



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CAMPUS DE SOUSA – PB

FRANCISCO JOSÉ DIEGO DA SILVA

O ABUSO DO PODER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Sousa – PB
2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CAMPUS DE SOUSA – PB

FRANCISCO JOSÉ DIÊGO DA SILVA

O ABUSO DO PODER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney

Sousa – PB
2017

O ABUSO DO PODER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Osmando Formiga Ney

Monografia avaliada em 13/Março/2017

EXAMINADORES

Prof. MSc. Osmando Formiga Ney
UAD/CCJS/UFCG

Prof. Esp. Maria Marques Moreira Vieira
UAD/CCJS/UFCG

Prof. Esp. Vaninne Arnaud de Medeiros
UAD/CCJS/UFCG

A Deus, aos meus queridos pais Maria de Fatima da Silva e José Nazario da Silva, razão da minha existência, pelo irrestrito e incondicional apoio em todos os momentos da minha vida, como também a meu Tio Duda e a meu falecido tio Leonel, que foi um segundo pai para mim e a todos que de alguma forma contribuíram para que este dia, enfim, chegasse.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me permitir conquistar tudo que já conquistei, criador de todas as coisas e que tudo pode a quem tudo pertence.

Aos meus pais, José Nazário da Silva e Maria de Fatima da Silva, que são a razão da minha existência, com quem divido todas as minhas angústias e compartilho todas as alegrias.

A meu tio, José Jucinaldo Batista da Silva, por todo o apoio, para que esta conquista chegasse.

A meu tio, Luiz Batista Leonel que mesmo não estando mais entre nós, suas palavras de incentivo permanecem vivas dentro do meu coração.

A todos os meus familiares a quem agradeço em nome do minha avó Luiza Batista da Silva, tios Batista, Rosinha, Ivanilda, Celsa, Nanan, Lú, Ediano, Veí ti Nilton, e em especial aqui minha Tia madrinha Damiana, primos Natalyanne, Arthur, Manuela, Ciana, Gordinha, Juliana, Kellynha, Hamilton, Raiza, Marielly, Priscila, Patricia, Cicinho e Dora, Jessika, Edson, Dayanne e Bruno, e demais parentes, por toda confiança e incentivo.

A todos os meus amigos queridos que compartilharam momentos diversos, Neto, Kyeve, Atila Matheus, Matheus Lira, Kaltzs, Vinicius, Arley, Rafael Lira.

Agradecer especialmente ao Doutor e amigo Flavio Lourenço de Oliveira por toda orientação que me deu no decorrer do trabalho.

A todos os meus amigos que conheci no decorrer do curso, Sávio, Maria Clara, Lívia, Nivaldo, Igor, Juliana, Camilla.

A toda a galera da Van de Pimenta e ao motorista Pimenta, o melhor.

A todos os meus professores, por quem tenho maior respeito e admiração, transmissores do conhecimento, e pilares nas minhas conquistas, a quem faço em nome de Emilia, Cecilia, Dona Gracinha, Ney, Eduardo Jorge, André, Eduardo Pordeus, Carla Pordeus e Geraldo, Giliard.

A todos os docentes e servidores do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, por todo o empenho despendido.

E a todos os que de alguma forma contribuíram para esta conquista.

Obrigado por tudo!

RESUMO

A presente pesquisa aborda o abuso do poder na Administração Pública brasileira, estudando seu surgimento, formação estrutural, os poderes e finalidades que está possui, objetivando-se a investigação a respeito das práticas abusivas no exercício dos poderes conferidos aos agentes públicos e os deveres que o administrador deve ter para não incidir em tais práticas. Dessa maneira, buscou-se fazer uma análise para compreender como é o instituto do abuso do poder, bem como os meios de frear tais condutas, e o comportamento dos agentes administradores. O estudo enaltece o respeito aos remédios e mecanismos processuais constitucionais no combate a má Administração. Utilizou-se obras do direito administrativo, artigos, revistas na internet e jurisprudência sobre o assunto debatido. Demonstrando a importância do uso dos poderes conferidos aos agentes, destacando sempre o dever de não usa-los desviados do fim adequado. O método dedutivo de abordagem foi o escolhido para melhor atingir o objetivo proposto.

Palavras-chave: Administração Pública. Agentes Públicos. Poderes. Abuso.

ABSTRACT

The present research deals with the abuse of power in the Brazilian Public Administration, studying its emergence, structural formation, the powers and purposes that it possesses, aiming at investigating abusive practices in the exercise of the powers conferred on public agents and the duties that The administrator must have in order not to focus on such practices. In this way, an analysis was made to understand how is the institute of the abuse of power, as well as the means to curb such conducts, and the behavior of the managing agents. The study praises respect for remedies and constitutional procedural mechanisms in the fight against bad administration. Using works of administrative law, articles, magazines on the internet and jurisprudence on the subject discussed. Demonstrating the importance of using the powers conferred on the agents, always emphasizing the duty of not using them diverted from the proper end. The deductive method of approach was chosen to better achieve the proposed goal.

Keywords: Public Administration. Public Agent. Powers. Abuse.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF - Constituição Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CTN - Código de Transito Nacional

ONG - Organização Não Governamental

CP - Código penal

RDA - Revista de Direito Administrativo

RTJ - Revista trimestral de Jurisprudência

S/A - Sociedade Anônima

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJRJ - Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	12
2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO ESTADO	12
2.2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.3 FINS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	14
2.4 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO	14
2.5 ESTRUTURAS DA ADMINISTRAÇÃO	15
2.5.1 Agentes Públicos	16
2.5.2 Órgãos Públicos	17
2.6 ADMINISTRAÇÃO DIRETA E ADMINISTRAÇÃO INDIRETA	18
2.6.1 Administração Direta	18
2.6.2 Administração Indireta	19
3. PODERES ADMINISTRATIVOS	23
3.1 PODER VINCULAR	24
3.2 PODER DISCRICIONÁRIO	25
3.3 PODER NORMATIVO E PODER REGULAMENTAR.....	26
3.4 PODER HIERÁRQUICO	27
3.5 PODER DISCIPLINAR.....	28
3.6 PODER DE POLÍCIA.....	30
4. USO, ABUSO DO PODER E PODERES/DEVERES DO GESTOR PÚBLICO	35
4.1 NOÇÕES GERAIS DE USO E ABUSO DO PODER	35
4.2 DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....	37
4.2.1 Dever de Proibidade	37
4.2.2 Dever de Prestar contas	38
4.2.3 Dever de Eficiência	38
4.3 ESPÉCIES DE ABUSO DE PODER.....	38
4.3.1 Excesso de poder	39
4.3.2 Desvio de Finalidade	40
4.3.3 Efeitos	42
4.4 OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO.....	43
4.5 ABUSO DE PODER E ABUSO DE AUTORIDADE	44
4.6 ABUSO DE PODER E LEGALIDADE.....	44
4.7 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	45
4.8 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS CONTRA AS PRÁTICAS ABUSIVAS DO PODER	48
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a teoria contratualista para uma convivência, justa e saudável, a coletividade situada em território já pré-determinado abre mão de sua liberdade em prol da criação de uma pessoa que regulasse e coordenasse a vida em sociedade. A partir desse pacto formado entre homens surge o Estado, como resultado dessa vontade do povo.

O Estado surge assim como pessoa soberana dotada de vontade, direitos e obrigações. Porém como ente abstrato este precisa de quadro de pessoas para que possam transmitir e emitir sua vontade para o todo. Estas pessoas a serviço do Estado recebem a denominação de agentes públicos e desempenham funções administrativas determinadas, pelo ente ao qual se encontram vinculadas e nos limites estabelecidos por elas.

Os órgãos integram a administração e são despersonalizados, é o lugar onde agentes públicos desempenham seu ofício.

O Estado para prestar de forma eficiente e célere seus serviços à população, transfere seus serviços administrativos a outros entes, ou seja, o Estado pode prestar seus serviços de forma centralizada (administração direta) diretamente pelos entes federativos, a outros casos em que o serviço é transferível para um ente criado para desempenhar melhor determinada função estabelecida na lei de sua criação.

Para buscar o interesse comum e conseguir sua efetivação, o Estado possui na sua Administração Pública poderes administrativos onde sua finalidade tem que estar atrelada a busca pelo interesse público.

Porém, em determinados momentos o agente usa o poder a ele conferido pela Administração para fim diverso daquele não estabelecido na lei, sendo nesse ponto que ocorrem as práticas abusivas, essas que cada vez mais vêm aumentando e divulgadas nos meios midiáticos, colocando o Brasil como um dos países com maior índice de práticas abusivas, conforme aponta a ONG (Organização não governamental) de TI (Transparência Internacional) do ano de 2014 para 2015 o Brasil devido ao abuso de poder e a diversos escândalos políticos, o país subiu 6º posições no índice de corrupção enquanto que a Dinamarca nessa pesquisa mantém-se em primeiro lugar, conforme aponta o promotor chefe do país Gunnar Stetler um dos motivos de se manterem no topo é a luta constante contra o abuso de poder.

O uso e abuso do poder na Administração Pública brasileira é um dos temas mais discutido na atualidade, e assim ganhando importância no âmbito jurídico. Identificar tais práticas e punir os responsáveis na medida adequada tem sido muito difícil atualmente,

principalmente pelo fato de os agentes se valerem de estar atuando conforme a margem de escolha que a lei permite.

A partir desse ponto, questionam-se os motivos das práticas do abuso de poder, indagando-se: a discricionariedade conferida? O poder cedido aos agentes é realmente necessário? Como frear essas condutas abusivas? Os poderes outorgados aos agentes são simples instrumento para atingir uma determinada finalidade positivada? Podem-se considerar os poderes da Administração como deveres?

Assim, com essa pesquisa, pretende-se mostrar a relação que há entre a Administração, o agente a ela vinculado e o administrado, apontando os efeitos de condutas abusivas e mecanismos de frenagem, assim como também uma melhor compreensão de como funciona a Administração Pública e os poderes que ela possui que são outorgados a seus agentes.

A presente investigação teve como objetivo Geral, analisar o instituto do uso, abuso de poder na administração pública, bem como os deveres que os agentes têm.

E como objetivos específicos, compreender os poderes administrativos; conhecimento sobre os remédios constitucionais com foco no mandado de segurança; conscientizar a sociedade de que a mesma deve cobrar das autoridades públicas o cumprimento da lei para zelar pela imagem da Administração Pública; por fim apontar e esclarecer que as práticas abusivas refletem um mal tanto para o agente público quanto para a sociedade.

Com a finalidade de alcançar os objetivos propostos, optou-se por usar o método dedutivo de abordagem, com as técnicas de pesquisa de análise de lei, bibliografias, doutrinas e jurisprudências, a fim de se viabilizar os resultados da pesquisa.

Este trabalho é basicamente dividido em três capítulos. No primeiro, será feita uma análise da Administração Pública, em que se abordará seus aspectos históricos, conceito, seus princípios basilares, sua forma de organização e prestação do serviço.

No segundo capítulo, abordará sobre os poderes administrativos, apontando a necessidade e característica de cada um dele, bem como suas peculiaridades.

Por fim, o último capítulo será voltado para o instituto do uso, abuso do poder bem como os poderes/deveres do agente gestor público, abordando sobre as práticas abusivas, soluções para sanar tais práticas e deveres que o gestor público deve ter para não incorrer nas práticas abusivas, dessa forma zelando pela moralidade administrativa.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO ESTADO

Aduz-se que o direito é entendido como um conjunto de regras impostas pelo estado que regula o convívio social. O estudo da ciência do Direito, para uma compreensão mais prática, fora dividida pela civilização românica em duas estruturas; o Direito Privado que possui como sua área de atuação as relações entre os particulares; o Direito Público, este tem como condão de atuação as relações estatais e sociais. Portanto, o Direito Administrativo é um dos ramos do Direito Público (MEIRELLES, 2005).

O Direito Administrativo, segundo o doutrinador Melo (2011, p. 47), deve ser entendido como:

[...] o direito administrativo não é um direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. É, pelo contrário, um direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro o desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. Ele é por excelência, o Direito defensivo do cidadão [...].

O entendimento do autor se baseia no fato de que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito que preconiza a ideia de que todos estão submetidos ao direito, desde um sujeito simples até a potência pública.

