou de mérito (cabe à Administração e, com limitações ao Poder Legislativo); conforme a titularidade deste controle este pode ser interno ou externo.

Saiba mais...

■ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>. Não deixe de conhecer.

Exemplos de controle prévio são os que evocam a aprovação ou autorização prévia do Poder Legislativo (artigos 49, II, II, XV, XVI e XVII, e 52, III, IV e V, da Constituição Federal), de controle concomitante, o acompanhamento da execução orçamentária e controle posterior os atos de aprovação, homologação, anulação, revogação e convalidação.

Controle Interno

É o controle exercido por órgão da própria Administração, determinado pelo artigo 74 da Constituição Federal, centrado nos objetivos de:

- avaliar o cumprimento das metas previstas no **Plano Plurianual*** e execução dos programas e do orçamento;
- comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia da gestão orçamentária, financeira e patrimonial;
- exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, e de apoiar o controle externo. Este controle é determinado pela Constituição de 1988, no seu art. 74.

O art. 74 da Constituição Brasileira, em seu parágrafo primeiro aprofunda esta responsabilidade ao prescrever que os responsáveis, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade devem dar ciência ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária.

Este controle decorre do poder de autotutela da administração que se constitui no seu poder de rever os seus próprios atos, consagrado pelo Poder Judiciário e consubstanciados nas Súmulas do Supremo Tribunal Federal 346, que assenta: a “Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos” e 473, que se alinha à primeira inscrevendo que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Os principais mecanismos de controle interno são os recursos administrativos, o autocontrole, o controle hierárquico, o controle de gestão, a inspeção, auditoria a correição, a supervisão (ministerial, da administração indireta, por exemplo, prevista pelo Decreto-Lei 200/67) e a Ouvidoria.

GLOSSÁRIO

***Plano Plurianual (PPA)** – estabelece as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e para aquelas relativas aos programas de duração continuada do Governo. Dessa forma, o PPA expressa a estratégia governamental de médio prazo e define a alocação dos recursos do Orçamento para os próximos quatro anos, englobando as despesas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário. A partir do estabelecido no Plano, são elaborados os programas setoriais.
Fonte: SEPLAN

Controle externo

Este compreende o controle parlamentar direto, o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nessa matéria) e o jurisdicional.

Controle parlamentar direto

É exercido diretamente pelo Congresso Nacional, que visa de acordo com o inciso X do art. 49 CF/88, “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta. Este é realizado por meio de pedidos escritos de informação, convocação para comparecimento, fiscalização de atos da Administração Direta e Indireta, Comissões Parlamentares de Inquérito, aprovações e autorizações de atos do Poder Executivo (aprovação de tratados ou acordos internacionais, aprovação de indicação de Ministros do Tribunal de Contas, e outros)”.

Controle pelo Tribunal de Contas

É concebido pela Constituição Federal no capítulo referente ao Poder Legislativo e na seção dedicada à fiscalização financeira e orçamentária, assinalando que o controle externo é tarefa do Congresso Nacional “com o auxílio do Tribunal de Contas da União”.

Criado por iniciativa de **Ruy Barbosa**, em 1890, o Tribunal de Contas tem o seu respectivo rol de competências inscrito no artigo 71, da Constituição Federal; e suas normas sobre o Tribunal de Contas da União aplicam-se aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ao Tribunal de Contas, no exercício do controle externo, podem recorrer os cidadãos, os partidos políticos, as associações ou sindicatos, para denunciar irregularidades ou ilegalida-

Para saber mais

* **Ruy Barbosa de Oliveira** – nasceu em Salvador em 5 de novembro de 1849 e morreu em Petrópolis em 1º de março de 1923. Foi jurista, político, diplomata, escritor, filólogo, tradutor e orador brasileiro. Estas e outras informações podem ser encontradas em http://pt.wikipedia.org/wiki/Rui_Barbosa

Prerrogativa regulamentada pela Lei n. 8443/92 (Lei Orgânica) e pelo Regimento Interno (Resolução n. 155, de 04/12/2002.

GLOSSÁRIO

*Erário – do Lat. *Aerariu* s. m., o tesouro público. Fonte: Dicionário online Priberam

des, tendo na Lei Complementar nº 101/00, de 4 de maio de 2000, um importante marco regulatório no que diz respeito ao próprio planejamento do controle técnico.

Essa amplitude de poderes de controle autoriza, ainda, a adoção da tutela cautelar, pelo Tribunal de Contas, no que concerne, por exemplo, ao exame prévio dos editais de concorrência, que encontra amparo, também, no disposto no artigo 113, parágrafo 2º da Lei 8.666/93, com o fito de prevenir a ocorrência de lesão ao **erário*** ou a direito alheio, bem como para garantir a efetividade de suas decisões .

Nesta abrangência, o Supremo Tribunal Federal, na análise do Mandado de Segurança 24.510-7(Relatora Ministra Ellen Gracie, 2003), registrou:

Quando a Constituição diz caber ao Tribunal de Contas da União auxiliar o Congresso Nacional, no exercício da função de controle externo, não está dizendo ser ele mero órgão auxiliar, mas sim que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, não se fará senão com o auxílio do TCU, prestigiando a participação desse Tribunal, verdadeiramente tida pela Constituição como inafastável e imprescindível, sem daí se deduzir um vínculo de subalternidade hierárquica. Também não é correto afirmar que o Tribunal de Contas, enquanto órgão meramente técnico, apenas emite parecer.

