



**UEPB – UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA  
UAB - UNIVERSIDADE ABERTA DO BRASIL  
ESPECIALIZAÇÃO EM GESTÃO PÚBLICA MUNICIPAL**

**ANDRÉA FÉLIX BATISTA DE MOURA**

**OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
BRASILEIRA E SUAS RELAÇÕES COM O SETOR PRIVADO**

João Pessoa - PB

2012

**ANDRÉA FÉLIX BATISTA DE MOURA**

**OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA  
E SUAS RELAÇÕES COM O SETOR PRIVADO**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal da Universidade Estadual da Paraíba/Universidade Aberta do Brasil, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Especialista em Gestão Pública Municipal.

Orientador: Dr. Ramilton Marinho Costa

João Pessoa - PB

2012

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL-UEPB

M929p

Moura, Andréa Félix Batista de.

Os princípios da administração pública brasileira e suas relações com o setor privado [manuscrito] / Andréa Félix Batista de Moura. – João Pessoa, 2012.

69 f.

Monografia (Especialização em Gestão Pública Municipal) - Universidade Estadual da Paraíba, Coordenação Institucional de Projetos Especiais - CIPE, 2012.

“Orientação: Profº Dr. Ramilton Marinho Costa, CES/UFCG”.

1. Administração pública. 2. Princípios. 3. Poder público. 4. Setor privado. I. Título.

21. ed. CDD 361.25

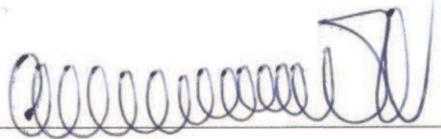
**ANDRÉA FÉLIX BATISTA DE MOURA**

**OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA  
E SUAS RELAÇÕES COM O SETOR PRIVADO**

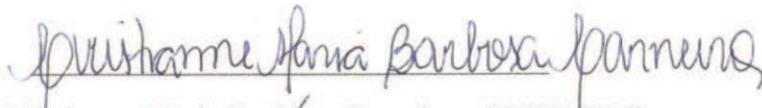
Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Gestão Pública Municipal da Universidade Estadual da Paraíba/Universidade Aberta do Brasil, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Especialista em Gestão Pública Municipal.

Aprovada em 29/05/2012

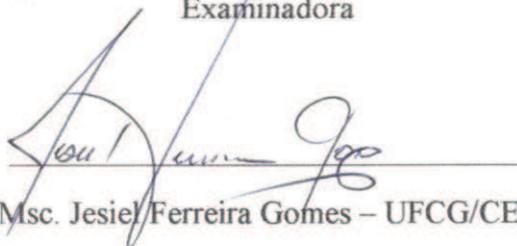
**BANCA EXAMINADORA**



Dr. Ramilton Marinho Costa – UFCG/CES  
Orientador



Msc. Cristianne Maria Barbosa Carneiro – UEPB/UAB  
Examinadora



Msc. Jesiel Ferreira Gomes – UFCG/CES  
Examinador

*Aos meus pais Albertina e José Felix pelo eterno incentivo.*

*Ao meu querido esposo, amigo e companheiro, Sergio, pela dedicação constante ao longo de  
minha caminhada, todo meu carinho e amor.*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao amigo de todas às horas, aquele que sempre acreditou em minhas capacidades, meu companheiro e esposo Sergio de Moura.

A minha filha amada, pela compreensão e paciência, Maria Emanuella.

Aos meus estimados Professores, Dr. Ramilton Marinho Costa e Msc. Jesiel Ferreira Gomes, pelo exemplo de profissionalismo, dedicação e que me deram a oportunidade de tê-los como orientadores.

Porém, acima de tudo, agradecimento a Deus pela benção da vida, e por ter me apresentado com estas pessoas tão especiais, e por ter me guiado na execução desse trabalho monográfico.

## RESUMO

Nas sociedades capitalistas contemporâneas, a exemplo da brasileira, o Estado atua frequentemente associado aos setores privados. Todas as relações do Poder Público com o setor privado devem obrigatoriamente ser fundamentadas na Constituição Federal, assim nas leis e normas complementares. Mais especificamente, todas as relações do Estado com os indivíduos e organizações de particulares são regidas pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo. Dentro deste contexto, é imprescindível ao gestor público conhecer a fundo os princípios gerais da administração pública, ou seja, o Princípio da Legalidade, o Princípio da Moralidade, o Princípio da Impessoalidade, o Princípio da Publicidade, e o Princípio da Eficiência, e suas relações com o setor privado. Pois, o fato de ignorar tais princípios, pode ocasionar em atos ilegais, mesmo que involuntários, e acarretar em processos administrativos e penais. Dentro deste contexto, essa pesquisa bibliográfica dedica-se a discutir os princípios da administração pública brasileira e identificar suas relações com o setor privado.

Palavras chaves: Administração pública - princípios; Poder Público; Setor Privado;

## **ABSTRACT**

In contemporary capitalist societies, like the Brazilian, the state acts often associated with the private sector. And all the relations of the government with the private sector must necessarily be based on the federal constitution, and laws and supplementary rules. More specifically, all the relations of the state with individuals and private organizations are governed by the Constitutional Law and Administrative Law. And within this context, it is essential to public managers to master the general principles of public administration, or the Principle of Legality, Morality Principle, the Principle of Impersonality, the Principle of Publicity and Efficiency Principle, and its relations with the private sector. Well, ignoring the fact that these principles can lead to illegal acts, even if unintentional, and result in administrative and criminal. Within this context, this research is dedicated to discussing the principles of public administration in Brazil and identify their relationships with the private sector.

Keywords: Public administration - principles, Public Power, Private Sector;

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>09</b>
<b>CAPÍTULO I - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>11</b>
1.1 O CONCEITO DE ESTADO.....	11
1.2 SEUS ELEMENTOS CONSTITUINTES.....	12
1.3 OS PODERES DO ESTADO.....	13
1.4 A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO.....	14
1.5 O GOVERNO.....	14
1.6 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	15
1.7 AS ENTIDADES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS.....	16
1.8 OS ÓRGÃOS E OS AGENTES PÚBLICOS .....	17
<b>CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>20</b>
2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	20
2.2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	22
2.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	23
2.4 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	24
2.5 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	26
<b>CAPÍTULO III - PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....</b>	<b>29</b>
3.1 OS PODERES ADMINISTRATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	29
3.2 OS DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....	33
<b>CAPÍTULO IV - OS CONTRATOS DO SETOR PÚBLICO COM OS AGENTES PRIVADOS.....</b>	<b>37</b>

4.1 LICITAÇÃO.....	37
4.1.1 Conceito de Licitação.....	37
4.1.2 Princípios da Licitação.....	38
4.1.3 Obrigatoriedade, Dispensa e Inexigibilidade de Licitação.....	40
4.1.4 Modalidades da Licitação.....	44
4.2 CONTRATOS.....	46
4.2.1 O Conceito e Peculiaridades do Contrato Administrativo.....	46
4.2.2 As Cláusulas Essenciais dos Contratos Administrativos.....	49
4.2.3 Direitos e Obrigações das Partes.....	50
4.2.4 Extinção, Prorrogação e Renovação do Contrato Administrativo.....	51
4.2.5 Principais Contratos Administrativos.....	52
<b>CAPÍTULO V - O PÚBLICO E O PRIVADO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO.....</b>	<b>54</b>
5.1 A DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO.....	54
5.2 AS PRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO SOBRE OS AGENTES PRIVADOS.....	57
5.3 A EMERGÊNCIA DO TERCEIRO SETOR.....	60
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

Nas economias de mercado, como é a brasileira, o Estado age frequentemente associado com o setor privado. Essa associação, e as relações dela decorrentes, assim como, toda ação do estatal devem, necessariamente, ter respaldo em leis, que obrigatoriamente, estão fundamentadas na constituição.

Nas sociedades capitalistas democráticas contemporâneas as relações do Estado com os indivíduos e organizações de particulares são regidas pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo. E apesar de não existir a necessidade do gestor público conhecer em detalhes todo o Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo – uma vez que os mesmos sempre podem recorrer às acessórias jurídicas – é preciso, por outro lado, conhecer a fundo os princípios gerais da administração pública (Princípio da Legalidade, o Princípio da Moralidade, o Princípio da Impessoalidade, o Princípio da Publicidade, e o Princípio da Eficiência), e suas relações com o setor privado. Uma vez que, o fato de ignorar tais princípios, pode ocasionar em atos ilegais, mesmo que involuntários, e acarretar em processos administrativos e penais.

Dentro deste contexto, enquanto gestor público, temos como motivação primordial, na realização desta pesquisa, conhecer e divulgar através de um trabalho acadêmico os princípios que conduzem o funcionamento da Administração Pública, orientam as suas relações com o setor privado e disciplinam a ação dos servidores públicos nas esferas federal, estadual e municipal, de modo a maximizar o bem-estar de toda sociedade e proteger, assim como, assegurar a liberdade e a autonomia de todos os cidadãos, de acordo com os princípios da Administração Pública.

A necessidade de se discutir este tema, se calca, igualmente, no desejo de contribuir, através desta pesquisa, para encontrar respostas e ampliar as formulações teóricas sobre como são as relações entre os princípios da Administração Pública e o Setor Privado. E, nessa discussão buscamos identificar como são as relações entre os princípios da Administração Pública e o Setor Privado.

Esse estudo foi dividido em cinco capítulos além dessa parte introdutória. O capítulo inicial realiza uma abordagem da Administração Pública, e descreve o Estado, seus elementos constituintes, seus poderes e sua forma de organização, além de abordar Governo, a

administração pública, as suas entidades políticas e administrativas, e seus órgãos e, finalmente, os agentes públicos.

O segundo capítulo descreveu os princípios fundamentais da administração pública, e o terceiro capítulo retrata os poderes e deveres do administrador público.

O quarto capítulo abordou os contratos do setor público com o setor privado, enfatizando a licitação com seus princípios, normas e modalidades, assim como, os contratos públicos com suas peculiaridades, cláusulas essenciais, direitos e obrigações das partes, assim como as suas modalidades.

Finalmente, o quinto capítulo dedica-se a apresentar a relação público e privado no mundo contemporâneo, destacando as prerrogativas do poder público sobre os agentes privados, e a emergência do terceiro setor nas sociedades democráticas e capitalistas da atualidade.

## CAPÍTULO I - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 1.1 O CONCEITO DE ESTADO

O conceito de Estado remete a antiguidade, e passou por um longo processo de evolução. De acordo com Maluf (1995, p. 20-21) o conceito de Estado

[...] vem evoluindo desde a antiguidade, a partir da *Polis* grega e da *Civitas* romana. A própria denominação de Estado, com a exata significação que lhe atribui o direito moderno, foi desconhecida até o limiar da Idade Média [...] Teria sido a Itália o primeiro país a empregar a palavra *Stato* [...] A Inglaterra, no século XV, depois a França e a Alemanha, no século XVI, usaram o termo Estado com referência à ordem pública constituída. Foi Maquiavel, criador do direito público moderno, quem introduziu a expressão definitivamente, na literatura científica [Grifo do Autor].

Segundo o Dicionário Eletrônico *Housaiss*, o Estado é definido como um “[...] país soberano, com estrutura própria e politicamente organizado”. E mais, que apresenta um “[...] conjunto das instituições (governo, forças armadas, funcionalismo público etc.) que controlam e administram uma nação”.

Conforme o nosso Código Civil, em seu art. 41, o Estado é uma pessoa jurídica de direito público interno.

As definições de Estado são inúmeras, e depende do ponto de vista doutrinário. Dentro da perspectiva do plano político alguns

[...] consideram o Estado como organismo natural ou produto da evolução histórica, outros uma entidade artificial, resultante da vontade coletiva manifestada em um dado momento. Uns o conceituam como objeto de direito (doutrinas monárquicas), outros como sujeito do direito, como pessoa jurídica (doutrinas democráticas). Outros ainda o consideram como a expressão mesma do direito, incluindo em uma só realidade Estado e Direito (teoria monista) (MALUF, 1995, p. 20-21).

O conceito de Estado modifica-se em função da perspectiva em que é abordado. Assim a partir da perspectiva sociológica

[...] é uma corporação territorial dotada de um poder de mando originário [...] sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixadas sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção [...] sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica soberana [...] Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público [...] Esse é o Estado de Direito, ou seja, o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis. (MEIRELLES, 1998, p. 60-61).

## 1.2 SEUS ELEMENTOS CONSTITUINTES

A estrutura do Estado é constituída de partes fundamentais e inseparáveis: Povo, Território e Governo. Sendo que a ausência de qualquer uma dessas partes compromete a sua organização sociopolítica e a sua condição plena de Estado. Uma vez que a “[...] condição de Estado perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos, revestidos de características essenciais: população homogênea, território certo de inalienável e governo independente.” (MALUF, 1995, p. 23).

