

III – REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

1. NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS; 2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO RJA; 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL; 4. FONTES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL; 5. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO.

REGIME DE DIREITO PÚBLICO E DE DIREITO PRIVADO NA AP

O Estado pode exercer atividades sob um regime jurídico de DPri, semelhante ao da iniciativa privada, ou sob um regime especial, de DPú.

Assim, a AP pode se submeter ao regime de DPri e ao regime de DPú.

A opção por um rj ou outro é feita pela Constituição ou pela lei. Não pode a AP, por ato próprio, de natureza adm, optar por um rj não autorizado em lei (princípio da legalidade).¹

¹ Ex: art. 173, § 1º CF – prevê que uma lei deve estabelecer o estatuto jurídico da ep e da sem que explorem atividade econômica, dispondo que tal estatuto deve se sujeitar “ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quando aos direitos e obrigações civis, comerciais trabalhistas e tributárias” – nesse caso, a CF não deixa opção: o regime será de DPri; Já o art. 175 CF outorga ao PP a incumbência de prestar serviços públicos, deixando o § único à lei ordinária a tarefa de fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de sp – nesse caso a CF deixou à lei a opção de adotar um regime ou outro.

Ex. em que a AP atua sob regime de DPri: Banco do Brasil é sem que atua sob regime de DPri; locação de uma casa pela AP para nela instalar uma repartição pública e contrato regido pelo DPri; celebração de uma escritura pública de compra e venda de um imóvel é ato regido pelo DPri; celebração de contrato de seguro para automóveis da AP é regido pelo DPri.

São atos cujo conteúdo não é regido pelo DA, mas sim pelo DPri.

No caso, a AP sujeita-se às normas de DPri, nivelando-se com o particular, de modo a não exercer prerrogativas sobre ele.

Todavia, ainda quando a AP atua sob regime de DPri, nunca é integral sua submissão ao DPri.

Ela pode se nivelar ao particular (no sentido de não exercer sobre ele qualquer prerrogativa do PP), mas pode não se despir de determinadas prerrogativas (ex: juízo privativo, prescrição quinquenal, processo especial de execução, impenhorabilidade de seus bens) e submeter-se a algumas restrições (ex: necessidade de licitar antes de contratar, necessidade de dar publicidade aos atos, necessidade da observância de requisitos de competência, finalidade, motivo e forma).

Há, portanto, normas de DA que derogarão parcialmente o DPri estabelecendo algumas prerrogativas e limitações à AP.

A expressão “regime jurídico da AP” designa, em sentido amplo, os regimes de DPú e de DPri a que pode se submeter a AP.

Já a expressão “regime jurídico adm” designa o regime de DPú.

REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

O regime de uma disciplina constitui o conjunto de princípios que lhe dão especificidade em relação às outras disciplinas.

O ‘regime jurídico-administrativo’ abrange o conjunto princípios e traços que tipificam o DA, e caracteriza-se por colocar a AP na relação jurídico-administrativa com prerrogativas e sujeições. Ou seja, a AP fica em uma posição “privilegiada”, mas sujeita a limites impostos à sua atuação.

Segundo MSZP, pode-se dizer que o rja resume-se a duas palavras: *prerrogativas* e *sujeições*.

As normas de DA distinguem-se das de DPri, porque:

- a) conferem à AP prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, e
- b) impõem à liberdade de ação da AP sujeições mais restritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares.

Isto ocorre porque no DA há a seguinte bipolaridade²:

- a) de um lado se tem a necessidade de *satisfação dos interesses coletivos*³;
- b) de outro lado se tem a necessidade de se *proteger os direitos e liberdades individuais* frente à atuação do Estado⁴;

Para possibilitar que a AP busque a *satisfação dos interesses coletivos*, ela é dotada de autoridade, sendo a ela outorgadas *prerrogativas*.

Para se *assegurar o respeito aos direitos e liberdades individuais*, sujeita-se a AP a *restrições*⁵.

² Para MSZP, os dois princípios fundamentais e que decorrem da bipolaridade do DA (liberdade do indivíduo e autoridade da AP) são o da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. A partir deles são construídos os demais princípios.

³ Para CABM, um dos grandes traços do rja é a supremacia do interesse público sobre o privado. É pressuposto da ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. A aplicação deste princípio tem consequências:

1 – posição privilegiada da AP nas relações com os particulares;

2 – posição de supremacia da AP nas mesmas relações.