Já para o doutrinador Meirelles (2005, p.40), a definição de Direito Administrativo é: “[...] conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

Define-se no contexto histórico doutrinário que o surgimento do Direito Administrativo teve impulso com Montesquieu em o espírito da lei no ano de 1748, em que abordou sobre a teoria dos poderes. Seu surgimento em si (como se conhece atualmente), deu-se na França, no período pós-revolução francesa no ano de 1789, nessa época houve a tripartição das funções estatais, que são as tão conhecidas; função de legislativa; função judicial e a executiva, no intuito de que o governo se torne mais efetivo e se especializasse em suas atividades, ou seja, começou a se estruturar a Administração Pública para que melhor atendesse a seus fins.

Na clássica obra de Maquiavel (1513) “o príncipe”, se aborda sobre a separação dos poderes do Estado, dividindo-a em três, legislativo que era representado pelo parlamento; o

executivo que materializava a figura do rei, e por fim o judiciário, este último surge como ferramenta para que os conflitos fossem solucionados de forma independente, sem que o rei precisasse se expor sobre conflitos envolvendo seu povo, sendo assim, uma forma de não macular a imagem do soberano, essa forma de divisão é adotada até hoje, nos Estados de Direito, onde tem-se a tripartição dos poderes que são: Executivo; Legislativo; Judiciário.

Ao iniciar o estudo da Administração Pública, que é formada pelas suas estruturas, órgãos e entidades que exercerão atividade administrativa, deve-se primordialmente conceituar e entender o que é Estado. Nessa definição, tem-se a concepção de como é seu funcionamento e organização na prestação de seus serviços, a serem realizados pela Administração Pública aos seus administrados.

O Estado como pessoa dotada de personalidade jurídica própria, sendo esta de Direito Público Interno, assim considerada politicamente organizada, dotado de soberania que desempenha funções de natureza Públicas e Privadas para atender aos fins e metas pré-estabelecidos por suas próprias leis e diretrizes, porém, sempre mantendo sua personalidade de Direito Público, pois a teoria de que o Estado possa possuir dupla personalidade já fora superado (MARINELA, 2013).

O autor Dalari (1998), aborda no seu conceito que no estudo da Teoria Geral do Estado, este é constituído por três elementos originários e indissociáveis que são; povo, que seria a população que vive e é regido sobre ele; o território, que neste caso compreende a grande extensão de terra em que o Estado está situado, ou seja, sua base territorial; e o Governo Soberano que seria o elemento que conduz o Estado, logo exerce autoridade e poder supremo de organização e determinação do Estado.

2.2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública entende-se como o Estado desempenhando um conjunto de tarefas complexas, na busca pelo interesse público, através de seus agentes, órgãos e entidades (MEIRELLES, 2005). Então, pode-se compreender que a Administração Pública, movimentasse sempre na primazia da necessidade pública, desenvolvendo seus serviços e bens para melhor atender a população a que está situada.

Ao tentar definir o que seria a Administração Pública, há certa dificuldade, por ser algo que possui diversos pontos de abrangência e por ser extremamente complexa, dada a sua própria estrutura e atividades que desempenha. A doutrinadora Medauar (1999, p.45), na mesma linha de pensamento afirma que: “Sempre houve dificuldade de fixar com precisão o

conceito de Administração Pública. Diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações”.

2.3 FINS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Evidencia-se na finalidade atingida pela Administração, sempre o bem-estar da coletividade, hora como fora dito alhures, o Estado sempre vai agir na supremacia do interesse coletivo, a título de exemplo se tem o caso da desapropriação, em que o Estado, na intenção de alcançar um fim maior, viola direito particular para alçar uma obra que será benéfica a toda à população. Tendo isso em mente, dá-se pra identificar que o objetivo maior do Estado; o bem comum da sociedade, que sobre sua proteção se encontra. Logo, se tem que finalidade atingida pela atividade administrativa, com fim diverso a coletividade deverá ser entendido como imoral e será tido como ilícito e passível de responsabilidade por parte do administrador.

Constata-se nos desempenhos das atividades, que o agente deve agir conforme a lei estabelece, não possuindo este, liberdade para buscar fins diversos que não sejam previstos na própria lei, pois a Administração Pública só pode/deve agir nas conformidades previstas no seu ordenamento e na medida em que a mesma permite, lembrando sempre que buscando o interesse público, de modo que o ato ou contrato praticado em desconformidade com esses parâmetros será tido como desvio de finalidade e excesso de poder, nas causas que o agente ultrapassa o limite de sua competência.

2.4 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO

Configura-se de primordial importância dentro de um estudo sobre os princípios que regem a Administração Pública, entender as bases que a forma e orienta seu curso, dentro do estudo sobre princípios, tem-se a noção de que caminhos o Estado toma e o porquê de tomá-los, ou seja, entender esses princípios basilares é entender o que orienta a lógica do direito administrativo.

A doutrina moderna entende que há dois princípios básicos que dão base para todos os demais, que são: O princípio da supremacia do interesse público, que aborda o fato da Administração Pública gozar de supremacia do interesse público sobre o particular dispondo de privilégios, prerrogativas e obrigações; O princípio da indisponibilidade do interesse

público, este aborda o fato de que a Administração não pode deixar de atuar quando a necessidade pública assim o ordena, pois o titular do interesse público não é o administrador, logo este não possui poder algum de dispor sobre ele.

O professor Matheus Carvalho (2015, p. 19), aponta que:

Esses dois princípios embasam o sistema administrativo que se resume nas prerrogativas que o Estado goza x limitações a que o Estado se submete. A administração só pode atuar dentro do limite do interesse público, não obstante goze de vantagens amparadas no próprio interesse coletivo.

O art. 37 da Constituição Federal promulgada em 88 traz expressos cinco princípios que norteiam a Administração e que devem ser obedecidos: “Art.37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Dentre esses princípios, o que mais merece destaque é o da Legalidade, pois este aborda que a Administração deve atuar em conformidade com a norma, ou seja, o administrador esta subordinada à lei de modo que este só pode aquilo que a lei assim o determina.

Demais princípios abordam: impessoalidade aborda o fato de que não se deve determina as pessoas afetadas pela atuação da administração seja para beneficiar ou prejudicar; moralidade, quer dizer agir com conduta de boa fé e lealdade de conduta; publicidade, a atuação deve ser feita de forma transparente de modo que todos conheçam e tenham acesso aos atos; eficiência, como o próprio nome já remete, é a pratica de modo a produzir bem, de maneira eficaz com qualidade e de maneira mais econômica aos cofres públicos.

2.5 ESTRUTURAS DA ADMINISTRAÇÃO

Marinela (2013, p. 93) aponta que a organização da administração seria:

[...] a estruturação das pessoas, entidades e órgãos que irão desempenhar as funções administrativas, é definir o modelo do aparelho administrativo do Estado. Essa organização geralmente se dá por leis e, excepcionalmente, por decreto e normas inferiores.

Para atender melhor as necessidades da coletividade nas prestações dos serviços que a Administração desempenha, se faz necessário que haja uma distribuição de atribuições para suas entidades e órgãos que a constituem, de forma a delimitar a competência que cada um tem. Para desempenhar essas funções, o Estado a manifesta através de seus agentes (pessoas físicas), tudo isso em conformidade com a lei e excepcionalmente decreto e normas inferiores.

2.5.1 Agentes Públicos

Agentes Públicos de forma ampla são pessoas que servem ao Poder Público, exercendo funções públicas, estes servem de ferramentas para que o Estado possa exercer suas ações ou vontade, estes são vinculadas a ele, independentemente do vínculo ter sido por convocação, contratação, eleição, designação ou nomeação e seja de caráter temporário ou permanente, remunerado ou não remunerado (MELLO, 2012). Logo, agente público será aquele que desempenha funções estatais e geralmente estão desempenhando uma função num órgão público ocupando um cargo, excepcionalmente podem exercer uma função sem cargo.

Na lei complementar nº 8.429/92 que dispõe sobre sanções aplicáveis aos agentes públicos, se conceitua o agente público em seu Art. 2º, “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”. Artigo anterior esse que faz referência ao fato de que aplicação desta lei aos agentes da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, bem como aos poderes destes entes federados e dentre outros.

Seguindo a linha de Hely Lopes Meirelles (2005), por esta ser a mais condizente com a conjuntura que vive no ordenamento atual, classificam-se os agentes públicos em: Agentes políticos são aqueles que ocupam as posições de alto escalão, exercendo funções governamentais, judiciais, elaborando normas e chefiando negócios públicos, investidos em funções, cargos, mandatos ou comissões, seja por eleição, designação, delegação ou nomeação. Exemplos deles têm: os senadores, deputados chefes do executivo, magistrados, ministros, dentre outros; Agentes Administrativos são aqueles que possuem sua vinculação com o Estado, autarquias e fundações pelas relações profissionais e estão sujeitos ao regime jurídico e hierárquico ao qual se encontram servindo. Exemplos destes têm: servidores concursados e os temporários; Agentes Honoríficos são aqueles casos, em que o Estado chama uma pessoa comum, e o designa para que esse exerça uma atividade de natureza

transitória, como por exemplo, mesário durante as eleições e jurado; Agentes delegados são os indivíduos particulares que recebem a incumbência de execução de determinado serviço público e o realizam em nome próprio, pondo o risco em conta, mas obedecendo as normas estatais e sob a permanente fiscalização do delegante, apesar de serem particulares eles respondem como se fossem o próprio Estado desempenhando sua função; Agentes credenciados são aqueles que o representam a administração em determinado ato, mediante remuneração.

2.5.2 Órgãos Públicos

Como já fora mencionado, o Estado é uma entidade abstrata que necessita de agentes públicos (pessoas físicas) para atuar e se manifestar, e para explicar as relações do Estado com seus agentes foram criadas três teorias; a primeira seria a teoria do mandato onde preconiza a ideia de que o agente público é tido como mandatário do Estado, teoria essa que não teve sucesso, pois como o Estado não possui vontade, não poderia ele expedir mandato; a segunda teoria era a da representação, que tinha como base central a noção de que o agente era uma espécie de representante do Estado por força de lei, que fez gerar diversas críticas, de forma imediata, por entender que o Estado seria tido como pessoa incapaz, e o agente público, uma espécie de curador ou tutor deste; então por inspiração de um jurista alemão Otto Gierke, surge a terceira teoria que é a teoria do órgão, nele finalmente se teve que, a vontade da pessoa jurídica deve estar ligada a vontade do órgão ao qual esta faz parte, dessa forma substituindo a ideia base de que o Estado deixou de ser representado e agora imputa sua vontade aqueles que dele faz parte (DI PIETRO, 2012).

A partir dessa relação de órgão/pessoa, pode definir órgão público como sendo, um ente despersonalizado que integra a administração direta e que exerce suas funções através de seu corpo de agente que o integram para expressar a vontade estatal.

Na mesma linha, tem-se a definição do grande doutrinador Carvalho Filho (2015, p. 15) que define;

Ante a fixação dessas premissas, pode-se conceituar o órgão público como o compartimento na estrutura estatal a que são cometidas funções determinadas, sendo integrado por agentes, que quando as executam, manifestam a própria vontade do Estado.

A lei nº 9.784/99 em seu art. 1 §2 inciso I, define órgão como sendo “órgão- a unidade de atuação integrante da estrutura da administração direta e da estrutura da Administração indireta”.

No ordenamento moderno, entende-se o órgão como sendo um feixe de atribuições, uma unidade de ação da organização estatal e que esta é uma unidade inconfundível com seus agentes. Como aborda Meirelles (2005, p. 68);

Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isto explica por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares, não acarreta a extinção do órgão.

Deve se salientar que quando o agente ultrapassa competência do órgão, este será responsabilizado perante a entidade.

2.6 ADMINISTRAÇÃO DIRETA E ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

O Estado utiliza-se dos órgãos, agentes e pessoas jurídicas para atuar e desempenhar as funções administrativas, sua organização para a prestação dos serviços são feitas de forma: centralizada, situação essa que o Estado é quem diretamente executa as tarefas, por meio dos órgãos e agentes que compõe sua estrutura funcional; a descentralização ocorre quando é necessário que ocorra a especialização do serviço, nisso o estado cria pessoa especializada e delega a ela a prestação do serviço; na desconcentração, entende-se que a prestação do serviço para melhor atender a população de forma eficiente, o órgão se desmembra e se especializa internamente propiciando uma melhoria em suas estruturas.

Em conformidade com que fora dito Carvalho Filho (2015, p. 458) aponta:

Nessa linha de raciocínio, pode-se considerar a existência de uma administração centralizada e de uma administração descentralizada, ambas voltadas para o cumprimento das atividades administrativas. Por via de consequência, já é oportuno observar, nestas notas introdutórias, que a denominada administração direta reflete a administração centralizada, ao passo que a administração indireta conduz à noção de administração descentralizada.