O primeiro elemento formador do Estado é o povo, ou seja, é o elemento humano, pois a “[...] base humana do Estado há de ser, em regra, uma unidade étnico-social que, embora integrada por tipos raciais diversos, vai se formando como unidade política através de um lento processo de estratificação, de fusão dos elementos no cadinho da convivência social.” (MALUF, 1995, p. 24).

O segundo elemento constituinte do Estado é o território, é a base física que compreende as três dimensões: o supra-solo, o subsolo e o mar territorial. O território é o espaço definido onde se exerce o poder de governo sobre as pessoas. O território “[...] é a base física, o âmbito geográfico da nação, onde ocorre a validade da sua ordem jurídica [...]” (MALUF, 1995, p. 25).

E, finalmente, o terceiro elemento constituidor do Estado é o Governo, o poder absoluto de autodeterminação e organização derivado do povo. O governo é definido por

Maluf (1995, p. 27) como sendo “[...] o conjunto das funções necessárias à manutenção da ordem jurídica e da administração pública.”

### 1.3 OS PODERES DO ESTADO

Os poderes de Estado, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 2º, são “[...] independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Estes três poderes estatais são independentes, contudo, atuam de forma coordenada, e constituem o poder estatal que é único, e fornecem através desse funcionamento um sistema de ‘freios e contrapesos’, idealizado por Montesquieu, onde um poder limita a ação do outro, evitando a concentração demasiada de poderes em determinada esfera.

Estes três poderes estão inseparavelmente contidos na natureza estrutural do Estado, e possuem atribuições específicas e exclusivas. Ao primeiro, o Poder Legislativo, cabe o poder de elaboração das leis, e “[...] é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.” (CF, 1998, art. 44). Ao Poder Legislativo compete a função normativa.

O segundo poder, o Executivo, possui o poder administrativo do Estado. Converte a Lei em ato concreto. Sendo Exercido “[...] Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.” (CF, 1988, art. 76).

E, finalmente, o terceiro poder, o Judiciário, que é exercido

I - o Supremo Tribunal Federal; I-A - o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. (CF, 1988, art. 92).

Este terceiro poder possui o poder judicial, ou seja, é responsável pela aplicação da lei diante dos conflitos de interesses que provoquem ação ou controversa judicial.

## 1.4 A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

De acordo a nossa atual Constituição, a “[...] organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”. (CF, 1988, art. 18).

Assim, no Estado brasileiro as entidades estatais com autonomia política são exclusivamente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Todas as outras pessoas jurídicas constituídas legalmente são autarquias, fundações, ou são entidades paraestatais.

E, todo esse conjunto de instituições, ou seja, as estatais, e as demais (autarquias, fundações, ou são entidades paraestatais), constituem a Administração Pública em sentido amplo.

## 1.5 O GOVERNO

De acordo com Meirelles (1998, p. 65), o governo em “[...] sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos.”

Enfim, a definição de governo é ampla, e depende do prisma de observação. Às vezes aparece relacionado aos órgãos e poderes do Estado constituído, por vezes encontra-se relacionados às funções originadas desses mesmos poderes e órgãos, e finalmente, por vezes encontra-se relacionado ao comando político e de soberania do Estado.

O Governo é marcado por “[...] sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente.” (MEIRELES 1998, p. 65). A atuação do Governo é por meio de sua autonomia política para conduzir os

interesses públicos. O Governo tem independência política. O Governo exprime sempre a idéia de exercício do poder de soberania.

## 1.6 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública pode ser descrita de modo sintético como um conjunto de instituições criadas para executar os objetivos do Governo.

Uma das melhores definições de "Administração Pública" é realizada por Meirelles, que em seu conceito procura eliminar a confusão comumente ocorrida entre "Administração" e "Governo". Segundo este autor,

Governo e Administração são termos que andam juntos e muitas vezes confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam. [...] Administração Pública – em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, leal, e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução,... [...] (1998, p. 64-65).

O Governo atua fundamentado em sua responsabilidade constitucional e política, todavia sem o peso da responsabilidade profissional pela sua execução de seus atos; Por outro lado, a Administração atua sempre fundamentada com a responsabilidade técnica e legal, e ao mesmo tempo sem responsabilidade constitucional ou política. A Administração é o conjunto de aparelhos que permite ao Estado para pôr em prática às ações políticas do Governo.

A administração pratica atos de execução, por meio de autonomia relativa, que ocorre em função das competências do próprio órgão que executa e de seus agentes. Sendo sua atividade neutra, e geralmente regida por lei ou normas técnicas. Sendo seu poder de decisão e autonomia limitado por suas atribuições e competências, assim como, pelos limites legais, tendo seu poder de decisão voltado exclusivamente para os temas técnicos, jurídicos, financeiros, sem qualquer relação com a atividade política.

Segundo Meirelles (1998, p. 66)

[...] O *Governo* e a *Administração*, como criações abstratas da Constituição e das leis, atuam por intermédio de suas *entidades* (pessoas jurídicas), de seus *órgãos* (centros de decisão) e de seus *agentes* (pessoas físicas investidas em cargos e funções). [grifos do autor].

Vê-se, pois, que Administração Pública e Governo não podem ser confundidos em suas acepções jurídico-normativas. A Administração Pública é constituída pelo conjunto de entidades, órgãos e agentes, criados de acordo com as normas constitucionais e legais, sendo-lhes atribuídas competências para apenas e tão-somente executar as decisões oriundas da vontade política do Governo, respeitados os estritos limites que lhes foram outorgados aos diferentes entes federados.

## 1.7 AS ENTIDADES POLÍTICAS E ADMINISTRATIVAS

O Governo e a Administração Pública operam através das suas entidades, de seus órgãos, e de seus agentes. As entidades são pessoas jurídicas, os órgãos são os centros decisórios responsáveis pelas ações das entidades as quais estão diretamente ligadas, e os agentes são as pessoas físicas que ocupam os cargos e funções na administração.

Dentro da Administração Pública existem quatro tipos de entidades: as estatais, as autárquicas, as fundacionais e as paraestatais.

As primeiras, as estatais, são

[...] pessoas jurídicas de Direito Público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, tais como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. A União é Soberana; as demais entidades estatais têm apenas autonomia política, administrativa e financeira [...] (MEIRELES, 1998, p. 66).

As entidades autárquicas, por outro lado, são pessoas jurídicas com

[...] natureza meramente administrativa, criadas por lei específica, para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou. Funcionam e operam na forma estabelecida na lei instituidora e nos termos de seu regulamento. (MEIRELES, 1998, p. 67).

Tem ainda, as entidades fundacionais, que são pessoas jurídicas “[...] assemelhadas às autarquias [...] São criadas por lei específica com atribuições que lhes forem conferidas no ato de sua instituição.” (MEIRELES, 1998, p. 67).

E, finalmente, temos as entidades paraestatais, que não são pessoas jurídicas de direito público, as estatais, autárquicas e as fundacionais. As entidades paraestatais são na verdade

[...] pessoas jurídicas de Direito Privado cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo. São espécies de entidades paraestatais as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos [...] As entidades paraestatais são autônomas, tem patrimônio próprio e operam em regime da iniciativa particular [...] (MEIRELES, 1998, p. 67).

## 1.8 OS ÓRGÃOS E OS AGENTES PÚBLICOS

Os órgãos públicos fazem parte da estrutura do Estado, assim como, das demais pessoas jurídicas, sendo capazes de exercer direitos e de cumprir com obrigações que estejam relacionadas aos fins institucionais. Tendo poderes de agir em nome da entidade a que pertencem, por meio de seus agentes. Os atos dos órgãos são considerados como sendo atos da própria entidade da qual fazem parte. Sendo que, em função da eficiência na realização de suas funções a atos, sempre buscando o melhor desempenho nas funções estatais, os órgãos têm competências específicas.

Segundo Meireles (1998, p. 67-68) os órgãos públicos são

[...] centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal.

As atividades administrativas do Estado são inúmeras e muito diversificadas, e justamente em função disso os órgãos responsáveis por sua realização apresentam estruturas diversificadas e atribuições específicas. Assim, verificamos a presença de órgãos executivos, legislativos e judiciários. Além de órgãos de direção, planejamento, deliberação, execução, e

assessoramento. Assim como, órgãos regionais e locais, administrativos, jurídicos, normativos, fiscalizadores, dentre outros.

A frente dos órgãos estão os agentes públicos. Estes são definidos como sendo

[...] todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções dos órgãos, distribuídos entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. (MEIRELES, 1998, p. 74).

São criações abstratas das legislações em vigor os órgãos, as funções e os cargos. Por outro lado, os agentes são pessoas físicas e humanas reais. Sendo de classificados os agentes públicos em quatro categorias bem distintas: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos e agentes delegados.

Os primeiros, os agentes políticos “[...] os componentes do governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.” (MEIRELES, 1998, p. 75).

Os agentes políticos não são servidores públicos, e existem normas específicas para sua escolha, investidura e conduta na execução de suas funções. Possuem ampla liberdade funcional, e prerrogativas e responsabilidades específicas definidas em legislações especiais. E, enquadram-se nessa categoria de agentes públicos os chefes dos poderes executivos (Presidente, Governadores e Prefeitos, assim como, os seus ministros e secretários), os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados e Vereadores), os membros do Judiciário (Magistrados) e os representantes diplomáticos.

Os agentes administrativos representam “[...] todos aqueles que se vinculam ao Estado ou às entidades autárquicas e fundacionais por relações profissionais, sujeitos a hierarquia funcional e ao regime jurídico único da entidade estatal a que servem.” (MEIRELES, 1998, p. 78).

Os agentes administrativos são os servidores públicos, e recebem autoridade estatal e responsabilidades em função da posição que ocupam na hierarquia. São servidores profissionais, e não possuem qualquer poder político. Estão sujeitos as normas dos órgãos a que encontram-se vinculados.

Temos ainda, os agentes honoríficos, que

[...] são cidadãos convocados, designados ou nomeados para prestar, transitoriamente, determinados serviços ao Estado, em razão de sua condição cívica, de sua honorabilidade ou de sua notória capacidade profissional, mas sem qualquer vínculo empregatício ou estatutário e, normalmente, sem remuneração. (MEIRELES, 1998, p. 78-79).

Os agentes honoríficos não são funcionários públicos, todavia, exercem em determinadas circunstâncias uma função pública, e durante o exercício da função estão sujeitos hierarquia e disciplina específica do órgão a que estão vinculados momentaneamente. São exemplos típicos de agentes honoríficos os jurados, os presidentes, secretários e mesários das seções eleitorais, dentre outros.

Existem ainda, os agentes credenciados e os agentes vinculados. Os primeiros “[...] recebem a incumbência da Administração para representá-la em determinado ato ou praticar certa atividade específica, mediante remuneração do Poder Público credenciante.” (MEIRELES, 1998, p. 80).

Já os agentes vinculados são representados pelos

[...] particulares que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realiza em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob a permanente fiscalização do delegante. (MEIRELES, 1998, p. 79).

Os agentes delegados são representados pelos concessionários de serviços públicos e obras públicas, os serventuários de cartórios, os tradutores e interpretes públicos, dentre outros.

## CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os princípios fundamentais que regem a administração pública brasileira, nas esferas federal, estadual e municipal, são, outrossim, os mesmo que o Direito Público utiliza amplamente na maioria dos países contemporâneos da sociedade mundial, e encontram-se expressos em nossa Carta Magna em vigor, no art. 37, onde é afirmado que 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 [...] (BRASIL, 2000, P. 39).

Contudo, é importante destacar que o último princípio o da eficiência ainda não é amplamente consagrado no Direito Público mundial, e foi acrescentado na Constituição Brasileira de 1988, por meio de uma Emenda Constitucional nº 19.

Os princípios fundamentais que regem a administração pública brasileira, em todas as esferas públicas, constituem regras de observância constante e imperativa para todos os administradores e gestores públicos, e seus atos administrativos, uma vez que os mesmo buscam sempre preservar e o zelar os interesses da sociedade e do bem comum.

Em seguida analisaremos os princípios consagrados pela Constituição Federal.

### 2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade visa constituir a preponderância da lei escrita, qualidade sem a qual não poderia haver o Estado Democrático de Direito. O princípio da legalidade determina que todas as ações do Estado, assim como, de seus agentes devem, necessariamente, estar embasadas em lei, e esta, por sua vez, devem estar fundamentada na constituição.

O princípio da legalidade expresso na Constituição da República em vigor determina que

[...] o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (MEIRELES, 1998, p. 80).

As leis expressão preceitos que não podem ser descumpridos, nem por desejo e intenção dos responsáveis por sua aplicação, e nem por seus destinatários. Em função da finalidade do Estado, e do agente público, os mesmos são impedidos de não exercer seus poderes e de cumprir o que a lei lhes impõe, sob pena de prejudicar o bem comum. Na administração pública inexistem liberdade e vontade pessoal. Pois a eficiência da administração pública encontra-se condicionada ao atendimento da lei.