A posição privilegiada encarna benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção os interesses públicos (ex: presunção de veracidade e legitimidade dos aa, benefício de prazos maiores em processo judicial).

A posição de supremacia significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto.

Da conjugação da posição privilegiada com a posição de supremacia resulta a exigibilidade dos aa. e, em certas hipóteses, a executoriedade muitas vezes até com recurso à compulsão material sobre a pessoa ou a coisa, como a chamada execução de ofício.

Também decorre da conjugação de tais preceitos, a possibilidade, nos limites da lei, de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade deles, quando viciados. É o que se denomina autotutela.

⁴ fundamento ao princípio da legalidade

⁵ observância da lei (princípio da legalidade)

As prerrogativas são regalias usufruídas pela AP na relação jurídico-administrativa diante do particular, derogatórias do Direito Comum.

Ex: poder de expropriar; poder de instituir servidão; poder de aplicar sanções adm (multas); poder de alterar e rescindir unilateralmente contratos adm; prazos dilatados em juízo; juízo privativo; processo especial de execução; presunção de legalidade e veracidade dos seus atos.

Ao lado dessas prerrogativas existem restrições⁶ a que está sujeita a AP, e que devem ser por ela observadas, sob pena de nulidade do ato e responsabilização da autoridade que o editou

Ex: dever de licitar; dever de obter autorização legislativa para a alienação de bens; obrigatoriedade de dar publicidade aos aa; observância à finalidade pública em todos os seus atos; princípio da legalidade.

⁶ Segundo CABM, ou outro grande traço do rja é a indisponibilidade, pela AP, dos interesses públicos. Significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O órgão adm que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los.

Uma vez que a atividade adm é subordinada à lei, e firmado que a AP não tem disponibilidade sobre os interesses públicos, submete-se ela aso seguintes princípios:

1 – legalidade, com suas implicações – finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação e responsabilidade do Estado;

2 – continuidade do serviço público;

3 – controle administrativo ou tutela;

4 – isonomia, ou igualdade dos administrados em face da AP;

5 – publicidade;

6 – inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos;

7 – controle jurisdicional dos aa.

Portanto, ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a AP em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições limitam sua atividade a determinados fins e princípios.

Estas são as linhas mestras do rja. (prerrogativas e sujeições).

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Princípios de uma ciência são proposições básicas e fundamentais que condicionam todas as estruturas subseqüentes. São os alicerces da ciência. (JCJ).

Princípios, em direito, são fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretores do ordenamento (KL)⁷. Constituem as bases nas quais assentam institutos e normas jurídicas (OM). Os valores fundamentais são consagrados por meio dos princípios (MJF).

No DA, são padrões pelos quais deverá se pautar a AP⁸.

Os princípios se revestem de grande importância no DA, por ser um Direito de elaboração recente e não codificado, auxiliando a compreensão e consolidação de seus institutos.

⁷ Consistem em enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico (MR)

⁸ Constituem os fundamentos da ação adm, os sustentáculos da atividade pública (HLM).

Como lembra MJF, é inquestionável que os princípios têm natureza normativa. Têm eles cunho vinculante. “Os princípios obrigam, talvez em termos mais intensos do que as regras”⁹.

Na CF/1988 encontram-se mencionados explicitamente como princípios da AP os seguintes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37).

Há na CF princípios gerais, não específicos da AP, mas que a ela também se aplicam. Ex: ampla defesa e contraditório – art. 5º, LV.

Há outros princípios de DA consolidados na doutrina e na jurisprudência.

Leis esparsas fazem referência a princípios específicos de determinadas matérias:

Ex:

Lei 8.666/93 (Lei de Licitações) – princípio da vinculação ao instrumento convocatório; princípio do julgamento objetivo;

Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) – art. 2º: princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança pública, interesse público e eficiência.

⁹ MJF – a “regra” traduz uma solução concreta e definida, refletindo escolhas instrumentais; já o “princípio” indica uma escolha axiológica (ligada a valores morais), que pode concretizar-se em diversas alternativas concretas.

LEGALIDADE

Nasceu com o Estado de Direito, limitando o poder do Estado, e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

Segundo ele, a AP só pode ser exercida na conformidade da lei. Há submissão da AP às normas legais. Esta deve obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática.