2.6.1 Administração Direta

A administração direta ou centralizada é conceituada como um conjunto de órgãos que integram a estrutura dos entes federativos, estas possuem competência legais e administrativas constitucionais, para desempenhar de forma centralizada as atividades administrativas. São dotados de personalidade jurídica de direito público e são os tidos como indispensáveis à constituição da federação. Vale salientar que os entes da administração direta estão sujeitos às prerrogativas e obrigações da Administração Pública e estas obrigações e prerrogativas são extensíveis aos seus órgãos. Essas pessoas políticas da federação brasileira são: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (MARINELA, 2013).

Como foi mencionado, o Estado dado ao regime público, devem obedecer às regras já prefixadas, como por exemplo, a exigência de concurso público para o seu quadro de pessoal, aos limites da Lei de responsabilidade fiscal (Lei Complementar nº 101/00) o dever de licitar (art. 37, II, da CF) e possuem os privilégios tais como; gozar de imunidade recíproca para impostos (art150, VI, “a”, da CF), seus bens possuem proteção pelo regime público, prerrogativas processuais.

2.6.2 Administração Indireta

Conforme fora dito alhures, se valendo da tentativa de melhor atender a toda coletividade, e prestar um serviço de forma eficiente e especializado, o Estado cria pessoas Jurídicas e descentraliza, porém, não se deve confundir com a desconcentração, segundo a doutrinadora Di Pietro (2012, p. 466) a diferença se baseia no fato de que esta:

Difere da desconcentração pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica; sabe-se que a Administração Pública é organizada hierarquicamente, como se fosse uma pirâmide em cujo ápice se situa o Chefe do Poder Executivo. As atribuições administrativas são outorgadas aos vários órgãos que compõem a hierarquia, criando-se uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros. Só é feito para descongestionar, desconcentrar, tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho. A desconcentração liga-se à hierarquia.

Administração indireta é tida como o conjunto de pessoas, que prestam as atividades administrativas necessárias de forma indireta, atividades estas que o Estado observou que era necessária uma prestação mais próxima e direcionada apenas para aquela matéria (CARVALHO FILHO, 2015). Os entes da administração indireta são vinculados aos ministérios, apesar de não haver uma Hierarquia própria entre a administração direta e a administração indireta. Os ministérios exercem um controle sobre suas atividades, observando

metas a serem alcançadas e o desempenho do seu quadro de servidores públicos, este controle é chamado de supervisão ministerial e se encontra previsto no art. 19 do decreto-lei 200/67.

A administração descentralizada é vital para o aperfeiçoamento estatal tendo o decreto-lei nº 200/67, dispondo que a descentralização deve ser alçada ao princípio norteador da reforma administrativa federal art. 10, §1. No mesmo decreto no art. 4º, inciso II, é apontado que as categorias que compreendem a administração indireta que são as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações, todas elas dotadas de personalidade jurídica própria.

O poder Executivo é o incumbido da Administração indireta, e toda entidade federativa pode ter a sua administração indireta, logo, pode haver administração indireta em qualquer uma das três esferas.

É importante lembrar que conforme preconiza o art. 37 da CF, os incisos XIX e XX, na administração indireta, a lei é quem cria as autarquias, sendo as demais apenas autorizadas as suas criações. A criação de subsidiárias de empresas estatais dependerá de autorização legal. O ente criado possui finalidade na própria lei que fora responsável pela sua criação.

O decreto-lei 200/67 em seu art. 5º, inciso I dá uma definição do que é autarquia: “Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”. Autarquias, como já fora dito, são criadas por leis e são extintas por outra lei que especificamente a extingue, é pessoa jurídica de direito público, logo, possui o mesmo regime que é aplicável à fazenda pública, sendo aquilo que se aplica ao que fora mencionada sobre administração direta, também será aplicada as autarquias, embora não possua capacidade política a ela se aplica o mesmo regime político dos entes políticos, possuem receitas próprias, com a finalidade de realizar as atividades administrativas públicas.

As autarquias podem desempenhar funções diversas, tais como: Previdência como é o caso do Instituto Nacional do Seguro Social, função educacional como é o caso da Universidade Federal de Campina Grande, função reguladora como é o caso Agência Nacional de Vigilância Sanitária, dentre outras.

As fundações públicas, a lei autoriza a sua criação, pode ser uma fundação de direito público como pode ser de direito privado segundo entendimento de mesmo sendo de direito privado, seus fins buscam sempre o interesse público e esta será regulamentada pelo Código Civil Brasileiro e o Ministério Público Estadual é quem as fiscaliza. Se forem de direito público, estas fundações terão regime jurídico tal qual às autarquias, ou seja, tudo que fora

comentado acima sobre as autarquias serão aplicadas a estas fundações, os doutrinadores a chamam de autarquia fundacional (DI PIETRO, 2012).

A lei que autoriza a criação das Fundações é quem determinara se esta será de direito público ou de direito privado.

As fundações têm como objetivos prestar serviços sociais, como de educação, pesquisa, cultura, moradia, saúde dentre outras, como exemplos se tem a Fundação da Proteção à Saúde, Fundação para Defesa do Índio, Fundação Getúlio Vargas, O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Empresas públicas e as sociedades de economia mista são muito parecidas, devido à quantidade de características que ambas possuem em comum tal; como estarem sujeitas a controle estatal; desempenharem atividade econômica; seus fins estarem pré-determinados e vinculados na lei instituidora; personalidade jurídica de direito privado; criação e extinção autorizadas por lei; estão sujeitas ao regime privado por normas de direito público (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

No decreto-lei nº200/67 em seu artigo 5º, incisos II e III se tem a definição de que:

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

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

A partir desse conceito, podemos apontar as três diferenças básicas que se tem entre as empresas estatais e as sociedades de economia mista, a primeira é com relação ao capital que as criou, a empresa pública nesse caso é formada por capital, cem por cento públicos, na sociedade de economia mista têm-se o capital sendo misto, parte público e parte privado, lembrando que a maior parte do capital, tem que ser público. A segunda diferença que deva ser observada é com relação à forma societária, na empresa pública está pode ser qualquer tipo de forma societária aceita no ordenamento jurídico brasileiro, já as sociedades de economia mista só poderão ser formadas por força da lei em sociedade anônima S/A. A terceira diferença esta com relação ao deslocamento de competência por força do art. 109, inciso I, da Constituição Federal, determina que seja de competência da justiça federal as

empresas públicas, autarquias e fundações, deixando as sociedades de economia mista a cargo da Justiça residual.

São exemplos de Empresas públicas, Empresa de correios e Telégrafos, Caixa Econômica Federal dentre outras. Sociedade de economia mista, por exemplo, se tem o Banco do Brasil S.A, Petrobras S.A, dentre outras.

3. PODERES ADMINISTRATIVOS

Como já fora dito no capítulo anterior, o Estado age na busca do interesse coletivo e dele não pode dispor, e que o mesmo possui prerrogativas para alcançar tais objetivos. Para que o administrador público possa chegar a tais metas, ele deve ser munido de poderes que correspondam a Administração Pública.

A doutrinadora Di Piedro (2012) aborda sobre a etimologia da palavra “poder” na Administração Pública diz que:

Embora o vocábulo poder dê a impressão de que se trata de faculdade da administração, na realidade trata-se de poder-dever, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade, os poderes são pois, irrenunciáveis.

A doutrinadora foi brilhante em suas palavras, pois, é dever do Estado agir quando a sociedade clama por ele, se o mesmo não agisse estaria indo contra um dos princípios basilares de sua formação que é o da indisponibilidade do interesse público.

Deve-se entender que estes poderes que a lei confere à Administração Pública são dados aos agentes públicos, para que os mesmo desempenhem suas funções, pois, a utilização desses poderes são instrumentos necessários para desempenharem suas funções.

Os poderes administrativos nascem junto com a Administração Pública, ou seja, é inerente a Administração de todas as entidades estatais seja na esfera federal (União), estadual (Estados) e municipal (municípios). Deve se salientar que todos possuem proporção e limites de competência pré-determinados de forma institucionais, estes podem vim a ser usados isolados ou cumulativamente para o alcance do ato.

Feito as noções introdutórias deve se ter como conceito de poderes administrativo como sendo: Poderes-deveres instrumentais que são utilizados pelos agentes públicos para buscar o interesse social e promover os fins que o Estado alça alcançar.

O doutrinador e Juiz Dirley da Cunha Júnior (2009) diz que:

[...] são instrumentos de trabalho com os quais os órgãos e entidades administrativas desenvolvem as suas tarefas e cumprem os seus deveres funcionais. Por isso mesmo são chamados poderes instrumentais, consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são conferidos.

Baseado na ideia do doutrinador Meirelles (2005) na hora de classificar os poderes administrativos, podem se classificar de acordo com a sua liberdade administrativa, em que

veremos a liberdade que pode ou não haver na prática de determinado ato, nesse caso, poder vinculado e poder discricionário, em seguida visam ao ordenamento da administração ou sua punição dentro dela aos que a ela estejam vinculados, nesse caso, poder hierárquico e disciplinar; diante de sua finalidade normativa, poder regulamentar; e para a contenção dos direitos individuais, em poder de polícia.

3.1 PODER VINCULAR

No poder vincular, a lei estabelece todos os parâmetros de atuação do agente público, ou seja, no texto positivado informara tudo de como o ato ocorrerá, dizendo como todos os elementos do ato de forma objetiva (MARINELA, 2013).

A doutrinadora Di Pietro (2012, p. 90), aborda o fato de que “Poderes Vinculado e Discricionário não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competência da Administração”.

Há de fato uma divergência na doutrina, e o argumento utilizado para não considerada a vinculação um poder administrativo, se baseia no fato de que ele é apontado como uma característica de competência da administração, pois como fora dito acima, ela estabelece limitações de atuação ao agente público, o deixando assim com a liberdade mínima, no caso de o agente não obedecer aos parâmetros pré-estabelecidos de como o ato deva ocorrer, o mesmo estará infringindo o princípio da legalidade e o ato será nulo pelo fato de o ato se encontrar em desvinculação ao texto positivado.

Deve-se entender que em virtude do princípio da legalidade não pode haver por parte dos agentes nenhuma omissão ou diversificação na consecução dos atos e poderes administrativos. Caso ocorra, tanto a administração quando o Poder Judiciário possuem capacidade para declarar a invalidade do ato. Detalhe só poderá ocorrer esse controle judicial do órgão judicial no que tange ao aos aspectos de legalidade do ato.

Para um melhor entendimento de quando ocorre à vinculação, deve-se saber que esta se faz presente, quando se tem os seguintes elementos de vinculação a competência, a finalidade, a forma, outros também podem vim a ser indicados na consecução do ato. A competência é a atribuição legal do agente ou órgão; a finalidade é o objetivo do ato praticado e está ligada diretamente a lei; a forma é o modo pelo qual o ato foi feito.

Para um melhor entendimento na prática, se pode citar como exemplo a aposentadoria compulsória, em que de acordo com a lei complementar Nº 152, ao chegar aos 75 anos de idade será decretado à aposentadoria compulsória.

3.2 PODER DISCRICIONÁRIO

Como fora bem mencionado acima, a luz do entendimento da doutrinadora Di Pietro (2012), poder discricionário não seria poder, e sim característica, porém será adotada a visão de Hely e Marinela, portanto, enquanto que o poder vincular é a falta de liberdade do agente para prática de determinado ato, o poder discricionária seria uma liberdade que a lei confere a Administração Pública para a prática de determinado ato com liberdade de escolha, nessa liberdade, deve-se observar a conveniência ou a oportunidade, para que este atinja a finalidade pública de modo a satisfazer o interesse social. Deve-se entender que o poder discricionário atua justamente nesse ponto, em que os agentes administrativos atuam com liberdade, para elegerem entre as condutas possíveis, aquela que melhor será para a administração (TOURINHO, 2009).

Seguindo a linha de proximidade de pensamento do doutrinador Carvalho Filho (2015, p.51) entende-se que; conveniência e oportunidade são elementos centrais da discricionariedade, pois, na primeira tem-se em que condições vai se conduzir o agente; e na outra tem se o fato do momento em que a atividade ocorrerá, lembrando que tudo isso deve ser para melhor conseguir atingir a real vontade da lei.