Todo e qualquer ato da Administração Pública deve ser respaldado em lei, e esta por sua vez, embasada em texto constitucional. Além disso, a segurança de legalidade na ação do poder público encontra-se intimamente ligada a qualidade das leis, que devem ser obrigatoriamente preparadas de acordo com as normas e técnicas legislativas amplamente aplicadas pelo Direito.

O princípio da legalidade tem como objetivo primordial evitar a atuação do arbítrio dos governantes, ou seja, de sua vontade própria e independente nas decisões e ações da vida pública, prevenindo uma ação exorbitante por parte do Poder Público sobre a sociedade. Pois “[...] o Estado concentra um enorme poder nas mãos dos governantes e de seus funcionários, e não fosse o claro estabelecimento desse princípio constitucional, certamente o poder exercido pela Administração Pública sobre os cidadãos seria exorbitante.” (COELHO, 2009, p. 52-53).

No Brasil é vigente o Direito Positivo, de origem romana, que preceitua que toda lei deve ser escrita. Todavia, nem tudo que é escrito pelo Estado constitui lei. Para que seja lei é preciso apresentar as seguintes características: a autoaplicabilidade, a generalidade, a abstração e o caráter coercitivo.

A autoaplicabilidade é a traço que vai definir que a lei não carece de nenhum outro ato para ser aplicada – com exceção dos casos expressamente previstos no seu texto, como os que prevêm a edição de decretos para a sua regulamentação antes de entrarem em vigor. A generalidade determina que a lei é sempre um ato geral, não podendo jamais incidir sobre um objeto particular. Assim sendo, uma lei pode incidir sobre uma categoria de indivíduos,

mercadorias ou de entidades públicas. A abstração determina que a lei necessita ser sempre abstrata, não tratando jamais de casos concretos. E, finalmente, o caráter coercitivo, que determina que a lei deve possuir um caráter coercitivo e ter uma aplicação compulsória sobre o objeto da legislação, não sendo uma simples recomendação, todavia, em todos os casos sempre ser respeitada, ficando os transgressores submetidos às sanções estabelecidas.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Como bem coloca Coelho (2009, p. 57)

[...] os atos administrativos serão sempre impessoais em um duplo sentido: no de quem age – que é o Estado e não a pessoa do agente; e no do objetivo da ação – que é o interesse público e não o interesse das pessoas particulares atingidas pela ação estatal.

O princípio da impessoalidade deve marcar todos os atos da Administração, seja ele externo ou interno. O autor de todos os atos públicos é sempre o Estado, cabendo ao agente público executá-lo. De acordo com tal princípio todos os atos administrativos são obrigatoriamente impessoais em um duplo sentido: em primeiro lugar, porque quem age é o Estado e não a pessoa do agente. E, em segundo lugar, porque o objetivo da ação é o interesse público e não o interesse privado.

O principio da impessoalidade

[...] nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica e expressa [...] como objeto do ato, de forma impessoal. (MEIRELLES, 1998, p. 88).

Este princípio tem o objetivo do bem comum e do interesse público, assim como, os demais princípios. E assim, procura, igualmente, eliminar a promoção pessoal dos gestores e agentes públicos sobre as ações da administração pública, e ao mesmo tempo, impedi-los de praticar atos buscando unicamente o próprio interesse ou privados de terceiros, por favoritismo ou perseguição.

A impessoalidade pode ser expressa em diferentes atos administrativos e na forma como os mesmos são editados. Nas leis, decretos, resoluções e portarias a impessoalidade pode ser constatada. No caso das leis federais, elas invariavelmente iniciam-se com

[...] a seguinte frase: “O Presidente da República. Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:”, ao que segue o texto da lei, encerrando-se o ato com a assinatura do presidente seguida da do(s) ministro(s) da(s) área(s) envolvida(s). Nessa formalidade, revela-se o princípio da impessoalidade, pois é sempre o Congresso Nacional quem decreta (e não os deputados e senadores tais e quais) e o presidente da República quem sanciona as leis, figurando o(s) nome(s) do(s) agente(s) que a assina(m) apenas no fim do ato. (COELHO, 2009, p. 57).

### 2.3 O PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O terceiro princípio é o da moralidade, e constitui um atributo direto do agente público. Para que a Administração Pública aja de acordo com esse princípio, é fundamental que os servidores e seus agentes, proporcionem através de seu comportamento os valores morais socialmente considerados imperativos, desejáveis e necessários por parte da sociedade. Demanda-se, igualmente, ao servidor público lealdade à instituição que servem e cumprimento das normas e regulamentos, além das ordens superiores, desde que estas não forem ilegais, pois ninguém está obrigado a cumprir uma ordem ilegal.

A moralidade administrativa, no dizer autorizado de Meirelles (1998, p. 86)

[...] constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de ato da Administração Pública [...] Não se trata [...] da moral comum, mas sim da moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’ [...] A moral comum, [...] é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segunda as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Na Constituição Federal, em seu art. 37, § 4 procura preservar o princípio da moralidade entre os gestores e servidores públicos, reprimindo os que não fizerem uso deste princípio em seus atos administrativos quando diz que os

[...] os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 2000, P. 41).

Verificamos, ainda, que o Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994, que estabelece o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, diz expressamente no Capítulo I, Seção I, nos Incisos II

O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, *caput*, e § 4º, da Constituição Federal.

O princípio da moralidade exige dos agentes da Administração Pública probidade e honestidade de conduta, não só enquanto servidores, porém também enquanto cidadãos. Como prescreve o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, em seu Capítulo I, Seção I, nos Incisos I “A dignidade, o decoro, o zelo, a eficácia e a consciência dos princípios morais são primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele... [...]”.

O princípio da moralidade nos atos públicos assegura o interesse público em todos os atos dos agentes públicos, ao passo que, o contrário, ou seja, a imoralidade nos atos de um agente público visa fundamentalmente usar o poder do Estado para atender interesses privados. Assim, considera-se “[...] imoral o abuso do poder assim como o seu uso em benefício próprio ou de terceiros; a aceitação de propinas, a prática da usura, a malversação e desvio dos recursos do patrimônio público.” (COELHO, 2009, p. 58).

## 2.4 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O quarto princípio é o da publicidade e volta-se fundamentalmente para a perceptibilidade e visibilidade social que devem abranger todos os atos da Administração Pública. Os atos do Estado obrigatoriamente devem ser públicos e múltiplos em diversos sentidos, pois são emanados do poder público, no interesse público, para o público, e de conhecimento público. A publicação apenas produz efeitos jurídicos quando realizada em

órgão da Administração, desta forma, somente com a publicação no Diário Oficial, os atos da Administração tornam-se acessíveis ao conhecimento público, é uma entram em vigor.

Nas palavras de Meirelles (1998, p. 89) o princípio da publicidade

[...] é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros [...] A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade.

O princípio da publicidade, determina que todos atos administrativos devem ser publicados no Diário Oficial, e disso resulta então que os mesmos devem ser escritos, e redigidos de acordo com o princípio da legalidade, assegurando a clareza necessária para os mesmos. Segundo Coelho (2009, p. 59) a

[...] necessidade de que todos os atos administrativos sejam escritos deriva, também, do princípio da publicidade. Devendo ser redigido de acordo com as normas e procedimentos decorrentes da aplicação do princípio da legalidade, tal como tratado anteriormente, a constância escrita é que permite a clareza e publicidade necessárias aos atos públicos. As manifestações orais, como os discursos, são importantes meios de comunicação política, mas não são capazes de assegurar a explicitação do interesse público nelas contidas. As palavras vão-se com o vento, além de serem passíveis de manipulação através da oratória.

O princípio da publicidade assegura o início dos efeitos externos dos atos administrativos, e ao mesmo tempo, buscam garantir o controle e a fiscalização desses mesmos atos por parte da sociedade. Como bem coloca Meirelles (1998, p. 89-90) o

[...] princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – mandato de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), ação popular (art. 5º, LXXIII), *habeas data* (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, § 4º) -, e para tanto a mesma Constituição impõe o fornecimento de certidões de atos da administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimentos de situações (art. 5º, XXXIV, “b”) [...]

O princípio da publicidade compreende todos os atos da Administração, e assegura a qualquer pessoa interessada ter acesso, e obter cópias, inclusive dos atos em formação ou concluídos, dos processos, dos pareceres, dos despachos, das atas de julgamentos das

licitações e dos contratos firmados, assim como, todos os comprovantes de despesas e suas respectivas prestações de contas, dentre outros.

Todos os atos e contratos administrativos devem obedecer ao princípio da publicidade. Tendo como exceção apenas determinadas decisões e ações que para produzirem seu necessário efeito precisam do sigilo. Dentro deste contexto, unicamente é “[...] admitido o sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da lei [...]” (MEIRELES, 1998, p. 89).

Contudo, tanto o princípio da publicidade, quanto os atos administrativos sigilosos permitidos em regime de exceção, são para garantir que as decisões do Estado sejam tomadas visando sempre a atender o interesse social e o bem comum.

## 2.5 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, além de outras modificações que orientaram a Reforma do Estado Brasileiro, introduziu no art. 37 da Constituição Federal, a obrigatoriedade da observação do princípio da eficiência na Administração Pública, que se acrescentou aos demais princípios consagrados no direito público, ou seja, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

A idéia de eficiência não é nova na administração pública, e sua existência pode ser identificando bem antes da referida Emenda. Contudo, em 1998, as fortes influências do neoliberalismo, vindas no processo de globalização, levaram o Brasil a realizar uma reforma administrativa, e a introduzir o princípio da eficiência entre os princípios da administração pública. Como bem coloca Muniz (2007, p. 86) no

[...] Direito Administrativo, a noção de eficiência não é nova (não se concebe um Estado que se estruture sem o propósito de desempenhar, a contento, ações voltadas à satisfação das necessidades da sociedade), podendo ser verificadas na sua forma legal, pelo menos desde o Decreto Lei 200/67, que reestruturou a Administração Pública Federal. O que se configurou novidade foi o espírito trazido pela reforma do Estado, trabalhada ideologicamente numa idéia de eficiência experiência do setor privado. O

realinhamento da função estatal estava simbolizado na idéia de eficiência gerencial no desempenho de suas atividades, tendo como objetivo inserir o Estado brasileiro na economia globalizada.

A Carta Magna, no art. 74, II, desde 1988, já preconizava que os

[...] Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) II- comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à *eficácia e eficiência*, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

Todavia, não é possível negar, que a Reforma do Estado, elaborada no ano de 1995, pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, desempenhou papel decisivo na introdução peremptória do princípio da eficiência na Carta Magna. Uma vez que a supracitada reforma, de cunho neoliberal, preconizava a transformação do modelo burocrático, até então vigente na Administração Pública brasileira, mediante a implantação da concepção de administração gerencial, aproximando-se do modelo da iniciativa privada, que buscam sempre atingir resultados, minimizar os custos e reduzir os controles das atividades-meio.

O princípio da eficiência que determina a racionalidade financeira no funcionamento da Administração Pública. São os tributos pagos por todos que financiam as ações e atos da Administração Pública, e, portanto, é do interesse de toda sociedade que sejam utilizados de forma eficiente, isto é, proporcionar a melhor relação custo-benefício. Como bem coloca Coelho (2009, p. 60) o princípio da eficiência

[...] aponta para a racionalidade econômica do funcionamento da Administração Pública. É do interesse público que os tributos pagos pelos cidadãos, e utilizados para custear as funções administrativas, não apenas sejam utilizados de forma legal, impessoal, moral e pública, como também de forma eficiente, isto é, apresentando a melhor relação custo benefício.

O princípio da eficiência é um dos deveres da Administração Pública e de seus gestores, uma vez que todo agente público tem a obrigação de realizar suas atribuições não apenas com legalidade, todavia, com prontidão, perfeição e rendimento funcional, de modo a produzir os melhores resultados em todos os serviços públicos oferecidos a sociedade. O princípio da eficiência determina que os gestores públicos pratiquem a boa administração. Assim, o princípio da eficiência

[...] pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir ao público, na justa proporção das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente. (MODESTO, 2007, p. 6).

Assim, o princípio da eficiência

[...] assume duas vertentes: a primeira é organizar e estruturar a máquina estatal para torná-la mais racional para que as necessidades da sociedade sejam alcançadas de forma mais satisfatória e a segunda, é regular a atuação dos agentes públicos buscando que esses tenham um melhor desempenho possível a fim de atingirem os melhores resultados. (MARTINS, 2008, p. 2).

Dentro deste contexto, o princípio de eficiência é econômico visa orientar a atividade administrativa para alcançar os melhores resultados e benefícios ao menor custo possível e utilizando os meios que dispõe

## CAPÍTULO III - PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

O gestor público juntamente com todos os servidores públicos que lhes são subordinados utiliza obrigatoriamente no exercício de sua função um conjugado de poderes atribuídos pelo Estado, que serão consecutivamente proporcionais e compatíveis com o seu respectivo nível hierárquico dentro da estrutura administrativa pública do Estado. Todavia, todo poder exercido pela Administração Pública apresenta analogicamente um conjunto de deveres, e essa correspondência não é aleatória, mas logicamente derivada dos seus princípios orientadores desta mesma Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, e Eficiência.