Enquanto aos particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe (autonomia da vontade), para a AP só é permitido fazer o que a lei autoriza (HLM).

MJF – Para os particulares, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício de escolhas subjetivas; Assim, para eles, tudo o que, em virtude de lei, não for proibido nem obrigatório será reputado como permitido. Já para a AP, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico; Logo, para a AP, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido.

Na lição de JAS, toda a atividade da AP fica sujeita à lei, entendida esta como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição¹⁰.

A AP não pode, por simples aa, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados. Para tanto, ela depende da lei que previamente contemple tais medidas.

Assim, a AP só pode conceder direitos, criar obrigações e impor sanções se houver prévia previsão legal que respalde sua atuação.

Arts. 5º, II CF (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), e 37, caput¹¹, CF/1988.

SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

Segundo tal princípio, os interesses coletivos se sobrepõem ao interesse privado.

¹⁰ Adverte JAS que não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento da AP, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para algum dos elementos do provimento pode subsistir discricionariedade. O autor diferencia o *princípio da legalidade* e da *reserva de lei*, afirmando que o primeiro implica numa outorga (da Constituição ao Poder Legislativo) ampla e geral sobre qualquer espécie de relações, enquanto o segundo diz respeito à reserva de conteúdo específico, caso a caso, à lei (do ponto de vista do *órgão competente* – exercício da função legislativa de determinadas matérias só cabe ao Congresso Nacional (art. 68, § 1º CF); do ponto de vista da *natureza da matéria* – determinadas matérias são reservadas à lei complementar, enquanto outras são à lei ordinária; do ponto de vista do *vínculo imposto ao legislador* – a reserva pode ser absoluta ou relativa)

¹¹ 84, IV, CF - CABM

Fundamenta-se na própria idéia de Estado, pois a existência do Estado se justifica pela busca do atendimento dos interesses gerais.

É princípio geral de DPú, inerente a qualquer sociedade.

Interesses públicos

O conceito de “interesses públicos” é um conceito jurídico indeterminado.

Muito se discute acerca de tal conceito, não sendo possível se chegar a uma definição absoluta e objetiva.

Pode-se, no entanto, afastar a idéia de que os “interesses públicos” são algo “divino”, “abstrato”, “sagrado”, “desvinculado da realidade” ou desvinculado dos interesses dos indivíduos que compõem a sociedade.

Apresentam-se a seguir idéias de CABM e de MJF acerca do conceito de interesses públicos:

CABM¹²:

De um lado têm-se os interesses individuais, particulares, atinente às conveniências de cada um no que diz respeito aos assuntos de sua vida particular. Interesses esses que são os interesses “individuais” da pessoa ou do grupo de pessoas.

De outro lado têm-se os interesses igualmente destas mesmas pessoas ou grupos, mas consideradas tais pessoas ou grupos como partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos, e que dizem respeito à coletividade. Interesses de igual ordem tiveram aqueles que os precederam na sociedade e aqueles que nela estarão, vindo a sucedê-los nas gerações futuras.

São estes últimos interesses que se denominam interesses públicos.

Os interesses públicos não são, portanto, interesses constituídos autonomamente, dissociados dos interesses dos indivíduos. Os interesses públicos são uma faceta dos interesses dos indivíduos, aquela que se manifesta enquanto os indivíduos, como membros de um corpo social, comparecem em tal qualidade na sociedade e que dizem respeito a tal sociedade.

¹² CABM - O Interesse público é o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.

MJF:

Os interesses públicos não se confundem com o interesse do Estado¹³ ou do agente público.

Também não se confundem com o interesse da maioria da população, pois é igualmente de interesse público proteger o interesse das minorias.

Para MJF, os interesses públicos devem significar a satisfação dos direitos fundamentais. A atividade da AP é de interesse público quando compatível com os direitos fundamentais (Título II CF – arts. 5º a 17).

Interesse primário e interesse secundário

A doutrina italiana distingue o interesse primário e o interesse secundário do Estado:

- a) Interesse primário – é o interesse público propriamente dito, o interesse da coletividade;
- b) Interesse secundário – é o interesse que o Estado, pelo só fato de ser sujeito de direitos, poderia ter como qualquer pessoa.

Prega-se na doutrina que os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com os interesses primários.