Conforme convém esclarecer, se deve entender que o poder discricionário não se confunde com a arbitrariedade, pois, no primeiro se tem uma liberdade de ação que é facultada a própria Administração e esta liberdade possui limites dentro do corpo legal da lei, como por exemplo, no fato de contratos de obras e serviços de engenharia de R\$ 1.000.000,00 o administrador possui faculdade de fazer a modalidade de licitação concorrente ou a tomada de preço conforme prevê a lei 8.666/93. Já na arbitrariedade, não ocorre isso, é uma ação que não possui vinculação alguma com a lei. Portanto, a arbitrariedade será sempre tida como uma conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade estatal.

Em sua obra sobre Direito Administrativo, o professor Dwight Cerqueira Ronzani (2003, p. 114) aborda sobre a diferença entre poder discricionário e arbitragem ou como ele mesmo aborda poder arbitral.

Não se pode estabelecer confusão entre discricção e arbítrio, entre poder discricionário e poder arbitrário. Este é resquício do absolutismo monárquico, quando o poder enfeixava-se nas mãos do Rei, sendo sua característica principal a ausência de qualquer tipo de limitação normativa; aquele tem berço na legalidade, por isso mesmo ostenta os acentuados contornos da legalidade.

A discricionariedade do poder Discricionário está nos elementos motivo e objeto, logo a liberdade do administrador se encontra nesse ponto e é justamente nesses elementos que se fará o juízo de valor, é onde se analisa a conveniência e a oportunidade e é essa valoração que chamam de mérito administrativo. Vale lembrar que somente a administração pública pode fazer esse juízo de valor, o juiz exercendo sua função não pode fazer a análise meritória, somente pode fazer controle jurisdicional de mérito no aspecto da legalidade, nesse caso, pode-se verificar se houve violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3.3 PODER NORMATIVO E PODER REGULAMENTAR

Apesar de alguns autores tratarem poder normativo e regulamentar como sendo o mesmo, este pensamento se mostra superado. Seguindo o pensamento da Professora Di Pietro (2012) tem-se que a Administração Pública possui um poder normativo, poder este que a Administração Pública possui de editar normas gerais, atos administrativos gerais e abstratos, para facilitar a execução da lei ou facilitar seu entendimento. Essas normas ou atos serão sempre inferiores à lei.

As manifestações do poder normativo são as mais variáveis possíveis como: instruções normativas por parte dos ministros de estados, um chefe de repartição expedir ordem de serviço dentre outros, mais o que será relevante e focado nesse tópico será o regulamento, este por sua vez que é expedido pelo chefe do executivo.

Poder regulamentar é poder conferido ao chefe do executivo seja na esfera federal, estadual ou municipal de expedir decreto para fiel execução da lei, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei (MARINELA, 2013). É um poder indelegável nos termos do art. 84 VI parágrafo único da CF.

Tem que se ter em mente que a lei é a única que inova o ordenamento jurídico ao passo que o regulamento não altera, apenas pode complementar ou explicar. No caso de o administrador emitir decreto alterando texto legal afirmando que o mesmo está apenas o regulamentando, este estará praticando o abuso de poder, nesse caso, estará o Congresso Nacional apto a sustar o ato normativo, conforme o art. 49, V da CF aborda.

Para não ocorrer dúvidas, se faz necessário estabelecer que regulamento e decreto, são referências ao mesmo ato, sendo respectivamente um o ato e o outro a forma.

Os regulamentos, doutrinariamente falando, podem ser: o primeiro deles é o chamado regulamento executivo, nele o chefe do executivo expede decreto que será destinado a fiel execução da lei, ou seja, complementa a lei, conforme prevê o art. 84, IV da Constituição

Federal; o segundo é chamado de regulamento autônomo, este pode inovar a ordem jurídica, estabelecendo normas que não foram alvos de lei, este tipo de regulamento está previsto nos casos do art. 84, VI, 'a' e 'b' (MARINELLA, 2014).

3.4 PODER HIERÁRQUICO

O poder hierárquico é um poder que a Administração possui no intuito de que a mesma possa distribuir e escalonar as atividades de seus órgãos, ordenando e revendo a atuação de seus agentes, dessa maneira estabelecendo uma subordinação em seu quadro de servidores. Em termos mais simples, podemos dizer que se trata de um poder que a administração tem, de se estruturar internamente. Deve-se ter em mente que a relação de hierarquia só ocorre dentro de uma mesma pessoa Jurídica, pois, dentro de uma relação de hierarquia, ambos têm que fazer parte do mesmo órgão ou entidade ao qual estão vinculados, então, a partir desse ponto, sabe-se que só ocorre poder hierárquico numa mesma pessoa jurídica, já se pode observar que, não há hierarquia entre União, Estado e Municípios e como já fora dito no primeiro capítulo, também não ocorre entre os entes da administração direta e da administração indireta (ALEXADRINHO; PAULO, 2016).

Estabelecendo essa relação de hierarquia, se tem o ensinamento do professor Carvalho Filho (2015, p. 69) que afirma:

Hierarquia é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração que tem como objetivo a organização da função administrativa. E não poderia ser de outro modo. Tantas são as atividades a cargo da Administração Pública que não se poderia conceber sua normal realização sem a organização, em escalas, dos agentes e dos órgãos públicos. Em razão desse escalonamento firma-se uma relação Jurídica entre os agentes, que se denomina de relação Hierárquica.

Em síntese, se pode destacar que o objetivo do poder hierárquico é o de coordenar, corrigir controlar, e o mais importante, ordenar, tudo isso para que as atividades dentro do âmbito da Administração Pública sejam desempenhadas de maneira eficiente. Por isso, pode-se afirmar que tal poder atua como ferramenta de organização e aperfeiçoamento.

Dado essa introdução acerca da Hierarquia, deve-se atentar para os efeitos que dela resulta. O primeiro deles seria o de comandar, neste, o subordinado tem o dever de obedecer às ordens do que se encontra hierarquicamente superior a ele, logo, o mesmo deve obedecer e executar aquilo que seu superior mandar. Um segundo efeito que se tem na relação de hierarquia, é o de fiscalização dos atos do subordinado pelo seu superior, nesse ponto o

superior observará conduta, desempenho e obediência do seu subordinado. O terceiro é o de rever os atos praticados do seu subordinado, ou seja, analisando os aspectos de conveniência oportunidade, forma, objetivo e outros, o superior decidirá por manter ou invalidar o ato, lembrando que esta supervisão é possível até o momento em que o ato não gerou direito subjetivo ou se tornou definitivo na administração.

O efeito que mais chama a atenção nesse estudo da hierarquia é o efeito de delegação e avocação de competência. Segundo as palavras de Cretella Junior (1972, p. 172) se pode definir: “Delegação é a transferência de atribuições e um órgão a outro no aparelhamento administrativo”, ou seja, ocorre quando um superior ordena ao seu subordinado desempenhar uma atividade que era dele (delegante). Lembrar que não pode ocorrer delegação entre Poderes, tão pouco pode haver delegação quando a lei expressamente determina o agente que deve praticar aquele ato. Dois pontos interessantes sobre esse aspecto de delegação é que não pode haver subdelegação sem a autorização do delegante e o outro é que o delegado não poderá recusar.

A avocação por sua vez é justamente o oposto da delegação, nesta, o superior toma para si, conforme expõe Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016, p. 261): “A avocação é ato discricionário mediante o qual o superior hierárquico traz para si o exercício temporário de determinada competência atribuída por lei a um subordinado”. Da vedação legal para delegação e avocação de competência para edição de atos de caráter normativo, a decisão de recurso administrativo, as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Dentro da Hierarquia, não se deve confundir subordinação com vinculação, pois, enquanto na vinculação tem-se uma relação entre os entes como observamos na Administração direta e na indireta, na subordinação tem-se o superior hierárquico.

3.5 PODER DISCIPLINAR

O poder disciplinar é um poder/dever que a Administração Pública possui para impor sanções administrativas a seu quadro de servidores públicos, o agente ao praticar uma irregularidade está sujeito a pena na esfera administrativa. Este poder se relaciona diretamente com o poder hierárquico, pois, para que o indivíduo esteja submetido a uma medida disciplinar, o mesmo tem que pertencer à administração e vinculado a um órgão ao qual aplicará uma sanção (MEIRELLES, 2005). Então, se tem que o poder disciplinar se baseia numa relação de hierarquia, em que um ato infracional praticado por um agente público

será julgado pelo órgão ao qual ele está vinculado e passível de aplicação punitiva administrativa pelo próprio órgão.

Apesar de alguns doutrinadores terem que a finalidade do poder disciplinar é de punir o agente, tem que se ter em mente que a ideia central desse poder/dever é que, o serviço prestado pelos agentes seja o mais qualificado possível, ou seja, real finalidade do poder disciplinar não seria a de simplesmente punir o agente que praticasse ato infracional, mas sim buscar aperfeiçoar o quadro de pessoas que fazem parte dele.

Fala-se tanto que é um poder/dever porque, ao superior saber que o agente subordinado praticou ato infracional, este deverá *ex officio* comunicar o ocorrido, para que seja apurado o fato em um processo administrativo disciplinar, na ausência dessa atitude o fato resultará na aplicação do art. 320 do CP, que informa ser crime contra a administração, o fato de o funcionário, por indulgência não responsabilizar o subordinado por infrações cometidas no exercício de seu cargo e também estará sujeito a prática de improbidade administrativa, conforme estabelece a lei 8.429/92 em seu art. 11, pois não demonstra lealdade, honestidade e obediência à legalidade.

A posição dos doutrinadores e professores Américo Fuhrer e Ernesto Fuhrer (2005, p. 33) aborda alguns aspectos interessantes sobre o poder disciplinar:

É uma outra face do poder hierárquico e tem por fim a punição servidor infrator. Embora haja certa discricionariedade na aplicação das sanções, o poder disciplinar é obrigatório, sendo que a inércia da autoridade administrativa superior pode constituir crime (condescendência criminosa, art. 320 do CP).

Conforme foi abordado mais acima, não se observa que a finalidade seja o simples fato de punir o agente, mas sim de buscar o aperfeiçoamento de seu quadro de servidores. Abordando ainda sobre o posicionamento dos doutrinadores, observa-se que há uma obrigação, há um dever dentro dele. Então o poder disciplinar não pode ser entendido como uma faculdade que dispõe a administração de punir ou não, mas sim, o dever que a mesma possui na busca de aperfeiçoar seu quadro de servidores para que estes melhor atendam os anseios da coletividade.

A discricionariedade que deve ser observada no poder disciplinar, conforme bem apontou os dois professores mais acima citados, é na hora da aplicação da pena, onde será determinada qual sanção este sofrerá. De acordo com a Lei 8.112/90 em seu art.127, “são penalidades disciplinares: advertência; suspensão; demissão; a cassação da aposentadoria ou

disponibilidade; destituição de cargo em comissão e por ultimo destituição de função comissionada”.

Apesar de haver uma discricionariedade na hora da aplicação da sanção, este não pode escolher qualquer uma e aplicar. Ao analisar a gravidade do fato, sua natureza e eventuais danos que ocorram, a autoridade competente poderá escolher a que melhor se aplica ao caso, se assim não fosse, estaríamos diante de uma escolha arbitrária, e como já fora mencionado, dentro da organização administrativa brasileira, nenhum ato é arbitral e não deve haver confusão entre discricionariedade e arbitragem.

A aplicação da sanção caso seja inapropriada e seja considerada arbitrária, estará sujeito ao controle Jurisdicional, cabendo assim de acordo com o art. 5º inciso LXIX da CF, a impetração de mandado de segurança, remédio constitucional que serve para assegurar o direito líquido e certo contra essa autoridade pública (este remédio será abordado no terceiro capítulo), que nesse caso decidiu de forma arbitrária e violou dessa maneira o princípio do devido processo legal e o princípio da adequação punitiva, punindo o agente além daquilo que ele cometeu (art. 5º, LIV e LV).

Há um último ponto que se deve abordar, é o de que não se pode confundir a punição de cunho disciplinar da Administração Pública com a do poder punitivo que o Estado possui, pois o poder disciplinar ocorre o seu exercício para disciplinar os agentes da Administração Pública pela prática de atos irregular ou omissivo no desempenho de seus cargos ao passo que o poder punitivo estatal, aplica-se o buscando a repressão de contravenções e ilícitos penais (crimes). É importante lembrar o fato de que o agente que pratica determinado ato, pode ser condenado tanto na esfera criminal como na administrativa, pois a punição criminal e a disciplinar possuem fundamentos diversos, e diversas é a natureza das penas, logo a aplicação conjunta das duas penalidades não enseja *bis in idem* por causa justamente disso (MEIRELLES, 2005).