### 3.1 OS PODERES ADMINISTRATIVOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os poderes políticos encontram-se relacionados aos poderes de Estado, sendo exercidos respectivamente pelos órgãos constitucionais do Governo. Enquanto que os poderes administrativos expandir-se por toda a Administração Pública, e constituem os meios e instrumentos de sua atuação.

Visando bem atender ao interesse público, os poderes administrativos apresentam um conjunto diversificado, sendo que desde já é imprescindível especificar que conforme apontou Meirelles (1998, p. 100-101), dentro desse conjunto são classificados

[...] consoante a liberdade da Administração para prática de seus atos, em poder vinculado e poder discricionário; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em poder hierárquico e poder disciplinar; diante de sua finalidade normativa, em poder regulamentar; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em poder de polícia

O primeiro poder, o poder vinculado, determina que os atos da Administração pública e de seus agentes estejam sempre vinculados ao que determina a lei, sob pena de ter os atos anulados. Conforme Meirelles (1998, p. 101) em função do poder vinculado “[...] o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações.”

Contudo, é importante destacar que constitui tarefa muito difícil apontar um ato administrativo totalmente vinculado, uma vez que haverá continuamente aspectos que a Administração Pública encontrar diversas alternativas para sua realização.

O administrador público pode usar a discricionariedade, ou seja, o poder de liberdade de ação administrativa de acordo com sua conveniência, oportunidade e conteúdo, contudo, evidentemente, observando o que prescreva a lei quanto à competência, à forma e à finalidade, constituindo dessa forma um ato legal e válido. Assim a

[...] faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade. (MEIRELLES, 1998, p. 101).

A Hierarquia é definida por Meirelles (1998, p. 106) “[...] como a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação de autoridades de cada um.”

Dentro deste contexto, o poder hierárquico pode ser definido como

[...] aquele de que dispõe o titular do Poder Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes. É o poder de reorganizar a Administração Pública de acordo com o que cada governo julgar ser a estrutura mais conveniente para: a sua forma particular de administrar, que pode ser centralizada, descentralizada, participativa etc.; acomodar os diferentes integrantes da sua equipe de governo, como partidos e outros grupos de apoio considerados relevantes e necessários à sua gestão; e atingir os objetivos propostos. (COELHO, 2009, p. 60-61).

O poder hierárquico do Executivo visa no âmbito dos atos da Administração Pública ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro. Ordenar as atividades administrativas para que sejam cumpridas com eficiência. Coordenar as funções administrativas visando a um funcionamento harmonioso. Controlar todas as atividades de acordo com as instruções legais. Corrigir os desvios e erros administrativos através da atuação dos órgãos superiores sobre os inferiores.

Dentro deste contexto, o poder hierárquico é uma exclusividade do Poder Executivo, não existindo nesses mesmos moldes tal poder hierárquico no Poder Legislativo e no Poder Judiciário.

O poder hierárquico determina aos órgãos e funções subordinadas à estrita obediência às ordens das instâncias superiores, desde que não sejam evidentemente ilegais. Pois de acordo com a Constituição Federal, “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” (1988, art. 5, II).

Todavia, discutir, retardar ou deixar de cumprir ordens superiores amparadas legalmente, em função de conveniência ou oportunidade, acarreta para o agente público falta disciplinar, e igualmente, em crime de prevaricação, de acordo o que prescreve o Código Penal Brasileiro em seu art. 319: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.”

O poder disciplinar é exercido dentro do âmbito da Administração Pública para controlar os atos administrativos, o desempenho das funções, e a própria conduta interna dos agentes públicos. O poder disciplinar buscar assegurar que a conduta desses mesmos agentes seja compatível com os interesses do Estado, ou seja, com o interesse público. E nos casos de desvio, responsabiliza-os por suas faltas.

Em síntese, Meirelles (1998, p. 108) afirma que o poder disciplinar

[...] é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração. É uma supremacia especial que o Estado exerce sobre todos aqueles que se vinculam à Administração por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço ou do estabelecimento que passam a integrar definitivamente ou transitoriamente.

Os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito) detém o poder de regulamentar leis, assim como, prover com normas, os casos não previstos em lei, originados dos vazios legais ou da imprevisibilidade de fatos e circunstâncias que exigem providências imediatas da Administração. O poder de regulamentar é exclusivo dos Chefes do Poder Executivo, não sendo delegável a qualquer outro agente público.

Os regulamentos emitidos pelos Chefes do Poder Executivo não são leis, apesar de possuírem conteúdos e poderes semelhantes. Os regulamentos na hierarquia das normas estão em posição inferior às leis, e não as pode contrariar, restringir ou ampliar. Constituindo o regulamento em

[...] um ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (regulamento de execução) ou prover situações não disciplinares em lei (regulamento autônomo ou independente). (MEIRELLES, 1998, p. 113).

Administração Pública exerce o poder de polícia objetivando conter os abusos de indivíduos e grupos na sociedade civil no exercício da sua liberdade negativa, que se revelam contrários ou nocivos ao interesse público, ao bem-estar social, e a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção por parte do Poder Público.

A prática do poder de polícia

[...] fundamenta-se na supremacia que o Estado exerce sobre o conjunto da sociedade e justifica-se sempre pelo interesse social. Sua finalidade é defesa do interesse público no seu sentido mais amplo. O poder de polícia é exercido sobre todas as atividades particulares que afetam ou possam afetar os interesses coletivos, colocando em risco a segurança dos cidadãos ou a segurança nacional. Através do exercício desse poder, a Administração Pública regulamenta, controla ou contém as atividades dos particulares. (COELHO, 2009, p. 61).

A área de atuação do poder de polícia administrativa é delimitada, em primeiro lugar, pelo interesse social na intervenção do Estado em determinada área e, em segundo, pelos direitos fundamentais do indivíduo assegurados pela Constituição Federal.

É conveniente, contudo, estabelecer a distinção entre a polícia administrativa das polícias judiciária e de manutenção da ordem pública. A primeira

[...] a polícia administrativa incide sobre os bens, direitos e atividades, ao passo que as outras atuam sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. A polícia administrativa é inerente e se difunde por toda a Administração Pública, enquanto as demais são privativas de determinados órgãos (Polícias Cíveis) ou corporações (Polícias Militares). (MEIRELLES, 1998, p. 115).

A polícia administrativa possui área de atuação ampla e abrange genericamente a segurança, a salubridade e a moralidade pública, assim como, áreas específicas como a construção civil, a indústria e o comércio de alimentos e medicamentos, o uso das águas, e a exploração de florestas e minas, dentre outros.

O poder de polícia administrativa possui alguns atributos específicos para a sua prática, e lhe conferem efetividade. A saber:

Discricionariedade: só cabe ao Estado determinar a oportunidade e a conveniência de exercê-lo. Autoexecutoriedade: a decisão, para ser executada, não requer a intervenção do Judiciário. Coercibilidade: é o respaldo da força para as medidas adotadas pela Administração. (COELHO, 2009, p. 62).

O poder de polícia administrativa é exercido no que diz respeito à sua aplicação temporal, tanto de modo preventivo quanto *a posteriori*. Quando atua preventivamente, exerce-se através de ordens, proibições, ratificações e restrições. Quando por outro lado, atua a posteriormente, atua mediante a aplicação de multas, interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, embargo administrativo de obras, demolição de construções irregulares, destruição de objetos, dentre outros meios.

### 3.2 OS DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

O primeiro dever do agente público é o dever de agir. Este dever é proveniente da dicotomia Direito Público/Direito Privado e encontra-se em harmonia com o princípio da legalidade. Uma vez que o Estado juntamente com os servidores públicos age exclusivamente de acordo com o que estabelece a lei, não agir quando a lei assim determina constitui omissão, o que no Direito Penal, em seu artigo 319, recebe o nome de prevaricação, sendo determinado como crime praticado por funcionário público contra a Administração Pública. Assim como, utilizar de seus poderes para protelar ou de meios para provocar adiamentos constitui procrastinação, ato expressamente proibido ao servidor público federal pelo seu código de ética. Dentro deste contexto, agir como determina a lei é uma obrigação e dever do servidor público.

Para o administrador público o poder tem o significado de dever no sentido que quem possui o poder encontra-se sempre na obrigação de exercitá-lo para o interesse público. Restando praticamente

[...] nenhuma liberdade [...] ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí por que a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissor e autoriza a obtenção do ato omitido por via judicial, notadamente por mandato de segurança, se lesivo de direito líquido e certo do interessado. (MEIRELLES, 1998, p. 92).

O agente público tem o dever de agir com eficiência. Este dever encontra suas origens no princípio de mesmo nome, ou seja, o princípio da eficiência na Administração Pública, e que para as sociedades contemporâneas tornou-se importantíssimo. O processo proeminente de modernização das sociedades capitalistas contemporâneas no campo das estruturas produtivas e econômicas influenciou a transformação das estruturas estatais, assim como, os procedimentos adotados pela Administração Pública, e a eficiência, foi incorporada ao Estado moderno, buscando conseguir o melhor rendimento com o mínimo de erros, de dispêndio de energia, tempo, dinheiro ou meios.

O princípio da eficiência é o mais moderno princípio da administração pública, e impõe que os atos e serviços prestados pela administração pública sejam todos desempenhados não apenas com legalidade, todavia, com eficiência, ou seja, com presteza, perfeição e rendimento. Como bem coloca Meirelles (1998, p. 93) a o dever da

[...] eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o que se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. Assim, a verificação da eficiência atinge os aspectos quantitativo e qualitativo do serviço [...].

O dever de probidade encontra suas origens no princípio constitucional da moralidade, determinado na legislação em vigor por seu contrário, ou seja, a improbidade administrativa, amplamente abordada na Lei nº 8.429/92, que é aplicável a todos os agentes públicos, servidores ou não, de todos os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e de todas as esferas da federação (Federal, Estadual e Municipal), assim como, na Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º, quando afirma:

[...] 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 e, também, ao seguinte: [...] § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O dever da probidade é um elemento indispensável à legitimidade da conduta e dos atos praticados pelo administrador público, de tal modo que existe uma legislação específica (Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992) abordando os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou

fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território. A lei nº 8.429/92 classifica os casos de improbidade administrativa em três tipos: o primeiro que importam enriquecimento Ilícito (art. 9º), o segundo que causam prejuízo ao erário (art. 10), e o terceiro que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). E determina no art. 12 as sanções que o Poder Judiciário deve aplicar independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, para os casos de improbidade administrativa:

[...] I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

A importância da conduta do administrador público, assim como, a enorme diversidade de situações que propiciam ao administrador público incorrer em atos de improbidade administrativa, fornecem o embasamento para existência de uma legislação específica para coibir e punir os atos de improbidade administrativa e assegurar o interesse público, uma vez

[...] o Estado exerce um enorme poder que lhe foi conferido pela sociedade, ele e seus servidores são, ao mesmo tempo, e na mesma medida, repositórios tanto de esperança quanto de desconfiança populares. Por isso, do Estado espera-se tudo, ou quase, e dele e de seus servidores, desconfia-se de tudo, ou de quase tudo. (COELHO, 2009, p. 64).

O dever de prestar contas tem sua origem no bom emprego do princípio constitucional da publicidade e da responsabilidade de todo servidor público por seus atos administrativos. Não é suficiente que o agente público aja de acordo com o que estabelece a lei, os

regulamentos e os superiores hierárquicos aos quais ele se encontra subordinado, todavia, é igualmente necessário que o agente público assuma a responsabilidade por seus atos e que estes sejam publicamente sustentáveis.

O dever de prestar contas do administrador público ocorre como consequência natural da responsabilidade sobre a administração dos bens e interesses públicos. O ato de

[...] administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade [...]. (MEIRELLES, 1998, p. 92).

O servidor público é obrigado pelo dever de prestar contas não apenas sobre a gestão dos recursos financeiros públicos, porém, dos seus atos na Administração Pública que envolve bens ou interesses da coletividade, a diferentes autoridades e em diversos níveis:

[...] ao seu chefe imediato, que, por sua vez, é o responsável pelos atos dos seus subordinados perante os seus superiores; aos órgãos de controle instituídos, como corregedorias, controladorias internas, tribunal de contas e Judiciário; e ao público em geral, constituído pelo conjunto de cidadãos que, direta ou indiretamente, sofrem os efeitos da Administração Pública e pagam os tributos com que as atividades do Estado são mantidas. (COELHO, 2009, p. 64).

O dever de prestar contas dos servidores públicos busca, então, cumprir o princípio constitucional da publicidade e da responsabilidade de todo servidor público por todos os seus atos administrativos.