¹³ Estado aqui considerado como simples sujeito de direitos

Ex:

Enquanto sujeito de direitos, ao Estado pode interessar tributar de forma exagerada os administrados, para arrecadar mais e, via de consequência, enriquecer o erário.

Da mesma forma, considerado o Estado como simples sujeito de direitos, poderia ele ter interesse em pagar valores ínfimos aos servidores, para gastar menos dinheiro.

Ocorre que tais interesses não são nitidamente interesses públicos.

Ao invés de tributar excessivamente a sociedade (interesse secundário), o interesse público exige que o Estado busque o bem-estar da sociedade dentro padrões de arrecadação tributária aceitáveis (interesse primário).

Ao invés de remunerar mal os servidores (interesse secundário), o interesse público exige que o Estado retribua dignamente as pessoas que prestam serviços públicos (interesse primário).

Tal raciocínio é importante porque o Estado, além de subjetivar o interesse público, também é uma pessoa jurídica que, como os particulares, existe e convive no universo jurídico em concorrência com os demais sujeitos de direito.

Assim, independentemente de ser o encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, como as demais pessoas, interesses que lhe são próprios (que poderíamos chamar impropriamente de “particulares”, “individuais” do Estado; dele, como sujeito de direitos).

Estes não são interesses públicos, mas sim interesses “individuais” do Estado, similares aos interesses de qualquer sujeito.

Diz-se, assim, que o Estado só poderá defender seus próprios interesses (“individuais”) (int. secundários) quando coincidirem eles com a realização do interesse público (int. primário).

Reflexos do princípio da supremacia do interesse público

Tal princípio está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no momento de sua execução em concreto pela AP. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

Como expressão dessa supremacia, a AP pode:

- a) *Imperatividade* - constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais (ex: notificar para demolir uma obra em ruína);
- b) *Exigibilidade* - exigir que os administrados acatem os atos, através de sanções ou providências indiretas que induzam a isto (ex: aplicar multa à pessoa que, notificada, não demoliu obra em ruína);
- c) *Auto-executoriedade* - executar, por si mesma, a pretensão traduzida no ato, sem necessidade de antes recorrer às vias judiciais (ex: demolir a obra em ruína). Isto só pode ocorrer nos casos em que a medida auto-executória estiver expressamente prevista em lei ou quando a providência for urgente e necessária para a garantia do interesse público em jogo;¹⁴

¹⁴ por não haver outra via de igual eficácia e existir sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada

Outra consequência da supremacia é a possibilidade da AP revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, e o dever de anular os atos inválidos que haja praticado (autotutela).

O princípio tem a extensão que a ordem jurídica lhe houver atribuído na CF e nas leis¹⁵.

Ele deve ser exercido nos limites da lei e sempre com base nos interesses da coletividade. Se o administrador, p. ex., utiliza-se dos poderes de expropriar ou de multar visando beneficiar um amigo ou prejudicar um inimigo, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre os interesses públicos, desviando-se da finalidade pública prevista, tornando o ato ilegal.

INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS

Significa que, sendo os interesses públicos interesses próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por serem inapropriáveis.¹⁶

O agente adm não tem disponibilidade sobre os interesses públicos, no sentido de que lhe incumbe apenas cuidar deles, curá-los.

O agente tem a função¹⁷ de zelar pelos interesses coletivos.

¹⁵ Há, no caso, adscrição a uma finalidade previamente estabelecida e, tratando-se de função pública, há submissão da vontade ao escopo prévio traçado na CF ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que é o interesse público.

¹⁶ MJF defende que o correto é afirmar que o interesse é público por ser indisponível, e não que o interesse é indisponível por ser público;

Por isso, o agente adm não pode:

- a) dispor desses interesses gerais;
- b) nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tutelar tais interesses.

Só mediante lei poderá se autorizar a disponibilidade ou a renúncia.

Ex: alienação de bem público – deve ser precedida da autorização legislativa.

Lei 9.784/1999 – previsto no art. 2º, caput e especificado no § único: “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (inciso II).

IMPESSOALIDADE

Basicamente tem o intuito de impedir que fatores pessoais, subjetivos sejam os móveis e fins da atividade adm.