3.6 PODER DE POLÍCIA

O poder de polícia é um poder que a Administração Pública possui, voltado a restringir e condicionar direitos, bens e atividades individuais no seu uso e gozo, buscando interesse social e do Estado (MELLO, 2012), ou seja, em busca de garantir o direito de toda a sociedade, o Estado quando necessário, restringe um direito de um indivíduo para que os demais gozem do seu, tomamos o exemplo: toda pessoa tem o direito de ir e vir. Suponhamos um caso hipotético, um sujeito possui um carro, conseqüentemente possui o direito de dirigir

com ele para onde quiser, porém, a administração a fim de assegurar os direitos dos demais, está fazendo rodizio de automóveis e no dia de hoje esse carro por ter placa dois no final não pode circular.

Há uma importante lição que ensina Zanobini (1968, v. 4:191), apud DI PIETRO, (2012, p. 120) acerca dos direitos individuais protegidos e os limites a eles imposto pela administração, ele nos diz o seguinte: “a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. Conforme explana muito bem Zanobini, não há direito ilimitado, até porque para que seu direito não vá de frente com o mesmo direito que o outro também possui, deve-se impor limite, dessa forma se restringe direito para garantir direito.

O conceito de poder de polícia esta positivada no CTN em seu art. 78 que diz:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Este conceito legal, apesar da definição um pouco incompleta, aborda de forma clara e precisa, o fato de que o poder de polícia dado à Administração Pública pode instituir limites para com os direitos individuais em busca da supremacia do interesse público.

O poder de polícia é inerente a Administração Pública, e está presente em todas as três esferas (União, Estados e Município). A competência para exercer o poder de polícia, via de regra, é da pessoa federativa à qual a Constituição Federal conferiu o poder para regular a matéria.

O fundamento e razão que se há no poder de polícia é: a fundamentação se baseia no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, onde o Estado regula a coletividade exercendo sua supremacia sobre bens e atividades; a razão está no fato de que o mesmo busca o interesse social.

O objetivo do poder de polícia é o de restringir bem, direito ou a atividade individual que possa vim a prejudicar a sociedade ou a segurança pública estatal. Sua finalidade está no presente fato de que o dito poder age na proteção ao interesse público que tenha relevância, dessa forma a mesma combatendo ações particulares que vão a confronto com a ordem moral e social.

Conforme se aprofunda o estudo sobre a matéria, Mello (2012) diz ser concernente fazer uma diferença entre polícia administrativa e polícia judiciária, um dos principais pontos que as diferenciam é no que tange a seu caráter, pois, enquanto na administrativa se tem um caráter mais preventivo, em que se busca controlar ações antissociais como, por exemplo, a multa, na outra tem se o caráter repressivo onde a atuação é voltada a punir os infratores nos termos da legislação penalista. Porém, vale lembrar que a polícia administrativa também atua de forma repressiva, como por exemplo, na hora de guinchar um carro que foi estacionado indevidamente comprometendo todo o tráfego. O mais correto seria observar que se o fato tratar sobre legislação penal, vai se está diante de uma atuação da polícia judiciária.

Complementando o paragrafo anterior, ainda os atos do poder de polícia administrativa, podem ser expressos de forma fiscalizadora onde se caracteriza por seus atos que buscam prevenir lesões aos administrados como, por exemplo, na higienização de estabelecimentos comerciais.

O doutrinador Melo (2012, p. 853) define a polícia administrativa como sendo:

[...] como a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamentos em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non face”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.

Muito se fala sobre o fato de que o poder da polícia administrativo é irrenunciável e indelegável a particular, de fato assim o é, julgou o STF na Adin 1717, declarando que os conselhos reguladores de profissão têm natureza de autarquia, pois o exercício do poder de polícia, não pode ser conferido a particulares. Outro ponto que já gerou muita polêmica é o fato de contratação de empresas privadas para colocar radar e expedir multas de trânsito, porém a doutrina já se posicionou que é possível a delegação das atividades de mera execução, então, o que é delegado é o que chamam de aspectos materiais do poder de polícia, assim pode-se dizer que a delegação ocorre apenas na execução, mas não no poder em si.

Em conformidade com que fora dito tem-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES INEXISTENTES. CONTRADIÇÃO CARACTERIZADA. (ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. TRÂNSITO. SANÇÃO PECUNIÁRIA APLICADA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPOSSIBILIDADE.) 1. (...) 6. Na espécie, entendeu-se que o art. 24 do CTB permitia a delegação do poder de polícia para particulares. 7. Tal tese encontra-se, pois, no âmbito da legislação

infraconstitucional, pois envolve a correta extensão do conteúdo de norma integrante de diploma normativo federal – norma cuja mal interpretação importaria ipso facto na ofensa a legislação infraconstitucional. Cabível, portanto, o recurso especial, com base no art. 105, inc. III, “a”, da CR/88. 8. Não fosse isso bastante, a regra consubstanciada no art. 237 da Lei n. 6.404/76 autoriza concluir acerca da impossibilidade da transferência do poder de polícia para particulares. Esta foi a conclusão adotada no voto-vista proferido pelo Min. Herman Benjamin. 9. Fácil perceber, nesta esteira, que o âmbito de atuação do STJ deu-se nos estritos limites de sua competência, interpretando unicamente a legislação infraconstitucional (dispositivos do CTB e da Lei n. 6.404/76). 10. Uma tese de reforço: a rigor, os votos que fundamentaram o acórdão da Corte Superior sequer fizeram menção à lei local - limitaram-se a discutir a possibilidade de delegação de poder de polícia a particular. Então, não houve nenhum juízo de validade acerca da lei local. 11. Mesmo que não houvesse lei local específica, as teses vencedoras nesta instância especial seriam exatamente as mesmas, o que bem demonstra que não houve a dita incursão em competência do STF. 12. Bem, além da incidência dos arts. 7º e 24 do CTB, a origem, é bem verdade, discutiu a possibilidade de delegação de serviços públicos a particulares, com base no art. 175 da CR/88, bem como a competência municipal para gerir os serviços públicos locais (art. 30 da Lei Maior). Neste ponto, cabível a interposição do extraordinário (a propósito: o Ministério Público estadual protocolou mesmo o extraordinário). 13. Em suma: a origem conclui pela possibilidade de delegação do exercício do poder de polícia para sociedades de economia mista com base no alcance e conteúdo (i) dos arts. 22, 30 e 175 da CR/88 e (ii) dos arts. 7º e 24 do CTB. Não se julgou válida lei local em confronto com lei federal, mas apenas e tão-só definiu parâmetros de interpretação de lei federal e de normas constitucionais. Assim, uma parte dos argumentos enfrentava especial; a outra parte, extraordinário. Neste contexto, o julgamento do especial não implica usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 14. No que tange ao item (ii), é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que não cabem embargos de declaração para que o STJ enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 15. Finalmente, no que diz respeito ao item (iii), assiste razão à embargante. 16. Tanto no voto condutor, como no voto-vista do Min. Herman Benjamin, ficou claro que as atividades de consentimento e fiscalização podem ser delegadas, pois compatíveis com a personalidade privadas das sociedades de economia mista. 17. Nada obstante, no recurso especial, o pedido do Ministério Público tinha como objetivo impossibilitar que a parte embargante exercesse atividades de policiamento e atuação de infrações, motivo pelo qual o provimento integral do especial poderia dar a entender que os atos fiscalizatórios não podiam ser desempenhados pela parte recorrida-embargante. 18. Mas, ao contrário, permanece o teor da fundamentação e, para sanar a contradição, é necessária a reforma do provimento final do recurso, para lhe dar parcial provimento, permitindo os atos de fiscalização (policiamento), mas não a imposição de sanções. 19. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial, no sentido de que permanece a vedação à imposição de sanções pela parte embargada, facultado, no entanto, o exercício do poder de polícia no seu aspecto fiscalizatório.

(STJ - EDcl no REsp: 817534 MG 2006/0025288-1, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/05/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/06/2010)

Adotando a visão de Meirelles (2005), entende-se como sendo características do poder de polícia, apenas a discricionariedade e a autoexecutoriedade, adota-se aqui nesse trabalho a visão de que o poder de polícia possui os seguintes atributos: a discricionariedade, como regra, quase todo ato do poder de polícia é tido como discricionário, pois há alguns atos na Administração Pública que preenchidos os requisitos devem ser executados, tome-se o

exemplo da licença para construir, cumprido os requisitos a administração tem o dever de expedir a licença para a construção; outro atributo é o da autoexecutoriedade, a Administração Pública pode executar de forma direta, sem depender de ninguém, ou seja, a administração impõe medidas de forma imediata; o último atributo é o da coercibilidade, este aspecto estampa que os atos de polícia são dotados de imperatividade, ou seja, os atos impõe ao particular obediência sob pena de coerção.

As sanções dadas pelo poder de polícia são diversas como: demolição de construção, embargo de obra, interdição ente outras, toda sanção que Administração Pública sanciona pelo poder de polícia é em defesa da segurança, saúde e moral.

Sempre que houver conduta individual que prejudique os demais ou simplesmente seja inconveniente a coletividade, o poder de polícia pode atuar, independentemente de o fato constituir crime ou não. A própria Administração Pública é quem impõe e executam (atributos do poder) as sanções, todas de forma proporcional e compatíveis com as exigências do interesse público.

Por fim, aborda-se que as limitações do poder de polícia, estão demarcadas pelo interesse coletivo, em acordo com os direitos fundamentais do indivíduo previsto no art. 5º da CF. O ato de poder de polícia deve ser exercido para fins coletivos, a partir do momento em que ele é usado em benefício ou malefício de administrado determinado o ato perde sua finalidade (DI PIETRO, 2012). Deve ser sempre observado no uso do poder de polícia a necessidade, a proporcionalidade e eficácia a fim de que não ocorra uma irregularidade e o ato praticado pelo agente seja abusivo.

O ato do poder de polícia, como qualquer outro ato da administração poderá vir a ser declarado inválido pelo Poder Judiciário, caso este tenha sido praticado além dos seus limites, incidindo assim na prática excesso, desvio ou abuso de poder.

4. USO, ABUSO DO PODER E PODERES/DEVERES DO GESTOR PÚBLICO

4.1 NOÇÕES GERAIS DE USO E ABUSO DO PODER

No ordenamento Jurídico Brasileiro, a Administração Pública é dotada de poder, poder este que é necessário para que o Estado imponha seus desejos e fins sociais aos particulares (MEIRELLES, 2005). A Administração Pública deve fiel obediência plena ao texto positivado na lei, devendo agir em plena conformidade com os parâmetros estabelecidos por ela, mesmo na hora da prática de um ato discricionário, o agente público investido em cargo ou função, deve na prática do ato, tomar medida que seja mais benéfica à administração, observando a conveniência e oportunidade, até porque se deve lembrar que o ato discricionário se sujeita às prescrições legais quanto à competência, finalidade e forma.

O uso do poder pelo gestor público possui limites, ele deve ser exercido em plena conformidade com os textos legais, com a moralidade administrativa, a finalidade do ato e as principais exigências do interesse público. O poder é dado e confiado ao administrador, na ideia de que o mesmo só usará para benefício da coletividade, sendo que sua utilização deva ser dada nos limites que o bem-estar social exigir.

O uso do poder é uma prerrogativa do administrador, então se sabe que o mesmo não pode ser renunciável e também gera uma obrigação para aquele que deve praticar, ou seja, o administrador não poderá ter uma conduta omissiva.

Os agentes públicos investidos em suas funções e cargos precisam desempenhar atividades exigidas pela lei, praticando atos nos limites que a lei confere, quando o mesmo usa o poder de forma desproporcional, empregando decisões arbitrárias a força e age com fins próprios afrontando o administrado, se está diante da prática do abuso de poder.

De acordo com o novo dicionário Aurélio (2017) a palavra abuso, tem o significado de:

- 1- Mau uso.
- 2- Uso excessivo.
- 3- Desmando, desregramento (AURÉLIO, 2017, ONLINE)

O doutrinador Carvalho Filho (2015, p. 48), comenta acerca do abuso do poder:

Nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores. Como a atuação deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer

aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto deve guarda conformidade como que a lei dispuser.