## **CAPÍTULO IV - OS CONTRATOS DO SETOR PÚBLICO COM OS AGENTES PRIVADOS**

### **4.1 LICITAÇÃO**

A licitação é um procedimento administrativo necessário e que ocorre antes do contrato administrativo. Os contratos administrativos para serem celebrados exige a licitação previa apenas dispensada, dispensável ou inexigível nos casos expressamente previsto na Lei.

Contudo, é importante destacar que a licitação é apenas um procedimento administrativo prévio e necessário a um futuro contrato administrativo, e assim não dá origem a nenhum direito ao contrato. Não obstante, realizada a licitação, a Administração Pública no caso de decida celebrar realmente o contrato, encontra-se obrigada a fazê-lo com o proponente vencedor.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, alterada mais recentemente pela Lei 11.848 de 31 de maio de 2007, é que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Estando subordinados a esta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

#### **4.1.1 Conceito de licitação**

Segundo o Dicionário Eletrônico *Housaiss*, licitação é “escolha, por concorrência, de fornecedores de produtos ou serviços para órgãos públicos, de acordo com edital publicado previamente em jornais”. Ou seja, é um procedimento público seletivo prévio, com o objetivo

de permitir ao Poder Público analisar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las, e assim, escolher a proposta mais vantajosa para o interesse público.

Segundo Meirelles, a licitação constitui um

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculados para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (MEIRELLES, 1998, p. 237).

A licitação, então possui uma dupla finalidade. Em primeiro lugar, permitir a Administração Pública obter na celebração do contrato administrativo as condições mais vantajosas para o interesse público na realização de obras, na prestação de serviços, na alienação, na concessão e na locação, e em segundo lugar, resguardar os direitos dos possíveis contratados.

#### **4.1.2 Princípios da licitação**

O processo da licitação é regido por uma série de princípios. A saber: procedimento formal, publicidade de seus atos, igualdade entre todos os licitantes, sigilo absoluto na apresentação das propostas, vinculação da proposta ao edital ou convite, julgamento objetivo e, finalmente adjudicação compulsória ao vencedor.

O procedimento formal é o princípio do processo de licitação que

[...] impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei mas, também, do regulamento, do caderno de obrigações e até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores [...] (MEIRELLES, 1998, p. 238).

O segundo princípio a ser observado no processo de licitação diz respeito a publicidade de todos os seus atos, assim

[...] abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento do edital e seus anexo, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas” [...] (MEIRELLES, 1998, p. 238).

O princípio da publicidade encontra-se expresso no art. 3º, parágrafo 3, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, quando afirma que a “licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”. Assim, é importante destacar que a abertura dos envelopes de documentação, assim como, das propostas oferecidas pelos interessados devem ser públicos.

O terceiro princípio do processo licitatório é o que assegura a igualdade entre os licitantes, impedindo qualquer tipo de discriminação entre os licitantes. Este princípio encontra fundamentação no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, ao afirmar que é vedado aos agentes públicos

[...] admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato [...].

Contudo, a Administração Pública tem o poder de estabelecer requisitos mínimos de participação nos processos licitatórios, com o objetivo de garantir a execução do contrato, à perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento, ou mesmo o pronto atendimento dos interesses públicos.

O quarto princípio do processo licitatório diz respeito ao sigilo na apresentação das propostas, que encontra fundamentação legal no art. 3º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, quando afirma que a “[...] licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, *salvo quanto ao conteúdo das propostas*, até a respectiva abertura.” (Grifo nosso).

O sigilo na apresentação das propostas busca garantir a igualdade entre os licitantes, uma vez que o proponente que tivesse acesso a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua, ficaria em posição vantajosa. Assim sendo, a abertura antecipada das propostas enseja a anulação do procedimento licitatório, e constitui um ato ilícito, com pena de detenção e multa.

O quinto princípio do processo licitatório encontra-se relacionado à vinculação do edital. É o

[...] princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. [...]. (MEIRELLES, 1998, p. 239).

A Administração Pública deve obedecer ao edital, que é a lei interna da licitação, e uma vez publicado o edital, seus termos tornam-se inalteráveis durante todo o procedimento. Contudo, na possibilidade e ocorrer um ato falho ou inadequado, pode-se corrigir o edital por meio de um aditamento ou expedição de um novo edital, com republicação e novos prazos.

O sexto princípio da licitação o do julgamento objetivo encontra-se relacionado ao “[...] critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas [...] Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração [...]” (MEIRELLES, 1998, p. 240).

O sétimo princípio do processo licitatório diz respeito a probidade administrativa, enquanto dever de todo administrador público. A probidade administrativa é princípio constitucional, e vem expressa no art. 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, de modo a reforçar a probidade dos servidores públicos que promovem e julgam os atos do processo licitatório.

E, finalmente, temos o princípio da adjudicação compulsória que

[...] impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor [...] A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove motivo justo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior [...]. (MEIRELLES, 1998, p. 240).

#### **4.1.3 Obrigatoriedade, dispensa e inexigibilidade de licitação**

É obrigatório o processo de licitação nos processos do poder público visando a realização de obras, aquisição de serviços, nas compras e nas alienações. Como bem coloca Meirelles (1998, p. 242) a “[...] licitação de obras, serviços, compras e alienações passou a ser

uma exigência constitucional para toda a Administração Pública, direta, indireta e fundacional, ressalvados especificados na legislação pertinente [...]”.

A especifica, contudo, os casos em que podem ocorrer sem a realização de licitação, tornando-a dispensada, dispensável, e mesmo inexigível.

No caso de licitação dispensada, os casos ocorrem com

[...] relação a imóveis: nos casos de dação em pagamento; investidura; venda ou doação a outro órgão público; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de habilitações de interesse social. Com relação a bens móveis: nos casos de doação, permuta, venda de ações e títulos, venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração e venda de materiais e equipamentos inservíveis [...] (MEIRELLES, 1998, p. 242).

Por outro lado, a licitação dispensável constitui toda aquela em que a Administração pode dispensar se assim lhe convier. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seu art. 24, enumera as situações:

[...] I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem; IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos; V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços; VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados

por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia; XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido; XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia; XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos; XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público; XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade; XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico; XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei; XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. XXI - para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural

com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida; XXVI - na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; XXVIII - para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; XXIX - na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força; XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal; XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. Parágrafo único. Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.

E, finalmente, existem os casos de inexigibilidade de licitação, ou seja, quando inexistente a possibilidade jurídica de competição entre os contratantes, em função da natureza específica do negócio, ou mesmo pelos objetivos visados pela Administração. Destacando na lei os casos de inviabilidade de competição quando o fornecedor é exclusivo, ou o único que reúne as condições necessárias para atender a satisfação do objeto contratado. Estas situações são previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no art. 25, incisos I, II e III, quando afirma ser

[...] inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes; II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

#### **4.1.4 Modalidades da licitação**

As modalidades de licitação são apontadas no art. 22, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. A saber: “I - Concorrência; II - Tomada de Preços; III - Convite; IV – Concurso; V – Leilão”. E, também pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que “Instituiu a modalidade de licitação denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns”.

Os preceitos legais sobre as licitações abrangem todas as modalidades e os casos específicos de cada uma delas.

De acordo com o art. 22, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a 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.” A concorrência é uma modalidade de licitação utilizada para contratos de altos valores, em é permitida a participação de quaisquer interessados, que estejam cadastrados ou não, desde que cumpram as exigências do edital.

A modalidade de licitação denominada tomada de preços é determinada pelo art. 22, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que afirma como sendo essa

[...] 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.

Na modalidade de tomada de preços os interessados devem ser previamente cadastrados, e habilitados. Sendo utilizada nas contratações de obras, serviços e compras, de acordo com os valores estabelecidos na legislação.

A modalidade de licitação denominada de convite é determinada pelo art. 22, parágrafo 3º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando afirma que esta

[...] é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

A modalidade de convite é utilizada para contratações de pequeno valor, sendo também a mais simples entre todas. Nessa modalidade de licitação, são enviados convites a três proponentes do ramo, registrados ou não, solicitando que apresentem suas propostas para o processo licitatório. Sendo as propostas julgadas pela Comissão de Julgamento das licitações. E, julgado o vencedor, formaliza-se o ajuste por simples ordem de execução, autorização de compra ou carta-contrato.

A quarta modalidade de licitação, o concurso, sendo determinada pelo art. 22, parágrafo 4º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando afirma que o 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 de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

O leilão é a quinta modalidade de licitação, e vem determinada pelo art. 22, parágrafo 5º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, quando afirma que o 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 a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

O leilão é a modalidade de licitação destinada para a venda de bens móveis e semoventes, e ainda, nos casos especiais, de acordo com a legislação, também para bens imóveis.

E, finalmente, existe a modalidade de licitação denominada pregão, que foi instituída pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Esta modalidade de licitação é destinada de acordo com o art. 1º,

[...] Para aquisição de bens e serviços comuns, [...] . Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

## 4.2 CONTRATOS

O contrato é uma instituição do Direito Privado, contudo, é utilizado na Administração Pública algumas vezes em sua essência doutrinária (contrato de natureza semipública, ou contrato administrativo atípico), ou seja, como contratos privados firmados pela Administração Pública. E outras vezes, sofrendo algumas adaptações para os negócios públicos, ou seja, como contratos administrativos (contrato administrativo propriamente dito, ou seja, contrato administrativo típico).

Outrossim, os contratos da Administração Pública, sejam de que espécie for, são fundamentados por interesse e finalidade pública, assim como, são sempre regidos por princípios e normas específicas do Direito Público, e apesar de limitados nos conteúdos e requisitos, possuem alguns privilégios administrativos, de acordo como o interesse público, para estabelecer e alterar cláusulas ou mesmo encerrar o contrato ainda no meio de sua execução.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública, e define contrato em seu art. 2º, Parágrafo Único, quando afirma que

[...] Para os efeitos dessa Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

### 4.2.1 O Conceito e peculiaridades do contrato administrativo

O contrato administrativo é um acordo legal “[...] que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração” (MEIRELLES, 1998, p. 189).

O contrato administrativo possui algumas características fundamentais: é invariavelmente consensual (é um acordo de vontades entre as partes), formal (uma vez que é escrito e com normas e cláusulas), oneroso (pois é remunerado conforme as convenções firmadas), cumutativo (uma vez que estabelece compensações recíprocas) e *intuitu personae* (deve ser executado pelo contratado), a exigência de licitação (instrumento legal de verificação da melhor proposta para atender ao interesse público), sendo esta última característica dispensável apenas em casos previstos em lei, e finalmente, a supremacia de poder da Administração Pública na fixação das cláusulas contratuais (a faculdade da Administração Pública de impor as ‘cláusulas exorbitantes do Direito Comum’).

A supremacia de poder da Administração Pública, consubstanciada nas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas, produzem certas peculiaridades para os contratos administrativos. As cláusulas exorbitantes ultrapassam o direito comum para se concretizar em uma prerrogativa em favor da Administração Pública para o adequado atendimento do interesse público, que se sobrepõe a qualquer interesse privado.

Dentro deste contexto, as cláusulas exorbitantes estabelecem inúmeras prerrogativas para Administração Pública ao firmar os contratos administrativos, sendo as principais: alteração e rescisão unilateral de contratos, o equilíbrio econômico e financeiros, o reajustamento de preços e tarifas, a exceção do contrato não cumprido, o controle do contrato, a aplicação de penalidades, e a interpretação do contrato.

A alteração e rescisão unilateral do contrato é questão de ordem pública, não podendo a administração abrir mão dessa prerrogativa, sob pena de subordinar o interesse público ao interesse privado do contratado. A alteração e rescisão unilateral do contrato

[...] é inerente à Administração, pelo quê podem ser feitas ainda que não previstas expressamente em lei ou consignadas em cláusula contratual. Assim, nenhum particular, ao contratar com a Administração, adquire direito

à imutabilidade do contrato ou à sua execução integral [...] (MEIRELLES, 1998, p. 191).

### O equilíbrio econômico e financeiros do contrato administrativo

[...] é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação deve ser mantida durante toda a execução do contrato, e fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. (MEIRELLES, 1998, p. 192-193).

O reajustamento de preços e tarifas é um elemento contratual autorizado legalmente para corrigir os preços de obras, serviços, fornecimento ou tarifa dos contratos administrativos. Sendo contemporaneamente, utilizada a indexação de tarifas ou indexação de preços para os contratos de longa duração, para se obter de modo automático o reajuste de preços provocados pela inflação. O reajustamento de preços é uma medida “[...] para evitar que, em razão das elevações do mercado, da desvalorização da moeda ou do aumento geral de salários no período de execução do contrato administrativo, venha-se a romper o equilíbrio financeiro do ajuste.” (MEIRELLES, 1998, p. 193).