Ora, entre tantas competências importantes a ele adjudicadas pela Constituição, a referência a parecer comparece apenas em uma oportunidade: quando da prestação anual de contas do Presidente da República. No mais, o TCU decide, e não mereceria o nome de tribunal se não fosse para exercer competências decisórias.

Controle jurisdicional

Este é exercido pelo Poder Judiciário. No Brasil adota-se o sistema de Jurisdição Única (Sistema Inglês), no qual o poder judiciário decide exclusivamente com força de definitividade. Está determinado na CF/88 no art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, o Poder Judiciário decide todo e qualquer litígio sobre a adequada aplicação do Di-

reito no caso concreto, independente de quem sejam os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Existem algumas medidas específicas para enfrentar atos ou omissões de autoridade pública: *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular e ação civil pública.

[Veja definição destas medidas no Saiba mais](#)

Saiba mais...

■ **Habeas Data** é a ação mandamental, sumária e especial, destinada à tutela dos direitos do cidadão a frente dos bancos de dados, a fim de permitir o fornecimento das informações registradas, bem como sua retificação, em caso de não corresponder à verdade. Estas e outras informações podem ser encontradas em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Habeas_Data>

■ **Habeas corpus**, é uma garantia constitucional outorgada em favor de quem sofre ou está na iminência de sofrer coação, ameaça ou violência de constrangimento na sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder da autoridade legítima. Além disso, serve como instrumento de controle da legalidade do processo penal. Estas e outras informações podem ser encontradas em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Habeas_corpus>

■ **Mandado de Segurança**, de acordo com a Lei 1.533 /51, serve para “proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. Ou ainda:

Mandado de segurança é um remédio constitucional posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção de direito líquido e certo, que não aqueles pertinentes à liberdade física do ser humano – estes ensejam “habeas corpus” – lesado ou ameaçado de lesão por ato de autoridade, qualquer que seja sua categoria ou funções que exerça. Estas e outras informações podem ser encontradas em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Writ>>

■ **Ação popular** é o recurso jurídico que pode ser utilizado por qualquer um do povo, comparecendo perante o Estado para denunciar a existência de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Estas e outras informações podem ser encontradas em <http://pt.wikipedia.org/wiki/A%C3%A7%C3%A3o_popular>

■ **Ação civil pública** é um instrumento processual, de ordem constitucional, destinado à defesa de interesses difusos e coletivos. Mesmo estando referida no capítulo da Constituição Federal relativo ao Ministério Público (artigo 129, inciso III), A localização dessa norma não afasta o caráter constitucional da ação civil pública também para aquelas promovidas por entidades públicas e associações co-legitimadas. Essa ampliação se deve ao parágrafo 1º, do artigo 129, da Constituição Federal, pelo qual se estabelece a regra da sua não exclusividade do Ministério Público. Estas e outras informações podem ser encontradas em <<http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=A%C3%A7%C3%A3o%20civil%20p%C3%BAblica>>

Chegamos ao final de nossa disciplina, certos de que contribuimos com sua formação para se tornar um bom administrador. Sugerimos que você busque conhecer na íntegra as Leis aqui discutidas e também busque conhecer as obras dos autores aqui referenciados para aprofundar seus conhecimentos. Não deixe de realizar as atividades sugeridas e Bons estudos!

RESUMO

Todo aquele que de forma direta ou indireta se relaciona com o Estado tem a responsabilidade de prestar contas para os órgãos de controle, que podem ser internos ou externos. Neste último caso, o Judiciário decide em caso de divergência interpretativa sobre legalidade do ato administrativo, enquanto que os Tribunais de Contas avaliam se tais atos foram realizados conforme todos os procedimentos técnicos inscritos na legislação infra e constitucional.

Atividades de aprendizagem

1. Pesquise e defina as atribuições e competências da Controladoria Geral da União, órgão encarregado do controle interno do Poder Executivo.
2. Pesquise e descreva o cronograma de aprovação da Legislação Orçamentária Brasileira (PPA,LDO,LOA), de acordo com a CF/88.
3. Pesquise o tema "Limite de Gastos com Pessoal", contido na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar 101/00) e compare com as prestações de contas do Presidente da República nos anos de 2005, 2004 e 2003, conforme aprovado pelo Tribunal de Contas da União. Veja a evolução da despesa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2006.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF). Disponível em:
<www.stn.fazenda.gov.br/hp/lei_responsabilidade_fiscal>. Acesso em 22 jan. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Luis Carlos Cancellier de Olivo



Jornalista e advogado. Especialista em Gestão Universitária (UFSC) e em Direito Tributário (CESUSC). É Mestre em Instituições jurídicas e políticas pela UFSC e Doutor em Direito do Estado também pela UFSC. Publicou “A estratégia de marketing de um Senador” “Direito e Internet: a regulamentação do ciberespaço”, “Desafios do direito administrativo diante do Estado em rede”, “O jurídico na sociedade em rede”, “Reglobalização do Estado e da Sociedade em rede na era do Acesso”, “Aspectos do direito tributário no ambiente de redes tecnológicas informacionais”, “Processo digital civil e penal sob a ótica da Lei 9.800/99”, “O estudo do direito através da literatura” e “As organizações sociais e o novo espaço público”. É professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e doutorando no Curso de pós-graduação em Literatura da UFSC.