O abuso do poder é ilícito, sendo que a prática de seu ato é inválida bem como os efeitos dele decorrentes. A atuação do agente público no exercício das atividades estatais tem que sempre estar em plenitude com a finalidade das normas legais, não podendo o seu comportamento ser reprovável e ilegal, para que o mesmo não incida na prática do gênero abuso do poder. Logo se pode afirmar que toda conduta em que se tem abuso de autoridade, se esta diante de uma ilicitude e a mesma também será sempre reprovada no ordenamento jurídico brasileiro, pois a mesma é um desrespeito à lei, para sanar a sua prática, o ato praticado pelo agente pode ser sanável pela própria administração, já que a mesma possui poder de autotutela conforme prevê a sumula nº 346 do STF diz que “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”, também é claro pode ser sanado pelo Poder Judiciário já que há prática viola a legalidade.

Se deve entender que, ao praticar ato administrativo seja ele vinculado ou discricionário, o mesmo deve obediência formal e ideológica à lei, como já fora apontado ao decorrer desse trabalho: competência, finalidade e forma são matérias que sempre vincula o ato, então não pode o agente agir em desconformidade nesses parâmetros. Mesmo na hora da observância ao motivo e objeto onde há uma liberdade onde se pode fazer um juízo de valor (mérito administrativo), o mesmo não pode ser arbitrário, não pode ser a conduta do agente de má-fé ou simplesmente um capricho do mesmo, a administração atua sempre de boa-fé.

Conforme foi citado no início deste capítulo, a Administração Pública possui o dever de agir, logo, o abuso de poder além de ocorrer na forma comissiva, em que o agente público desempenha conduta positiva que contraria a lei, também poderá sua prática ser caracterizada na forma omissiva onde há inércia do agente público. Ambas podem afrontar a lei, basta supor um seguinte caso hipotético; em que um indivíduo preenche todos os requisitos para construir um prédio, porém a administração se mostra omissa em não expedir a licença para a construção. Aqui no caso narrado tem se; uma omissão clara do agente, o mesmo afrontando texto legal e também causa dano a direito individual, dessa maneira, o agente público em sua conduta omissiva, causou um dano ao patrimônio do administrado. A omissão ocorrerá sempre que autoridade se mostra inerte em desempenhar funções que a lei a obriga (MEIRELLES, 2005).

4.2 DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Como bem aponta os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016), toda a atividade administrativa é determinada por lei, sendo que a mesma só pode fazer aquilo que a lei determina, logo, cada poder que a Administração Pública possui, na verdade corresponde a um dever que a mesma tem de cumprir aquilo que a lei determina, ou seja, a administração é dotada de prerrogativas que alçam alcançar os fins estatais determinados na lei.

Ao ponto que analisa-se a vinculação da atividade administrativa estada com a lei, pode-se observar que a Administração Pública tem um poder-dever de agir, o agente público tem como obrigação agir sempre buscando a finalidade social, jamais podendo agir com arbitrariedade e com fins próprios.

Poder-dever de agir na Administração Pública, se representa pelo fato de que o agente público que atua em nome do Estado tem uma obrigação com o mesmo e com os seus administrados, dessa forma, se pode dizer que o poder dado ao agente tem o significado de um dever com os administrados.

Então, ao analisar esse efeito de poder/dever, podemos entender melhor o porquê de a conduta omissiva ser considerada uma prática abusiva por parte do agente, pois, se o agente se nega a fazer algo que a lei assim o determina, o mesma está agindo contrário à lei, sendo sua conduta arbitrária e como foi exaustivamente mencionado, uma conduta abusiva, que é passível de ser anulada e o agente praticante penalizado em qualquer das esferas (administrativa, civil e penal), a depender do caso.

Doutrina majoritária afirma que dentre todos os deveres que Administração Pública tem, há três deveres que o administrador deve cumprir, para que o mesmo evite a responsabilidade por descumprimento.

4.2.1 Dever de Proibidade

É o dever mais importante dentro dos deveres do administrador público, isso porque diz respeito à forma de como o comportamento e à atuação dever ser. A atuação sempre deve se pautar em dois princípios que são a honestidade e a moralidade. O princípio da moralidade para doutrina majoritária abarca o princípio da honestidade, boa-fé de conduta e atuação não corrupta. Seguir esse modelo é agir com proibidade (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

Quando o agente assim não age, o mesmo poderá estar praticando atos de improbidade administrativa, que será abordado mais a frente.

4.2.2 Dever de Prestar contas

Toda administração tem o dever natural de prestar contas, é um encargo natural de gestão de bens e interesses alheios. O gestor público tem um *múnus* público com a Administração Pública e tem o dever de prestar contas de sua gestão (MEIRELLES, 2005).

Ao prestar contas, o gestor não se limitará apenas ao dinheiro público e ao seu setor financeiro como se encontra atualmente, também deverá prestar conta dos atos praticados ao decorrer de sua gestão conforme prevê a magna carta em seus artigos 70 a 75, onde se tem também o fato de ter que haver prestação de contas daqueles que são responsáveis por valores públicos e os recebam, por exemplo, os particulares que receberam auxílio pecuniário, ou seja, recebeu dinheiro público, deve prestar contas.

4.2.3 Dever de Eficiência

Com o advento da emenda constitucional nº. 19/98, a eficiência entrou no rol dos princípios da Administração Pública, sendo a mesma inserida no art. 37, caput da CF.

Conforme aponta Carvalho Filho (2015), a Administração Pública ao desempenhar suas atividades, deve fazê-las com empenho, rapidez e eficiência, o dever de eficiência corresponde a uma boa administração, em que as prestações dos serviços são feitos da melhor forma possível e adequada ao interesse da coletividade, sempre a administração pública deve buscar ferramentas para se aprimorar se tornando assim mais eficiente. A eficiência funcional de uma agente do setor público não é determinada somente pela sua produtividade, mas também é pela sua perfeição no desempenho da atividade que está exercendo no momento, e também se observar a sua adequação técnica com os fins visados pela administração. Assim, ao analisar essa eficiência funcional, a administração pode avaliar os resultados, para buscar meios de aperfeiçoar seu pessoal.

4.3 ESPÉCIES DE ABUSO DE PODER.

Na posição doutrinária, tem-se que abuso de poder é gênero do qual faz parte as espécies excesso de poder e desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2015). Por isso, o abuso de conduta omissiva será tratado num outro tópico.

4.3.1 Excesso de poder

A doutrinadora Di Pietro (2012, p. 247) ao tratar sobre os vícios relativos ao sujeito nos atos administrativos dá um conceito e exemplos pertinentes sobre o tema:

O excesso de poder ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência.

Conforme bem explana a doutrinadora, o que caracteriza bem o excesso do poder é a ultrapassagem dos limites impostos em seus cargos, em que os agentes públicos desempenham um poder competente de outro agente.

Ocorre-se o excesso de poder em casos que a autoridade pública ou agente público possui competência para prática de determinado ato, porém, vai além, atuando fora dos limites de sua competência legal, invadindo atribuições de competências que são de outro, ou seja, o excesso de poder ocorre quando há prática de atividades que não são conferidas ao agente público que já está executando. É uma conduta abusiva em que de forma dissimulada, o agente exerce atribuições alheias, se investindo de poderes que não lhe pertencem, tornando assim o ato praticado ilícito, nulo e demonstra clara arbitrariedade, violando o princípio da ilegalidade. O ato com excesso de poder sempre terá vício no requisito competência.

Assim também tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, conforme se verifica:

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INTERDIÇÃO DE ACESSO A EDIFÍCIO E UTILIZAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA. PERMISSÃO DE USO CONCEDIDA PELA PREFEITURA, ATRAVÉS DA SEFAZ. ORGÃO INCOMPETENTE. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DA SUCOM. EXCESSO DE PODER. ILEGALIDADE. CONVALIDAÇÃO DO ATO. IMPOSSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA. VÍCIO INSANÁVEL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA. 01. A SEFAZ Municipal não possui competência, tampouco autorização e capacitação técnica para avaliar e convalidar permissões de uso de solo público do Município de Salvador, competindo esta função, exclusivamente, a SUCOM, porquanto, possui a atribuição de supervisionar, acompanhar, fiscalizar e planejar o cumprimento das normas relativas ao ordenamento do uso e ocupação do solo do Município de Salvador 02. A prática de um ato fora das atribuições legais constitui uma espécie de abuso de poder, chamado de excesso de poder, que é “(...) a forma de abuso própria da atuação do agente fora dos limites de sua competência administrativa. Nesse caso, ou o agente invade a atribuições cometidas a outro agente, ou se arroga o exercício de atividades que a lei não lhe conferiu” (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 23ª edição, ano 2010, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro). 03. O ato administrativo cometido por agente incompetente deverá ser anulado pela própria Administração Pública (autotutela) ou pelo Judiciário, através

de ação judicial, inclusive, por mandado de segurança. Entretanto, poderá ser convalidado por aquele que tem a competência legal, caso a sua anulação traga mais prejuízos do que benefícios à coletividade, se, contudo, não se tratar de competência exclusiva, ou seja, indelegável, como o caso dos autos. 04. A SEFAZ não tinha competência para praticar o ato que era exclusivo da SUCOM, sendo assim, este não poderá ser convalidado, devendo, portanto, ser anulado, visto que, praticado com excesso de poder e, em sendo assim, violação ao princípio da legalidade. 05. Nega-se provimento à apelação, confirmando-se a sentença hostilizada. (TJ-BA - APL: 01075312120098050001 BA 0107531-21.2009.8.05.0001, Relator: Clésio Rômulo Carrilho Rosa, Data de Julgamento: 08/05/2012, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 17/11/2012)

4.3.2 Desvio de Finalidade

A segunda espécie de abuso de poder, o desvio de finalidade está presente no ato em que a autoridade pública pratica um ato visando alcançar fim diverso daquele determinado no texto legal ou exigido pelo interesse público. Nesse caso, o agente atua dentro de sua competência legal (MARINELA, 2013). A referida autora, ainda sobre o assunto aponta que mesmo que “quando o agente busca uma finalidade ainda que de interesse público alheio à categoria do ato que utilizou, este será inválido por divergir de orientação legal”. Pode ser chamado também de desvio de poder, porém prefere-se o termo desvio de finalidade, por entender que o agente ao atuar em desconformidade com a lei e a Administração Pública, o mesmo, está buscando fins próprios e agindo de forma ilegítima, dessa forma, sendo mais oportuna a denominação de desvio de finalidade e não de poder.

O desvio de finalidade pode estar presente em ato vinculado e ato discricionário, sendo ele mais comum e visível nos atos da Administração Pública que são discricionários, onde o agente público, observando a oportunidade, que ele tem na escolha da ação, desvia a finalidade do ato. Dada a própria natureza de o ato ser discricionário gera um pouco a dificuldade de se achar prova que confirme o desvio de finalidade, até porque, sua atuação vem maquiada sobre o aspecto da perfeita aparência da legalidade, onde o agente dissimula que o ato fora praticado em observância a todos os preceitos (MEIRELLES, 2005).

Para buscar comprovar que houve o desvio de finalidade, pode-se provar através de testemunhas, documentação no expediente administrativo, e conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal (RTJ, 52/140) na revista trimestral de jurisprudência: “Indícios vários e concordantes são prova”. Na hora de examinar as provas, além da observância da intenção do agente na prática do ato, devem-se valorar também seus efeitos e documentos administrativos que acompanharam o ato, como por exemplo, declarações, cartas, confissões e etc.

O doutrinador Mello, na revista de direito administrativo de 1988, aborda a acerca do desvio de finalidade no ato discricionário: “Trata-se, pois, de um vício particularmente censurável, já que se conduz em comportamento soez, insidioso. A autoridade atua embuçada em pretense interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio” (RDA, 1988, v. 172, p. 9). Com isso, o doutrinador aqui remete que esse tipo de comportamento deve ser reprovado na administração, sendo tido como algo desprezível, onde a autoridade se valendo do poder a ele conferido para buscar interesse coletivo, age com má-fé distorcendo o ato para que este atinja fins particulares.

Conforme Meirelles (2012) aborda, todo ato praticado com a finalidade desviada é ilícito e imoral e tida como desprezível, sendo que sua consumação pode ser às escondidas ou maquiada sob um capuz de legalidade ou de que há interesse da coletividade. Por isso, devem ser identificados os indícios e circunstâncias que demonstrem o desvio de finalidade presente no ato, pois o mesmo não pode estar presente no ordenamento jurídico brasileiro.