A exceção do contrato não cumprido existente no Direito Privado, não é aplicado nos contratos administrativos. O particular não pode paralisar a execução do contrato mesmo diante da omissão ou mesmo em função do atraso por parte da Administração no cumprimento de suas obrigações contratuais. Contudo, a Administração, pode utilizar esse recurso jurídico em seu favorecimento, em função da inadimplência do particular.

### Outrossim, existe uma tendência para atenuar tal situação

[...] nos casos em que a inadimplência do Poder Público cria para o contratado um encargo extraordinário e insuportável, como [...] o atraso prolongado dos pagamentos, obrigando-o a um verdadeiro financiamento, não previsto, do objeto do contrato. (MEIRELLES, 1998, p. 194).

O controle do contrato administrativo, permite a intervenção por negligência da empresa contratada ou por ocorrência de fatos que provoquem o retardamento ou paralisação da execução do contrato, que acarretem prejuízos a Administração Pública, aos usuários, ou ainda ao empreendimento contratado. O controle do contrato administrativo constitui

[...] um dos poderes inerentes à Administração e, por isso mesmo, implícito em toda contratação pública [...] desde que à Administração incumbem a realização de obras públicas e a prestação de serviços à coletividade, há de ter a correspondente prerrogativa de controlar os seus contratos e de adequá-

los às exigências do momento, supervisionando, acompanhando e fiscalizando a sua execução ou nela intervindo. (MEIRELLES, 1998, p. 194).

A aplicação de penalidades é uma prerrogativa da Administração Pública nos contratos administrativos, que atuam juntamente com a prerrogativa de controle do contrato. Pois uma vez constatada uma infração do contratado, a Administração pode puni-lo em função de sua falta. Ao estabelecer o contrato, a Administração Pública

[...] reserva-se implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não previstas expressamente no contrato, independentemente de previa intervenção do Poder Judiciário [...] penalidades, que compreendem desde as advertências e multas até a rescisão unilateral do contrato, a suspensão provisória e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração [...] (MEIRELLES, 1998, p. 195).

Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista o atendimento do interesse público, e a satisfação das necessidades coletivas. Assim,

[...] nos contratos administrativos celebrados em prol da coletividade não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado. É este o princípio fundamental, mas existem outros [...] Dentre esses princípios avultam os relacionados com a vinculação da Administração ao interesse público; a presunção de legitimidade das cláusulas contratuais; a alterabilidade das cláusulas regulamentares e a excepcionalidade dos contratos de atribuição. (MEIRELLES, 1998, p. 195).

#### **4.2.2 As Cláusulas essenciais dos contratos administrativos**

O contrato administrativo obrigatoriamente deve possuir as cláusulas essenciais, sob pena de ser anulado juridicamente. As cláusulas essenciais definem o objeto do contrato e estabelecem as condições fundamentais para sua execução.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 instituiu as cláusulas essenciais dos contratos da Administração Pública, em seu art. 55, ao afirmar que são

[...] cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: I - o objeto e seus elementos característicos; II - o regime de execução ou a forma de fornecimento; III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-

base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica; VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas; VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso; XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos; XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Além disso, é obrigatório ainda a cláusula que estabelece o competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, conforme evidencia o parágrafo 2º, do art. 55, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. a saber:

[...] Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

#### **4.2.3 Direitos e obrigações das partes**

Os contratos administrativos, assim como, os demais contratos do universo jurídico, devem ser cumpridos fielmente, com as partes exercendo seus direitos e, por outro lado, cumprindo suas obrigações, segundo estabelecido nas cláusulas contratuais.

Em relação aos direitos, temos pelo lado da administração o de exercer suas prerrogativas diretamente, sem intervenções do Poder Judiciário. Enquanto que, por parte do contratado, existe o direito de receber o preço estabelecido pelas obras, serviços, fornecimentos ou nos contratos de atribuição, a concessão de uso dos bens públicos. Conforme destaca Meirelles (1998, p. 202)

[...] O principal direito da Administração [...] é o de exercer suas prerrogativas [...] diretamente, isto é, sem intervenção do Judiciário, ao qual cabe ao contratado recorrer sempre que não concordar com as pretensões da Administração e não lograr compor-se amigavelmente com ela. [...] O principal direito do contratado é o de receber o preço, nos contratos de colaboração (execução de obras, serviços e fornecimentos), na forma e no prazo convencionados, ou, do mesmo modo, a prestação devida pela Administração, nos contratos de atribuição (concessão de uso de bens públicos e outros dessa espécie).

Em relação aos deveres, ou obrigações, nos contrato de colaboração, em relação a Administração existe o pagamento preço estabelecido nos termos contratuais, e no que diz respeito ao contrato, relaciona-se ao cumprimento da prestação ajustada contratualmente. Por outro lado, nos contratos de atribuição, as obrigações são inversas aos contratos de colaboração. De acordo com Meirelles (1998, p. 202-203) os deveres

[...] da administração reduzem-se, geralmente, ao pagamento do preço ajustado, ao passo que as do contratado se expressam no cumprimento da prestação prometida. Isso nos contratos de colaboração, porquanto nos de atribuição invertem-se as posições, ficando a cargo da Administração a prestação do objeto contratual e ao particular o pagamento da remuneração convencionada.

#### **4.2.4 Extinção, prorrogação e renovação do contrato administrativo**

Os contratos administrativos podem se extintos, prorrogados e mesmo renovados entre a Administração Pública e o contratado. No primeiro caso, a extinção do contrato,

[...] é a cessação do vínculo contratual entre as partes pelo integral cumprimento de suas cláusulas ou pelo seu rompimento, através de rescisão ou da anulação. Todas são formas de extinção do contrato, normais ou excepcionais, que fazem desaparecer as relações negociais entre os contratantes, deixando apenas as consequências da execução ou da inexecução contratual (MEIRELLES, 1998, p. 195).

A extinção do contrato pode ocorrer pela conclusão do objeto, ou seja, quando as duas partes cumprem integralmente suas obrigações contratuais. A extinção contratual pode ocorrer ainda por meio excepcional através de rescisão (administrativa, judicial, amigável ou de pleno direito) em função de inúmeras razões, e por meio de anulação quando se constata termos ilegais nos termos contratuais.

E, finalmente, o contrato administrativo pode ser extinto por término do prazo de vigência, nos casos de contratos com prazo determinado. Assim, expirado o prazo contratual, extingue-se o contrato como consequência.

Os contratos da administração pública podem ser prorrogados, ou seja, podem ter seus prazos estendidos, de acordo com o que estabelece o art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. De acordo com Meirelles (1998, p. 210) a

[...] Prorrogação do contrato é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, com o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores. Assim a prorrogação, que é feita mediante termo aditivo, independe de nova licitação, podendo seu prazo ser igual, inferior ou superior ao do contrato original [...].

E, finalmente, os contratos da administração podem ser renovados. Como bem coloca Meirelles (1998, p. 210) a

[...] Renovação do contrato é a inovação no todo ou em parte do ajuste, mantido, porém, seu objeto inicial. A sua finalidade é a manutenção da continuidade do serviço público, pelo que admite a recontração direta do atual contratado, desde que as circunstâncias a justifiquem e permitam seu enquadramento numa das hipóteses legais de dispensa ou inexigibilidade de licitação [...].

#### **4.2.5 Principais contratos administrativos**

A Administração Pública atua com diversos tipos de contratos para atender os interesses públicos. Sendo que os principais tipos de contratos administrativos são os contratos de obras públicas, os contratos de serviços, os contratos de trabalhos artísticos, os contratos de fornecimento, os contratos de concessão e, finalmente, os contratos de gerenciamento.

Os primeiros, os contratos de obras públicas, constituem “[...] todo ajuste administrativo que tem por objetivo uma construção, uma reforma ou uma ampliação de imóvel destinado ao público ou ao serviço público.” (MEIRELLES, 1998, p. 224). Os contratos de obras públicas, obrigatoriamente diz respeito a uma realização material.

Os contratos de serviços, por outro lado, constituem “[...] todo ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados.” (MEIRELLES, 1998, p. 227). O serviço encontra distinção da obra material em função da predominância da atividade/serviço sobre o material. E, em razão da infinidade de tipos de serviços prestados, as leis administrativas buscam enumerá-los e exemplificá-los (transporte, manutenção, desmontagem, instalação, publicidade, dentre outros).

Os contratos artísticos abrangem “[...] os que visam à realização de ‘obras de arte’, em qualquer dos campos das chamadas ‘belas-artes’ ou ‘artes-maiores’, em contraposição às ‘artes-menores’” (MEIRELLES, 1998, p. 229). Temos por exemplo a construção de uma estátua, ou mesmo de um grande mural.

Os contratos de fornecimento constituem todo “[...] ajuste administrativo pelo qual a Administração adquire coisas móveis (materiais, produtos industrializados, gêneros alimentícios, etc) necessários à realização de suas obras ou a manutenção de seus serviços” (MEIRELLES, 1998, p. 230).

Os contratos de concessão, por sua vez, constituem todo

[...] ajuste pelo qual a Administração delega ao particular a execução remunerada de serviço ou de obra pública ou lhe cede o uso de um bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais. (MEIRELLES, 1998, p. 230).

Os contratos de concessão, em função de sua grande importância, são divididos em três áreas: concessão de serviço público (quando ocorre a transferência da execução de um serviço público do Poder Público para o Setor Privado), concessão de obra pública (quando ocorre a delegação ao Setor Privado da execução ou exploração de uma obra pública, para uso da coletividade, mediante remuneração), e concessão de uso de bem público (quando outorga-se ao Setor Privado a faculdade de utilizar um bem da Administração segundo uma determinação específica).

E, finalmente, temos o contrato de gerenciamento, que constitui todo ajuste

[...] em que o contratante, no caso, o Governo, comete ao gerenciador a condução de um empreendimento, reservando para si a competência decisória final e responsabilizando-se pelos encargos financeiros da

execução das obras e serviços projetados, com os respectivos equipamentos para sua implantação e operação. (MEIRELLES, 1998, p. 234).

Nos contratos de gerenciamento a empresa gerenciadora não executa materialmente a obra, contudo, fornece os meios financeiros para sua realização, após aprovação dos planos de trabalho e do ajustamento dos contratos. Além, claro, de supervisionar, controlar e fiscalizar toda a execução do contrato.

## **CAPÍTULO V - O PÚBLICO E O PRIVADO NO MUNDO CONTEMPORÂNEO**

### **5.1 A DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO**

A dicotomia público e privado em linhas gerais determina que tudo o que pertence a área pública encontra-se totalmente fora da área privada, e vice-versa. Coelho (2009, p. 14) coloca bem isso ao afirmar que a

[...] dicotomia público/privado, significa que aquilo que está na esfera pública deve necessariamente estar fora da esfera privada, e tudo o que não se situar na esfera pública deve estar obrigatoriamente contido na esfera privada. De acordo com essa lógica de ferro, um termo exclui necessariamente o outro, e ambos recobrem a totalidade do existente e do imaginável.

Todavia, na realidade concreta e real, a situação não é tão simples como no mundo teórico dos conceitos.

A definição da esfera pública resulta de uma construção ao longo do tempo, intelectual e coletiva. É resultado de uma convenção social, em que a coletividade determina o que deve pertencer à esfera pública e ser de interesse comum. E, por consequência, o que pertence a esfera privada.

Dessas considerações, conclui-se então, que

[...] o público tem precedência sobre o privado, pois a delimitação da esfera pública irá anteceder, temporal e logicamente, a circunscrição da esfera privada. Isso quer dizer que o espaço público, e tudo o que nele se inserir, será sempre explicitado positivamente, ao passo que o espaço privado será

delimitado de forma residual, cabendo nele tudo aquilo que ficar de fora da esfera pública. (COELHO, 2009, p. 15)

Dessas considerações, igualmente, conclui-se então, que não existe nada que seja na realidade intrinsecamente público ou privado. Pois o que pertence a uma esfera ou a outra é resultado de convenções sociais ao longo da história das sociedades humanas. Ou seja, o que um dado momento histórico é localizado na esfera privada, em outro, pode pertencer à esfera pública. Por exemplo, durante o período da Idade Média particulares cobravam impostos daqueles que faziam uso de pontes, estradas e outros equipamentos de suas propriedades. Nas sociedades contemporâneas, a cobrança de impostos é função exclusiva do poder público.

As sociedades capitalistas contemporâneas possuem como marca distintiva, em relação às demais sociedades, a separação entre o público e privado. E a partir dessa

[...] separação fundamental decorrem todas as outras diferenciações relevantes no interior dessas sociedades, como a existente entre um Direito Público e um Direito Privado; entre Estado e sociedade civil; e entre poderes do Estado e direitos do cidadão. Outra diferença importante entre essas sociedades e as demais encontra-se na forma de administrar o Estado. (COELHO, 2009, p. 15-16)

Nas sociedades ditas tradicionais, ou seja, anteriores a formação e consolidação do capitalismo, o tipo de administração que predominava era a patrimonial. Nesse tipo de administração os negócios públicos eram tratados como assuntos privados dos dirigentes.