Segundo a doutrina, o princípio da impessoalidade tem duas conotações, uma que diz respeito aos administrados, e outra que se refere à própria AP:

¹⁷ MJF – o conceito de ‘função’ integra 3 aspectos: a) a titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) o dever do sujeito perseguir a realização desse interesse; e c) a atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse;

a) administrados – A AP não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que são sempre os interesses coletivos que devem nortear o seu comportamento.

A finalidade do aa terá sempre que coincidir com os interesses coletivos.

b) AP – os atos administrativos não são imputáveis ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da AP. Os atos não são do funcionário ou da autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira.

CABM – o princípio da impessoalidade é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia aplicado à AP.

Arts. 37¹⁸, caput, CF

Lei 9.784/1999 – princípio não aparece expresso, mas está implícito no art. 2º, § único, inciso III: exige “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

¹⁸ § 1º do art. 37 – consequência desta regra: proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridade ou servidores em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo tal princípio, a atividade adm deve se dar segundo padrões éticos de decoro¹⁹, honradez²⁰ e boa-fé²¹.

A Administração pública deve ser exercida segundo padrões éticos de “boa administração”.

Não é incomum encontrarmos as palavras *moralidade* e *probidade* tratadas como sinônimos

Alguns doutrinadores (José Afonso da Silva e Marcelo Caetano, p. ex.), no entanto, diferenciam moralidade administrativa e probidade administrativa. Afirmam que a probidade é uma forma de moralidade. Dizem que a *improbidade adm* “é uma *imoralidade adm qualificada*”²², seria uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.

Principais preceitos constitucionais que tratam do tema:

É princípio expressamente previsto para a AP no *caput* do art. 37 da CF.

Atos atentatórios à moralidade adm podem ser atacados através de ação popular, conforme art. 5º, LXXIII da CF.

¹⁹ decência, resultante de honestidade

²⁰ = decoro, integridade de caráter

²¹ art. 2º, IV Lei 9.784/99

²² JAS

O art. 37, § 4º da CF prevê que atos de improbidade adm importam em suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.

O art. 85, V da CF define como crime de responsabilidade do Presidente atos que atentem contra a probidade adm.

A lei nº 8.429/1992 estabelece sanções a atos de improbidade adm. Inclusive nos arts. 9º, 10 e 11 descreve diversos atos que devem ser considerados como atos de improbidade adm (ex. art. 9º, IX – servidor receber vantagem econômica para intermediar a liberação de verba pública; art. 10, VIII – dispensar indevidamente a licitação)

O princípio se aplica tanto à AP como aos administrados.

Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual, ou seja, ao se considerar o contexto em que a decisão é tomada, em que o ato é praticado.

Isto porque o ato pode ter toda a aparência de legalidade, mas estar eivado por vício de imoralidade.

Ex:

- Desapropriação de área para prejudicar inimigo político – pode ter aparência de legalidade, mas é ato imoral;
- Licitação onde os participantes entrem em conluio para apresentar proposta com valores elevados – pode ter aparência de legalidade, mas é imoral.

O princípio da moralidade administrativa liga-se às seguintes idéias:

- observância a fins de interesse público (MOFS);
- conformidade com princípios morais e éticos;
- conformidade com os bons costumes, os princípios de justiça, a idéia comum de honestidade;
- lisura (MOFS);
- noções de lealdade e boa-fé;
- conceito de 'bom administrador' (regras de boa administração) (HLM);

PUBLICIDADE

A atividade da AP deve ter a maior transparência possível. Seus atos devem ser dotados de transparência, visibilidade.

Publicidade implica em:

- a) divulgação - a AP deve divulgar, dar publicidade a seus atos (através dos meios previstos em lei – ex: D.O.);
- b) livre acesso - a AP deve permitir livre acesso a seus atos;

A divulgação e o livre acesso servem para possibilitar o devido controle sobre os atos adm.

Previsto no *caput* do art. 37 da CF.

Há desdobramentos deste princípio, como, p. ex:

- a) o direito de obter perante a AP informações de interesse particular e coletivo (art. 5º, XXXIII da CF)
- b) o direito de obter certidões de interesse pessoal em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, “b” da CF)

Há ressalvas feitas à publicidade, previstas no art. 5º, incisos X e XXXIII da CF:

X – a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são declaradas invioláveis;

XXXIII – a segurança da sociedade e do Estado pode justificar o sigilo de informações;

A Lei nº 12.527/2011 disciplina o acesso à informação na Administração Pública.