A lei da ação popular (lei nº4717/65) foi clara ao abordar sobre o desvio de finalidade, remetendo no caput do art. 2º e alinha “e” que, o ato administrativo lesivo ao patrimônio público praticado com o desvio de finalidade será tido como vício que acarretará sua nulificação (vício nulificador), além disso, nesse artigo tem-se ainda o conceito de desvio de finalidade no parágrafo único alinha “e” que diz: “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícito ou implícito, na regra de competência”.

Analisando a definição legal, se conclui de forma clara que o desvio de finalidade fica caracterizado pelo ato do agente público que munido de competência legal, dá outra finalidade em vez daquela prevista na lei.

Como fora mencionado ao decorrer do trabalho, há três elementos que são sempre vinculados: competência, forma e finalidade, sendo que neste último elemento, se encontra o objetivo do Estado, ele é sempre vinculado pois, conforme fora mencionado no primeiro capítulo sempre que o Estado atua, ele atua em nome do interesse público e age buscando beneficiar coletivo, dessa forma, todo ato possui em sua finalidade o interesse coletivo, podendo estar expresso ou implícito na lei.

Na linha de raciocínio do que fora mencionado sobre Finalidade, segundo o comentário dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016, p. 168) que dizem: “A finalidade é requisito sempre vinculado e é idêntico para todo e qualquer ato administrativo é o interesse público. O objetivo mediato de toda atuação da Administração é a tutela do interesse público”.

Observa-se que elemento finalidade do ato administrativo é o que traduz toda sua imagem, não pode o agente inserir seus fins no ordenamento ou confundir o suas atribuições na Administração Pública a sua pessoa, devesse lembrar, do princípio da impessoalidade presente no caput do art. 37º da magna carta, em que de forma taxativa, a constituição expressa que os serviços prestados não podem discriminar pessoa que o ato vai atingir. Doutrinadores modernos como Di Pietro (2012) enxerga que dentro do princípio da impessoalidade não somente devesse observar quem o ato praticado vai atingir, a impessoalidade, precisa ser analisada sobre a óptica do agente público que o está praticando, ou seja, quem prática o ato é o Estado, o agente é tão somente uma ferramenta pelo qual a pessoa do Estado atua e pratica seus atos. Esse entendimento doutrinário é vital, pois não se pode confundir a pessoa do agente que pratica o fato, com a pessoa física que ele é fora de sua função.

Observem-se agora algumas diferenças existentes entre excesso de poder e desvio de finalidade, no primeiro, tem-se que, o agente ao início pode até possuir competência para a prática do ato, mas depois atua excedendo o limite de competência que o mesmo possui, praticando atos que são de competência de outro agente. Há aqui um vício com relação ao sujeito, dessa forma, violando o texto legal, já no segundo, o desvio de finalidade é o abuso de poder cometido no elemento finalidade, em que o agente público tem competência de atuação, porém o mesmo atua buscando fins próprios e não aqueles previstos em lei.

O desvio de poder é tema que estar cada vez mais em foco, principalmente dado ao contexto em que se vive nos dias atuais, em que o que mais se vê são autoridades e agentes que praticam atos com fins próprios e atuações de má-fé, porém, essas atuações são preocupações de muito tempo, conforme se pode observar no comentário feito pelo professor Cretella Junior (1997), abordando em seu livro de direito administrativo sobre o desvio de finalidade que ele chama de desvio de poder (a nomenclatura como fora mencionada muda de doutrinador para doutrinador).

Tema de grande atualidade, relevante, não descuroado na literatura especializada dos vários países, o desvio de poder merece especial desenvolvimento e rigoroso tratamento sistemático, pela frequência cada vez maior com que ocorrer na prática e é considerado pelos tribunais, posto que antes nem sempre tenha sido designado com a precisa individuação terminológica, o que o deixava como que entrelaçado com outras figuras do mundo jurídico.

4.3.3 Efeitos

Ao abusar do poder seja na espécie excesso de poder ou na outra espécie que é o desvio de finalidade, a conduta do agente público estará sujeita a uma revisão seja na administração ou no poder judiciário, pois o abuso do poder é conduta que não se compatibiliza com as normas legais, de modo que quando ocorre o abuso do poder, deve o mesmo ser reparado.

Ao falar sobre os efeitos do gênero abuso de poder, o doutrinador Carvalho Filho (2015) remete a ideia do abuso de poder sendo um comportamento abusivo cometido por autoridade pública, deve ser combatido por instrumentos de controle, caso mesmo não seja, a administração estará se rendendo a prática do ato, dessa maneira, é necessário que haja criações de mecanismos onde se possa de forma adequada identificar o ato abusivo, bem como o agente e os efeitos decorrentes dessa prática. Conforme se analisa, o autor tem uma preocupação com a forma que se pode sanar e parar a prática do ato, inclusive o mesmo ainda cita dois órgãos trazidos pela Emenda Constitucional numero 45 do ano de 20014, que fora instituídos como mecanismo para combater eventuais abusos de poder no Poder Judiciário e no Ministério Público, que foram o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o outro era o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).

4.4 OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO

O administrado para a consecução de algumas medidas precisa de certa permissão da Administração, e a Administração pode aprovar ou rejeitar o pedido averiguando cada caso, sempre observando os requisitos necessários e se a mesma conduta não é contrária à lei.

A omissão administrativa entra justamente na ausência de medida tomada pela Administração, algumas vezes a norma estabelece que decorrido tal prazo o silêncio representa aceitação ou rejeição, o problema está quando se tem uma norma que não estabelece um prazo determinado, nem muito menos diz o que ocorrerá pela omissão da administração.

Quando se está diante de uma situação em que a norma não estabelece prazo, a doutrina se posiciona de forma que o tempo de prazo seja razoável, e ao decorrer desse prazo razoável, se não houver por parte da Administração Pública uma resposta, se estará diante de um abuso de poder por omissão administrativa, pois a administração tem o dever de agir. Esse fato deve ser corrigido pelas vias Judiciais adequadas que podem ser uma ação ordinária, mandato de segurança, mandato de injunção. Quando isso ocorre, o Judiciário determina que a omissão seja sanada pela administração, ou seja, não é o Poder Judiciário quem pratica o ato

omitido, mas sim a administração, até porque se o mesmo fosse, estaria violando a divisão dos três poderes (MEIRELLES, 2005).

O Juiz Sérgio Luiz Ribeiro de Sousa (DOCUMENTO ONLINE, TJRJ, p. 4) ao apontar o instituto do abuso de poder remete que ao analisar a omissão administrativa se faz necessário diferenciar a omissão genérica e a omissão específica, na primeira, não ocorre o abuso do poder por se tratar de uma faculdade que a Administração tem de observar o momento mais oportuno, para o incremento de políticas de administração, estas tem um prazo fixado. Na outra, a Administração Pública como fora mencionado acima, tem o dever de agir, podendo a lei prever ou não prazo.

Essa conduta omissiva, quando viola direito individual ou coletivo, além da reparação por via judicial enseja indenização, que deve ser proporcional ao dano sofrido pela ausência da conduta do agente. Lembrando que omissão não é ato, é apenas uma conduta omissiva por parte do agente ou autoridade pública.

4.5 ABUSO DE PODER E ABUSO DE AUTORIDADE

A lei 4.898 do ano de 1965 em seus arts. 3º e 4º, os atos tomados pelas autoridades que constituem abuso de autoridade, nesses artigos esclarece que para praticar o ato tem que ser praticado por autoridade pública, porém, particular também pode responder por abuso de autoridade, desde que o particular esteja como participe ou como coautor.

O conceito que se tem de autoridade é dado pelo art. 5 da lei de abuso de autoridade que diz “Considera-se autoridade, para os efeitos desta lei, quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

Dentro do estudo do abuso de poder e de autoridade nota-se que ambos são muitos parecidos, sendo que para muitos estudiosos do assunto é o mesmo, e é muito comum em declarações ou texto, porém deve-se entender é que se constituirá o abuso de autoridade quando o agente incidir suas práticas nos arts. 3º e 4º da lei de autoridade, caso o mesmo pratique um ato que a lei não abarque, estaremos diante da caracterização de abuso de poder.

A prática do abuso de autoridade pode ensejar pena tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito criminal, como por exemplo, a advertência na esfera administrativa e na criminal ocorre a detenção.

4.6 ABUSO DE PODER E LEGALIDADE

Conforme foi explanado sobre o abuso do poder, percebe-se que pela sua própria natureza, o abuso de poder se configura como uma ilegalidade. Dentro do ordenamento jurídico, jamais poderá ser idealizado uma conduta de um agente que atue com finalidades próprias ou que atue de forma incompetente.

Conforme nos direciona a doutrinadora Marinela (2013), nem toda ilegalidade, decorre de uma ação de abuso do poder, porém todo abuso se reveste de ilegalidade, dessa forma, se pode dizer que abuso de poder é uma espécie do gênero da ilegalidade, assim é passível de revisão na esfera judicial ou administrativa.

A Administração Pública é dotada de poder administrativo como fora abordado, para ser utilizado devidamente, obedecendo aos parâmetros legais, para se afirma a presença da legalidade.

4.7 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Improbidade administrativa é o ato pelo qual os agentes públicos, ao praticarem seus atos administrativos, atuam em descompasso com os princípios norteadores da Administração Pública, dessa forma, gerando um ilícito político-administrativo, que gera ao agente praticando sanções administrativas em processo judicial (DI PIETRO, 2012).

Na atual constituição da república federativa do Brasil, os princípios norteadores da Administração Pública se encontram no art. 37, no dito artigo em seu parágrafo 4º aborde sobre as sanções que os agentes que praticam improbidade administrativa estão sujeitos. Observe: “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 prevista em lei sem prejuízo da ação penal cabível”.

Já se sabe que as instâncias administrativas, penal e cível são independentes, portanto, os atos de improbidade administrativa podem ser sancionados nas três instâncias.

Conforme bem já fora expresso ao longo desse trabalho, quem pratica os atos da Administração Pública são os seus agentes públicos e logo o sujeito ativo da improbidade administrativa é o agente, sendo que o particular conforme prevê o art. 3º da lei de improbidade, caso seja beneficiado ou concorra para a prática do ato, também poderá responder por improbidade administrativa. Na lei de improbidade (lei nº8429/92) em seu artigo 2º a administração reputa-se quem são os agentes que podem ser alvos da improbidade administrativa: “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação,

contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”. Porém, conforme vem se posicionando o STF, os agentes políticos que respondem por crime de responsabilidade conforme previsto na lei 1079/50, não podem responder por crime de improbidade, pois se assim o fosse, estaria o agente político sofrendo *bis in idem*, sendo inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro a prática de uma conduta gerar duas punições (CARVALHO FILHO, 2015).

Conforme fora mencionado tem-se a posição adotada por maioria no STF:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. Questão de ordem rejeitada. I. 2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na seqüência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, c, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação abrogante do disposto no art. 102, I, c, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, c; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). II. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, c, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, c, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(STF - Rcl: 2138 DF, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 13/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-01 PP-00094).

Nos moldes do artigo 1º da lei de improbidade administrativa, são sujeitos passivos da improbidade administrativa: a administração direta; indireta; fundacional de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de território de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio público ou receita anual. No parágrafo único do dito artigo ainda diz que estão sujeitos as penalidade da lei de improbidade, os atos de improbidade praticados contra entidades que recebem subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão ou empresa pública.

De acordo com a lei de improbidade administrativa, pode-se classificar e definir os atos de improbidade em três espécies que são: as ações ou omissões que geram enriquecimento ilícito, em detrimento da função pública; ações ou omissões que causam prejuízo ao erário e por último, as ações ou omissões que atentam contra os princípios da Administração Pública. Essas três espécies são mencionadas nos artigos 9º, 10º e 11º da lei de improbidade.

Para cada espécie de improbidade praticada, a lei de improbidade em seu artigo 12º, definiu uma sanção a ser aplicada ao agente, conforme for o caso as penas podem variar e sofrer uma gradação, nos casos de enriquecimento ilícito: perda do cargo, indisponibilidade e perda dos bens adquiridos ilicitamente dentre outras. Nos casos de que causam dano ao erário se tem como exemplo as penas de: impossibilidade de contratar com o Poder Público e de receber benefícios por cinco anos, também tem o ressarcimento ao erário dentre outras. E por último tem-se nos casos de crime contra os princípios a aplicação da sanção de multa até cem vezes a remuneração do servidor dentre outras. No parágrafo único do dito artigo ainda prevê que, cabe aplicar estas sanções, levando-se em conta a extensão do dano causado e o patrimônio obtido pelo agente público.