Todavia, com o advento do capitalismo, e conseqüentemente a formação do Estado moderno, e das democracias liberais

[...] iria se desenvolver e se impor a administração burocrática, caracterizada por uma série de procedimentos administrativos, baseados na legalidade dos atos, na impessoalidade das decisões, no profissionalismo dos agentes públicos e na previsibilidade da ação estatal. (COELHO, 2009, p. 17)

Outro ponto importante na discussão da dicotomia público e privado, e na distinção entre as duas esferas, diz respeito a diferenciação entre instituição e organização. As primeiras são “[...] instituídas pelo Estado para desempenhar funções de interesse público, [...] encontram-se subordinadas ao Estado e têm sua missão e seus objetivos determinados legalmente e não autonomamente, como nas organizações privadas.” (COELHO, 2009, p. 18)

Por outro lado, as associações do setor privado, ou seja, as organizações têm como a sua principal característica possuírem

[...] missão e objetivos que são autoatribuídos pelos seus membros. Nada obriga uma organização a continuar perseguindo os mesmos objetivos – e nem mesmo a continuar existindo – a não ser a vontade dos seus próprios membros. Estes possuem inteira autonomia – respeitados os limites e imposições legais – para definir e redefinir a sua missão, estabelecer e modificar os seus objetivos, decidir por sua expansão ou retração, diversificação e reorientação de atividades ou mesmo pela sua completa dissolução. (COELHO, 2009, p. 18)

Enfim, enquanto as instituições públicas possuem objetivos permanentes, e que devem ser obrigatoriamente perseguidos para o bem comum de toda sociedade, sempre atuando no sentido de influenciar, regular ou mesmo, em algumas situações para substituir o mercado, por outro lado, as organizações privadas possuem interesses próprios e objetivos que podem ser modificados ao longo do tempo, em função da lógica e da dinâmica do mercado, buscando sobreviver, expandir-se, ou mesmo obter maiores lucros.

O público tem primazia sobre o privado. O Estado, juntamente, com todas as suas instituições representam o todo da sociedade, enquanto, que por outro lado, as organizações privadas representam apenas partes desse mesma sociedade. E mais, dentro deste contexto, o Estado subordina a esfera privada. E isso produzirá efeitos diretos e fundamentais sobre os sistemas normativos das respectivas esferas, ou seja, sobre o Direito Público e Direito Privado.

A esfera do Privado atua de acordo com o que determina o Direito Privado, assim

[...] os particulares que nesta se encontrarem – sejam eles simples indivíduos, associações civis ou empresas – poderão fazer tudo aquilo que a lei não proibir e deixar de fazer aquilo que a lei não os obrigar. A essa liberdade e autonomia de ação da sociedade civil convencionou-se chamar de liberdade negativa. (COELHO, 2009, p. 23)

Por outro lado, a esfera do Público atua de acordo com o Direito Positivo, que determina a área de atuação do poder do Estado sobre a sociedade, evitando que o Estado, suas instituições e seus agentes tornem-se tirânicos, assim

[...] para assegurar que por meio da ação estatal o interesse público seja atingido e a liberdade individual assegurada – o princípio que irá orientar o Direito Público será o de que o Estado: será obrigado a fazer exatamente aquilo que a lei mandar; e só poderá fazer o que a lei expressamente autorizar. (COELHO, 2009, p. 23)

Contudo, mesmo diante, de tantas diferenças entre as instituições públicas e as organizações privadas, entre elas existem áreas de dialogo e de aproximação, e mesmo de

influências mútuas. Ao analisarmos o processo histórico de constituição das mesmas constatamos

[...] que a administração burocrática surgiria no seio do Estado como forma de organização, estruturação e gestão das atividades públicas e posteriormente iria ser adotada pelas grandes organizações privadas, como sindicatos, partidos políticos e empresas capitalistas, muitas das inovações organizacionais e de gestão ocorridas no interior das empresas privadas e sistematizadas pela teoria das organizações iriam ser adotadas pela Administração Pública. (COELHO, 2009, p. 22)

## 5.2 AS PRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO SOBRE OS AGENTES PRIVADOS

As prerrogativas do Estado sobre a sociedade e o setor privado são inúmeras, contudo, todas são exercidas dentro da estrita legalidade e sempre em benefício do interesse público. Senão, não caberia falar de prerrogativas, todavia de arbítrio, que constituiria um abuso do poder público. Além disso, na arquitetura institucional montada para os Estados democráticos contemporâneos não se encontram previstas apenas prerrogativas para a atuação do Estado, porém, estão previstos também deveres para este e direitos para todos os cidadãos.

As prerrogativas do Estado e das instituições públicas em relação aos agentes privados tem origem logicamente da assimetria de poder existente entre Estado e sociedade civil. E tais prerrogativas encontram fundamento no Direito Constitucional, e encontram-se organizadas em uma hierarquia de prerrogativas, que vão do poder soberano do Estado, momento que tudo pode realizado, ao poder limitado apresentado em seus diferentes graus.

A prerrogativa de poder soberano do Estado é exercida

[...] em momentos muito específicos, geralmente em períodos de elaboração constitucional, quando são definidas as regras básicas que irão reger permanentemente as relações entre os agentes privados entre si e entre estes e o Estado em uma determinada sociedade. Uma vez elaborada e aprovada a constituição de um país, a amplitude da capacidade de mudar aquela relação passa a ser reduzida. (COELHO, 2009, p. 30)

No Brasil, o último momento que a prerrogativa de poder soberano foi utilizada pelo Estado foi na elaboração da Constituição de 1988.

Outra prerrogativa do Estado diz respeito às emendas constitucionais, que são mais frequentes e muito importantes, uma vez que por meio delas os representantes do povo no Congresso Nacional e no Poder Executivo, podem realizar profundas alterações legais no texto constitucional e modificar a relação do Estado com a Sociedade, sem a necessidade de abolir toda a Carta Magna vigente para elaborar completamente uma nova. Por meio das emendas constitucionais pode-se alterar praticamente tudo, com exceção da forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, e os direitos e garantias individuais. Esta prerrogativa encontra-se prevista na Constituição Federal, em seu art. 60

[...] A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. [...] § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. [...] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Nas sociedades democráticas contemporâneas, as alterações que promovem mudanças fundamentais nas relações entre o Estado e a sociedade civil, são responsabilidade exclusiva do Poder Legislativo. É o Poder Legislativo que atua na elaboração e alteração das Leis Complementares e Ordinárias. Assim, o Poder Legislativo

[...] pode restituir ao povo que elegeu os seus membros a prerrogativa de decidi-las diretamente, por meio de plebiscitos ou referendos, mas não poderá delegá-la ao Poder Executivo. Em nenhuma hipótese, os agentes do governo podem impor obrigações e restrições aos cidadãos que já não estejam previstas em lei. Excetuando as decisões direitas pelo voto popular – que é o poder legislativo originário – que se dão sempre por maioria simples, as decisões tomadas pelas instituições legislativas requerem maiorias diferenciadas [...] (COELHO, 2009, p. 32)

Os representantes do Poder Executivo possuem as prerrogativas de criar normas infralegais, ou seja,

[...] aquelas que derivam das leis existentes e não criam novas obrigações para os particulares [...] O presidente da República, os governadores de Estado e os prefeitos municipais têm o poder de emitir Decretos, regulamentando as disposições legais. (COELHO, 2009, p. 32)

E, por sua vez, os Conselhos, os Ministros e Secretários de Estado, e enfim os servidores públicos vão constituindo uma hierarquia de poder e de atuação na relação público e privado, como bem coloca Coelho (2009, p. 32)

[...] Os Conselhos, criados por Lei, podem normatizar por Resolução. E os ministros e secretários de Estado, por sua vez, podem exercer seu poder normativo com efeitos externos, isto é, sobre a sociedade, por meio de Portarias. Até o fim da linha hierárquica, o servidor público, na qualidade de agente do Estado, irá exercer um conjunto de poderes com efeitos sociais, que serão objeto de análise detalhada ainda nesta Unidade.

A supremacia de poder da Administração Pública, concretiza-se, igualmente, nas cláusulas exorbitantes, sejam elas explícitas ou implícitas, e determinam certas peculiaridades para os contratos administrativos. As cláusulas exorbitantes excedem o direito comum para se materializar em uma prerrogativa em favor da Administração Pública visando o adequado atendimento do interesse público, que se sobrepõe a qualquer interesse privado.

Assim, as cláusulas exorbitantes instituem inúmeras prerrogativas para Administração Pública quando ajustam os contratos administrativos com o setor privado, sendo as principais: alteração e rescisão unilateral de contratos, o equilíbrio econômico e financeiros, o reajustamento de preços e tarifas, a exceção do contrato não cumprido, o controle do contrato, a aplicação de penalidades, e a interpretação do contrato.

Assim, usando tais prerrogativas o “[...] Estado pode agir unilateralmente porque ele – somente ele – age no interesse público, atuando os demais agentes privados – lícita e legalmente – na defesa dos seus interesses privados.” (COELHO, 2009, p. 32)

E, finalmente, ao Estado cabe a prerrogativa de intervir no direito à propriedade, um direito fundamental das sociedades democráticas capitalistas. Esta prerrogativa encontra-se prevista na Constituição Federal, em seu art. 5, inciso XXIV, quando afirma que

[...] a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Por meio dessa prerrogativa, prevista na Constituição, o Estado pode executar a ação de desapropriação compulsória de uma propriedade particular de individual ou empresa para atender ao interesse público legalmente sustentável, em caráter temporário ou permanente, mediante justa indenização do patrimônio expropriado.

A prerrogativa de desapropriação de propriedade privada por parte do Estado deve sempre ocorrer nos casos previsto em texto constitucional, ou seja, necessidade pública (diante de situações de emergência, como por exemplo, em casos que envolvam a segurança e a defesa nacional), utilidade pública (quando a situação for conveniente, como por exemplo, na desapropriação de terras para construção de vias públicas) e interesse social (quando a situação impuser a redistribuição da propriedade para seu melhor aproveitamento social, como por exemplo, nos casos de desapropriação de terras para reforma agrária).

### 5.3 A EMERGÊNCIA DO TERCEIRO SETOR

No direito brasileiro, apenas existem organizações de Direito Público e de Direito Privado, contudo, têm surgido a nível mundial, e inclusive no Brasil, organizações que reivindicam funções e identidades específicas, que não se enquadram nem esfera pública, nem tão pouco na privada. Essas novas organizações são identificadas como Organizações Não Governamentais (ONGs).

Essas organizações têm um reconhecimento supralegal, de caráter cultural, político e mesmo sociológico, nas sociedades contemporâneas. As Organizações Não Governamentais vinculam as pessoas por identidade pessoal com a causa que as mesmas defendem. Não apresentam finalidade lucrativa, contudo, fins filantrópicos, humanitários, de defesa de interesses coletivos de toda sociedade. Constituem o que se denomina contemporaneamente de Terceiro Setor.

Assim, como bem coloca COELHO (2009, p. 70) ainda que

[...] de Direito Privado, as ONGs estruturam-se como associações civis sem fins lucrativos – o que as distingue das empresas privadas, cujo objetivo é o lucro – que têm como objetivo o desenvolvimento de atividades de interesse público. Nessa condição, as ONGs operam de acordo com as regras do Direito privado e, por desempenharem funções de interesse público, passaram também a reivindicar recursos públicos para desempenhar suas atividades, além dos recursos oriundos da iniciativa privada, que desde o seu surgimento vinham garantindo o seu funcionamento.

Com o objetivo de regulamentar as relações do poder público com as Organizações Não Governamentais, foi promulgada a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que as qualificou, em seu art. 1º, como “[...] pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, [...]”.

E, para qualificar as Organizações Não Governamentais como pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, foi promulgada a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999. Esta lei afirma em seu art. 1º que

[...] Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei.

Com relação então aos objetivos sociais, a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, afirma em seu art. 3º, que a qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

[...] será conferida às pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujos objetivos sociais tenham pelo menos uma das seguintes finalidades: I - promoção da assistência social; II - promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; III - promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; IV - promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei; V - promoção da segurança alimentar e nutricional; VI - defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; VII - promoção do voluntariado; VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza; IX - experimentação, não lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito; X - promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar; XI - promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais; XII - estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Assim, reconhecidamente por meios legais como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, podem firmar termos de parceria com o Poder Público e assim receber recursos públicos para a realização de

suas ações, conforme o prescrito no art 9º, da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que determina que

[...] Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Contudo, uma vez estabelecido o termo de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e realizado o repasse de recursos públicos, essas últimas ficam sujeitas as determinações da Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993, que trata dos procedimentos licitatórios, e mais terão suas ações fiscalizadas, de acordo com o art. 11, da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, “[...] por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.” E, identificando-se “[...] qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública pela organização parceira, darão imediata ciência ao Tribunal de Contas respectivo e ao Ministério Público, sob pena de responsabilidade solidária.”, de acordo com o determinado no art. 12, da supracitada lei.

Assim, as ações do Estado no sentido de fornecer respaldo legal as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, e, sobretudo, para ajustar parcerias apontam a incapacidade do Estado em atender todas às demandas sociais. Como bem coloca COELHO (2009, p. 71-72)

[...] essas iniciativas do Estado, sempre devidamente respaldadas na lei em busca de cooperação e parceria com o setor privado, são fortes indicativos de que a ação estatal direta não tem se mostrado suficiente para satisfazer às necessidades públicas. Em sociedades complexas, como a brasileira, em que o capitalismo se encontra bastante desenvolvido, as atividades econômicas diversificadas em vários segmentos e a democracia consolidada, as relações entre esfera pública e esfera privada tendem a se tornar, paradoxalmente, mais tensas e mais próximas.

Diante desse cenário contemporâneo, o que é mais lógico é que as transformações das relações entre as esferas pública e privada continuem a se acentuar. Estando em pauta o desafio aos gestores públicos

[...] de criar e recriar constantemente os mecanismos adequados para assegurar um equilíbrio mínimo entre as forças e princípios opostos

existentes na sociedade, de forma a maximizar o bem-estar coletivo e resguardar e promover a liberdade e autonomia dos seus cidadãos, conforme os cinco princípios que regem a Administração Pública inscritos na Constituição brasileira. (COELHO, 2009, p. 73)

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho dedicou-se a estudar os princípios gerais da administração pública (Princípio da Legalidade, o Princípio da Moralidade, o Princípio da Impessoalidade, o Princípio da Publicidade, e o Princípio da Eficiência), e suas relações com o setor privado.

Procuramos, assim, iniciar nosso estudo a partir da estrutura administrativa do Estado. Disso concluímos que a estrutura do Estado é constituída por um conjunto de órgãos públicos, que juntamente com as demais pessoas jurídicas de direito público, são dotados da capacidade de exercer direitos e de cumprir com obrigações que estejam relacionadas aos fins institucionais. Assim possuem poderes para agir em nome da entidade a que pertencem, por meio de seus agentes.

Em seguida, estudamos a fundo os princípios gerais da administração pública brasileira. E constatamos que tais princípios fundamentais norteiam todas as esferas públicas, ou seja, a federal, a estadual e a municipal. Os Princípios da Legalidade, da Moralidade, da Impessoalidade, da Publicidade, e da Eficiência são os mesmos que o Direito Público utiliza amplamente na maioria dos países contemporâneos da sociedade mundial, e encontram-se expressos em nossa Carta Magna em vigor.

Tais princípios fundamentais que regem a administração pública brasileira, em todas as esferas públicas, constituem regras de observância constante e imperativa para todos os administradores e gestores públicos, e seus atos administrativos, uma vez que os mesmo buscam sempre preservar e o zelar os interesses da sociedade e do bem comum.

Ao gestor público, assim como, todos os servidores públicos que lhes são subordinados utilizam obrigatoriamente no exercício de suas funções um conjunto de poderes atribuídos pelo Estado, que serão consecutivamente proporcionais e compatíveis com o seu respectivo nível hierárquico dentro da estrutura administrativa pública do Estado. Entretanto,

para todo poder exercido pela Administração Pública, existe analogicamente um conjunto de deveres, e essa correspondência não é aleatória, mas logicamente derivada dos seus princípios orientadores desta mesma Administração Pública: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, e Eficiência.

Concluimos, ainda, que as relações do Estado com os indivíduos e organizações de particulares são regidas pelo Direito Constitucional e pelo Direito Administrativo, e toda a Administração Pública é fundamentada nos princípios gerais da administração pública. Sendo dentro deste contexto onde ocorrem as licitações e os contratos públicos com o setor privado. As primeiras constituem um procedimento administrativo necessário e que ocorre antes do contrato administrativo. Todos os contratos administrativos para serem celebrados exigem a licitação previa, apenas dispensada, dispensável ou inexigível nos casos expressamente previsto na Lei.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, alterada mais recentemente pela Lei 11.848 de 31 de maio de 2007, institui as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Estando subordinados a esta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Realizada a licitação seguindo os procedimentos legais, segue-se o ajustamento do contrato com o setor privado. O contrato é uma instituição do Direito Privado, contudo, é utilizado na Administração Pública algumas vezes em sua essência doutrinária (contrato de natureza semipública, ou contato administrativo atípico), ou seja, como contratos privados firmados pela Administração Pública. E outras vezes, sofrendo algumas adaptações para os negócios públicos, ou seja, como contratos administrativos (contrato administrativo propriamente dito, ou seja, contrato administrativo típico).

Os contratos da Administração Pública, sejam de que espécie for, são fundamentados por interesse e finalidade pública, assim como, são sempre regidos por princípios e normas específicas do Direito Público, e apesar de limitados nos conteúdos e requisitos, possuem alguns privilégios administrativos.

O contrato administrativo possui algumas características fundamentais, que os distingue dos demais contratos. A saber: é invariavelmente consensual (é um acordo de vontades entre as partes), formal (uma vez que é escrito e com normas e cláusulas), oneroso

(pois é remunerado conforme as convenções firmadas), cumulativo (uma vez que estabelece compensações recíprocas) e *intuitu personae* (deve ser executado pelo contratado), a exigência de licitação (instrumento legal de verificação da melhor proposta para atender ao interesse público), sendo esta última característica dispensável apenas em casos previstos em lei, e finalmente, a supremacia de poder da Administração Pública na fixação das cláusulas contratuais (a faculdade da Administração Pública de impor as ‘cláusulas exorbitantes do Direito Comum’).

Sendo exatamente nas cláusulas exorbitantes que se consubstancia a supremacia de poder da Administração Pública sobre o setor privado, e geram certas peculiaridades para os contratos administrativos. As cláusulas exorbitantes ultrapassam o direito comum para se concretizar em uma prerrogativa em favor da Administração Pública para o adequado atendimento do interesse público, que se sobrepõe a qualquer interesse do setor privado.

As cláusulas exorbitantes estabelecem inúmeras prerrogativas para Administração Pública ao firmar os contratos administrativos com o setor privado, sendo que as principais são a alteração e rescisão unilateral de contratos, o equilíbrio econômico e financeiro, o reajustamento de preços e tarifas, a exceção do contrato não cumprido, o controle do contrato, a aplicação de penalidades, e a interpretação do contrato.

Contudo, a despeito das prerrogativas do Poder Público, os contratos administrativos, assim como, os demais contratos do universo jurídico, devem ser cumpridos fielmente, com as partes exercendo seus direitos e, por outro lado, cumprindo suas obrigações, segundo estabelecido nas cláusulas contratuais.

Assim em relação aos direitos, por parte da Administração cabe o direito de exercer suas prerrogativas diretamente, sem intervenções do Poder Judiciário. Enquanto que, por parte do contratado, existe o direito de receber o preço estabelecido pelas obras, serviços, fornecimentos ou nos contratos de atribuição, a concessão de uso dos bens públicos.

Constatamos, igualmente, que as prerrogativas do Estado sobre a sociedade e o setor privado são inúmeras, e não se restringem na questão de assinatura de contratos administrativos com o setor privado. Abrangem muitas outras, entretanto, todas são exercidas dentro da estrita legalidade e sempre em benefício do interesse público. De outra forma, não caberia falar de prerrogativas, todavia de arbítrio, que constituiria um abuso do poder público. Além disso, na arquitetura institucional montada para os Estados democráticos contemporâneos não se encontram previstas apenas prerrogativas para a atuação do Estado, porém, estão previstos também deveres para este e direitos para todos os cidadãos.

O conjunto de prerrogativas do Estado e das instituições públicas em relação aos agentes privados tem procedência logicamente da assimetria de poder existente entre Estado e sociedade civil. E todas essas prerrogativas encontram fundamento no Direito Constitucional, e estão organizadas em uma hierarquia de prerrogativas, que vão do poder soberano do Estado, momento que tudo pode realizado (períodos de elaboração constitucional), passem pela prerrogativa das emendas constitucionais (realizar profundas alterações legais no texto constitucional e modificar a relação do Estado com a Sociedade), além das prerrogativas de elaboração e alteração das Leis Complementares e Ordinárias. Concretiza-se, igualmente, nas cláusulas exorbitantes, sejam elas explícitas ou implícitas, para os contratos administrativos. E, enfim, ao Estado cabe a prerrogativa de intervir no direito à propriedade.

E, finalmente, constatamos que existe uma nova realidade a nível mundial, e que já existe no Brasil. São as organizações que reivindicam funções e identidades específicas, que não se enquadram nem esfera pública, nem tão pouco na privada, são as Organizações Não Governamentais (ONGs). Apesar de que no direito brasileiro, apenas existem organizações de Direito Público e de Direito Privado.

Essas Organizações Não Governamentais possuem um reconhecimento supralegal, de caráter cultural, político e mesmo sociológico, nas sociedades contemporâneas. As Organizações Não Governamentais possuem a capacidade de conectar as pessoas por identidade pessoal com a causa que as mesmas defendem. São marcadas por ausência de finalidade lucrativa, entretanto, apresentam fins filantrópicos, humanitários, de defesa de interesses coletivos de toda sociedade.

As Organizações Não Governamentais constituem o que se denomina contemporaneamente de Terceiro Setor, e de certo modo, criaram uma nova situação, que tem influenciado as relações do Poder Público com a sociedade (setor privado).

Assim, buscando regulamentar as relações do Poder Público com as Organizações Não Governamentais, foi promulgada a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que as determina como sendo pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde.

Mediante o reconhecimento por meios legais como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, de acordo com a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, criou-se a possibilidade de firmar termos de parceria com o Poder Público e assim receber recurso públicos para a realização de suas ações. Não obstante, uma vez estabelecido o termo de parceria entre o Poder Público e as Organizações

da Sociedade Civil de Interesse Público, e realizado o repasse de recursos públicos, essas últimas estão sujeitas as determinações da Lei n. 8.666, de 21 de julho de 1993, que trata dos procedimentos licitatórios, e mais terão suas ações fiscalizadas, de acordo com o art. 11, da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. **Lex: legislação federal e marginalia**, Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_04.02.2010/CON1988.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.02.2010/CON1988.pdf)>. Acesso em: 05 abr. 2012, 22:05:30.

BRASIL. (1992). LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acessado em 23 abr. 2012 23:04:21.

BRASIL. (1993). A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. Brasília, 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acessado em 17 abr. 2012 21:53:21

BRASIL. (1994). DECRETO Nº 1.171, DE 22 DE JUNHO DE 1994. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. (2000). Brasília, 2011. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/codigos/codi\\_conduta/cod\\_conduta.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/codigos/codi_conduta/cod_conduta.htm)>. Acessado em 21 fev. 2012 10:45:21.

BRASIL. (1998). LEI Nº 9.637 - DE 15 DE MAIO DE 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que mencionam e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, 2012. Disponível em <

<http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1998/9637.htm> >. Acesso em: 01 mai. 2012, 14:53:04.

BRASIL. (2.002). LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2.002. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2012, 22:05:30.

BRASIL. (2002). A Lei no 10.520, de 17 DE julho de 2.002. 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. Brasília, 2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10520.htm)>. Acesso em: 29 abr. 2012, 10:19:04.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. Entre o Estado e mercado: o público não estatal. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. (Orgs.). **O Público Não Estatal na Reforma do Estado**. Rio de Janeiro: FGV, 1999. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1998/84PublicoNaoEstataRefEst.p.pg.pdf>>. Acesso em: 22 fev. 2012, 12:59:00.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1991.

HOUAISS. Antônio. **Dicionário Eletrônico de língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva: 2007. Versão Monousuário 2.0.1

LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo: Atlas, 1992.

MARTINS, Cristiane Fortes Nunes. O Princípio da Eficiência na Administração Pública. In: **Caderno de estudos Ciência e Empresa** / Faculdade das Atividades Empresariais de

Teresina. Ano 5, n.2 (2008) - Teresina: FAETE, 2008. Disponível em: <<http://www.faete.edu.br/revista/artigocristiane.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2012, 9:47:00.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MINTZBERG, Henry. Administrando governos, governando administrações. Trad. Carlos Antonio Morales. In: **Revista do Setor Público**, ano 49, nº 4, out-dez, 1998. Disponível em: <[http://www.enap.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=2712](http://www.enap.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=2712)>. Acesso em: 22 fev. 2012, 13:06:00.

MODESTO, Paulo. NOTAS PARA UM DEBATE SOBRE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA. In: **Revista de Direito Administrativo Econômico**. Ed. 10, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-10-MAIO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>> Acesso em: 03 abr. 2012, 23:35:00.

MUNIZ, Cibele Cristina Baldassa. O princípio da eficiência na administração pública brasileira. In: **Revista Prisma Jurídico**, Vol. 6, 2007. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/issue/view/66/showToc>> Acesso em: 05 abr. 2012, 23:35:00.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.