Para os casos em que o agente pratique atos de enriquecimento ilícito, o mesmo poderá ser processado tanto na esfera penal como na esfera administrativa, separadamente ou concomitantemente, devendo-se observar o caso, isso porque a prática de enriquecimento ilícito praticado contra a Administração Pública é crime, regulado pelo Código Penal nos artigos 312 a 327.

Lembrando que a responsabilização e a punição podem ser feitas no meio externo em que se tem o processo judicial, e no meio interno, onde a administração abrirá processo administrativo disciplinar contra o agente que praticou o ato.

4.8 REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS CONTRA AS PRÁTICAS ABUSIVAS DO PODER

Na tentativa de impedir que as autoridades públicas praticassem abusos, sejam administradores, julgadores ou legisladores, a magna carta brasileira definiu algumas medidas para sanar os problemas, como: o mandando de segurança previsto no art. 5º, LXIX; habeas corpus art. 5º, LXVIII; habeas data previsto no art. 5º, LXXII; ação popular prevista no art. 5º, LXXIII; mandato de injunção previsto no art. 5º, LXXI.

O *habeas corpus* conforme prevê o art. 5º, LXVIII da CF, é o remédio mais antigo no ordenamento jurídico, este deverá ser usado quando o administrado sofrer uma prática abusiva de ter seu direito de locomoção violado seja por abuso do poder ou ilegalidade. Tomamos o seguinte exemplo que cabe habeas corpus, autoridade pública restringe a liberdade do indivíduo dizendo que o mesmo será preso por 12 horas devido a ter estacionado em frente a garagem da repartição militar.

O *habeas Data* previsto no art. 5º, LXXII de CF, e na lei 9.507/97, aponta que o remédio deve ser usado nos casos em que o indivíduo quer conhecer, ratificar ou modificar informações relacionadas há sua pessoa em bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Para visualizar a situação, tomamos o seguinte caso hipotético, o administrado tem uma empresa e nos registros públicos, há registro de uma dívida inadimplente que o mesmo já liquidou faz um tempo, o administrado solicita que seja ratificado os dados sobre sua pessoa, porém, o agente se mostra omissos, e conforme foi explanado há omissão é uma forma de abuso de poder.

O mandado de injunção conforme prevê o art. 5º, LXXI da CF, é cabível quando se estiver de frente de uma falta de uma lei ou norma regulamentadora que impeça o exercício de um direito constitucional, ou seja, o mandado de injunção tem como finalidade a busca por suprir omissões. Lembrando que o mandado de injunção pode ser impetrado para leis estaduais e municipais. Tomamos o seguinte exemplo hipotético: Uma servidora que é oficial de justiça federal quer se aposenta antes dos 60 anos, e esta já possui mais de 30 anos de contribuição. A mesma trabalhou na vara criminal entregando mandados de citações em locais perigosos, e como bem aponta o artigo 40, §4, II da CF, a lei garante regime de aposentadoria diferenciada para servidores que desempenham essa atividade de risco. Pois bem, caso a

autoridade negue o pedido alegando que não há lei que discipline o regime de aposentadoria especial, caberá mandado de injunção.

Prevista no art. 5º, LXXIII da CF, a ação popular ocorre para anular ato lesivo a patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe. Nesse caso, o administrado que não foi diretamente lesado, busca a anulação do ato para o bem da coletividade e não para o seu mesmo, até porque se não fosse assim, estaríamos diante de um mandado de segurança ou uma ação ordinária anulatória. Tomamos o seguinte exemplo, o prefeito de determinada cidade estabelece um contrato de prestação de serviço público sem o procedimento licitatório para a reforma de praças municipais. Nesse caso, o administrado atento a atividades da prefeitura e no seu direito de cidadão, sente que a atividade é lesiva a sociedade, observa que o ato é abusivo, por não ter havido obediência aos parâmetros legais determinados na lei de licitação (8.666/93).

O mandado de segurança, remédio esse que é o mais usado contra abuso de autoridade.

Dentro do ordenamento brasileiro, a Constituição Federal previu duas formas de mandado de segurança que são: o mandado de segurança individual previsto no art. 5º, LXIX, que tem como finalidade a proteção do direito subjetivo individual, sendo ele líquido, na outra forma se tem o mandado de segurança coletivo previsto no art. 5º, LXX, este possui finalidade de proteção e interesse coletivos de certas entidades determinadas.

Este remédio constitucional pode ser usado por qualquer pessoa, seja ela física ou jurídica, em que se provoca o judiciário, apontando que houve violação, ameaça ou omissão a seu direito positivado, por parte de uma autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, em que o responsável pela prática do ato agiu com ilegalidade ou abuso de poder.

Para vislumbrar melhor o mandado de segurança em casos de omissão, supomos o seguinte caso hipotético, determinado construtor quer construir um prédio de 50 andares na cidade de Sousa no estado da Paraíba, e o mesmo já apresentou toda a documentação necessária para a que a prefeitura expedisse o alvará, porém, o atual prefeito da cidade possuiu desavenças políticas com o administrado e o mesmo a fim de gerar prejuízo ao construtor não preenche seu alvará. Logo estamos diante de um caso de abuso de poder onde por omissão, o administrador gera um dano ao administrado por não expedir o ato de permissão.

A natureza do mandado de segurança é de ação civil de rito sumário especial, sendo que o mesmo só poderá ser impetrado quando na situação analisada não for possível à impetração de *habeas corpus* e *habeas data*.

O professo Meirelles (2005, p. 696) aponta, sobre o que é o direito líquido e certo, vejamos:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração-ou seja, pressupõe fatos incontroversos, demonstrados de plano por prova pré-constituída, por não admitir dilação probatória.

A partir do conceito estabelecido sobre direito líquido e certo dado pelo doutrinador, se tem então que não pode haver dúvidas no direito, tem o direito de estar completamente comprovado e é incontroverso. O prazo para impetrar mandado de segurança segundo a lei 12.016 de 2009 no art. 23 é de cento e vinte dias, contados a partir da ciência do autor sobre o fato, lembrando que também é possível liminar no mandado de segurança.

Em conformidade com o que fora dito tem-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Rondônia sobre um caso de trabalhadores afastados indevidamente e que os mesmos impetraram mandado de segurança para garantir seu direito.

Reexame necessário. Mandado de segurança. Abuso de poder. Afastamento de servidores públicos. Direito líquido e certo. Ofensa. Confirma-se a ordem em ação mandamental proferida em 1º grau por ofensa a direito líquido e certo quando evidenciado abuso de poder representado por afastamento de servidores públicos que buscavam melhores condições de trabalho e pagamento de vantagens pecuniárias.

(TJ-RO - REEX: 10000720070086889 RO 100.007.2007.008688-9, Relator: Desembargador Rowilson Teixeira, Data de Julgamento: 04/11/2008, 3ª Vara Cível).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico permitiu uma compreensão sobre as condutas abusivas que temos dentro da nossa Administração Pública, é inegável que cada vez mais são noticiados casos de agentes, que investidos de poderes públicos, exorbitam sua prática a seu bel prazer, para satisfazer seus interesses individuais.

Didaticamente o trabalho foi dividido em três capítulos, onde no primeiro estudou-se a Administração Pública.

Inicialmente, ao estudar a organização da Administração Pública, nota-se ser pautada para ter uma conduta mais moralista e eficiente possível, sendo necessários os princípios para demonstrar “identidade e caráter”.

Como bem se sabe a Administração Pública por ter caráter abstrato, necessita de indivíduos para atuar, os chamados agentes públicos, sendo eles a ferramenta que a administração tem a sua disponibilidade para realizarem suas tarefas.

Assim, os agentes públicos ao realizarem as atividades administrativas devem zelar pela moralidade e deve atuar sempre com lealdade, obediência, eficiência e uma conduta ética.

No segundo capítulo, o foco foram os poderes administrativos auferidos aos agentes pela Administração, constando-se a afirmação de que só devem ser usados em conformidade com a lei, quando a atuação gozar de certa discricionariedade não pode o agente agir de forma arbitrária, devendo observar e valorar a conduta que será mais conveniente a Administração Pública.

No terceiro capítulo estudou-se o uso abuso do poder, os poderes e deveres do administrador público, observando-se que o problema está na pessoa que exerce o cargo, exorbitando os limites legais, assim abusando do poder abuso de poder, revestindo-se de várias formas, como o excesso de poder e desvio de finalidade, ou ainda condutas omissivas ou atos de improbidade administrativa. Concluindo-se que o “X” das questões relacionadas as práticas abusivas não é a liberdade que a lei às vezes confere, mas sim o executor que distorce a *pseudo* liberdade que tem, e a prática de condutas improprias.

Todo ato que é praticado de forma abusiva ou revestido de ilegalidade, quase sempre gera um dano a um administrado, que deixa de ter na Administração Pública a garantia de seus direitos, passando a ser ameaçado por ela.

Porém, conforme foi destacado, a nossa constituição para frenar e reparar tais condutas que são lesivas aos administrados, estabeleceu os remédios constitucionais visando proteger o

administrado dá má atuação e uso do poder por parte dos agentes que estão atuando em nome da Administração Pública, como por exemplo, o mandado de segurança, remédio mais usado nas práticas abusivas e ilegais. Evidenciam-se alguns deveres que os agentes administradores devem ter para evitar tais condutas abusivas, por exemplo, o dever de probidade que preconiza atuação pautando-se nos princípios da honestidade e moralidade.

Ao longo da pesquisa pode-se perceber que o problema das condutas abusivas está presente no fato, de que uma parcela de agentes públicos ao desempenharem suas funções não entende que as prerrogativas e poderes de seus cargos são meros instrumentos de desempenho do trabalho, sendo extrema importância no contexto social e jurídico, pois nosso país é considerado um dos mais corruptos no mundo.

É lamentável observar alguns agentes que desempenham funções públicas, não compreendam que na verdade estão ali para cumprir deveres da administração estatal e os poderes outorgados a eles não se destinam a realização de fins mesquinhos.

Apesar de inúmeros relatos e matérias acompanhados no dia a dia sobre práticas abusivas como, abordagem policiais e desvio de finalidades administrativas dentro do cenário político, não se pode desacreditar na Administração Pública, nem tão pouco querer derrubar seu forma estrutural, as práticas abusivas do poder sempre existiram, desde as monarquias absolutistas. Buscam-se formas de diminuir e controlar essas práticas e seus efeitos cada vez mais e conscientizar o agente público ou administrador a procurar agir com probidade e eficiência, para que melhor atendam aos fins sociais da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. ed. São Paulo: Método, v. Único, 2016.

BRASIL. **Vade Mecum Saraiva**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, v. Único, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JUSPODIVM, v. ÚNICO, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Forense, v. Único, 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, v. Único, 2009.

DALARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. Único, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 25. ed. São Paulo: Atlas, v. Único, 2012.

FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, v. Único, 2005

.

JURISPRUDÊNCIA. **JUSBRASIL**. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14605780/embargos-de-declaracao-no-recurso->

especial-edcl-no-resp-817534-mg-2006-0025288-1/inteiro-teor-14605781>. Acesso em: 01 fev. 2017.

JURISPRUDÊNCIA. **JUSBRASIL**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756839/reclamacao-rcl-2138-df/inteiro-teor-100473009?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. Ed. Especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, v. Único, 2005.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 7. ed. Niterói: Impetus, v. Único, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. Único, 1999.

MELO, Celso Antônio Bandeira. Desvio de Finalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 172, p. 19, abril/junho 1988.

_____, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, v. Único, 2012.

MONTESQUIEU. **O Espírito das leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso, Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

RONZANI, Dwight. Cerqueira. **Direito Administrativo Concreto**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. Único, 2003.

SILVA, Raphael Oliveira da Silva., 2010. Disponível em:
<http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k215826.pdf>. Acesso em: 28
Dezembro 2016.

SOUSA, Sergio Luis Ribeiro. DOCUMENTO. **TJRJ.JUS**. Disponível em:
<http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=7e7c5f89-5690-405a-8928-c2daba4be4a5&groupId=10136>. Acesso em: 05 fev. 2017.

JURISPRUDÊNCIA. **TJRJ.JUS**. Disponível em:
<<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31308/respons-civil-estado-abuso-de-poder-policia.pdf/80c0e548-a7b3-4df0-8155-26f8b8cce375>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

TOURINHO, Rita. **Discrecionalidade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle principiológico**. 2009. ed. [S.l.]: Juruá, v. Único, 2009.