EFICIÊNCIA

MJF prega que tal princípio significa a correta e eficiente aplicação dos recursos colocados à disposição da AP

Por ele, a AP deve agir da forma mais rápida e precisa possível, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.

Eficiência contrapõe-se à má utilização dos recursos públicos, à lentidão, ao descaso, à negligência e à omissão.

Impõe a todo agente público o dever de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

Exige resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Corresponde ao “dever de boa administração” da doutrina italiana.

MJF fala em “vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas”²³.

Apresenta dois aspectos:

- a) em relação ao modo de atuação do agente público – do qual se espera o melhor desempenho possível;
- b) em relação à estrutura, à organização da AP – a AP deve ser estruturada com o objetivo de alcançar melhores resultados na prestação do sp.

Tal princípio deve ser conciliado com o da legalidade, porque a eficiência que a CF propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico.

A AP deve atuar com eficiência, dentro da legalidade.

Art. 37, caput

Lei 9.784/1999 faz referência no art. 2º, caput.

²³ Adverte MJF que a eficiência significa que os fins buscados pela AP devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo da obtenção do maior lucro.

RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Alguns autores separam proporcionalidade e razoabilidade.

À razoabilidade²⁴ atribuem o sentido de adequação entre meios e fins, de coerência lógica nas decisões e medidas adm.

Impõe que a medida adotada pela AP seja apropriada à persecução dos fins almejados.

À proporcionalidade²⁵ associam um sentido de amplitude ou intensidade na aplicação das nas medidas adotadas.

Seria o dever de não impor aos indivíduos obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.

Analisa-se, assim, num primeiro momento, se os meios são adequados aos fins (razoabilidade), verificando-se depois se a força empregada nos meios é proporcional, necessária a se atingir os fins (proporcionalidade).

²⁴ CABM - A AP, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida (razoabilidade). O fato da lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas.

²⁵ CABM - A competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas (proporcionalidade). Ninguém deve estar obrigado a suportar constricções em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Para CABM, o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a AP e os fins que ela tem que alcançar (MSZP).

Pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, objetivando aferir a compatibilidade entre os meios e os fins (Canotilho e HLM).

Sua aplicação está mais presente na parcela discricionária da atuação adm (HLM)²⁶.

Ato vinculado - A lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato. Não há margem de apreciação subjetiva para a AP – Ex: licença p/ edificar – preenchidos todos os requisitos legais, não pode a AP negar a licença; este é o único comportamento aceitável;

Ato discricionário - A lei deixa certa margem de liberdade de decisão para a AP diante do caso concreto – Ex: previsão legal de aplicação de multa entre patamares mínimo e máximo, conforme a gravidade da infração.

²⁶ No âmbito da atuação discricionária, deve haver uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e conveniência. Tais razoabilidade e proporcionalidade são medidas não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive .

CF/1988 – art. 37

Lei 9.784/1999

CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

As atividades da AP devem ser ininterruptas, a fim de que o atendimento aos interesses da coletividade não seja prejudicado

O sp, sendo a forma pela qual o E desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar.

Não se pode parar, p. ex., os serviços de segurança pública e de saúde pública.

Algumas consequências:

- a) restrição ao direito de greve no sp. O art. 37, VII da CF determina que o direito de greve será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei específica”²⁷.

²⁷ A lei específica ainda não foi editada.

Tem-se atualmente apenas a Lei nº 7.783/1989, que disciplina o exercício de greve em geral, a qual, no art. 16, estabelece que “*para os fins previstos no art. 37, VII, da CF, lei complementar definirá os termos e os limites em que o direito de greve poderá ser exercido*”.

Em outubro/2007 o STF decidiu que o direito de greve do servidor público pode ser exercido desde que respeitados os preceitos previstos na lei referente à greve dos trabalhadores em geral (Lei 7.783/1989), em especial quanto a serviços essenciais (com proibição de interrupção de serviços essenciais e manutenção de um percentual mínimo de servidores em atividade). Concilia-se assim o direito de greve e a continuidade das atividades adm.

O direito de greve do servidor, portanto, está limitado aos termos da Lei 7.783/1989.

A doutrina (CABM, p.ex.) já defendia que, mesmo com a ausência da lei prevista no art. 37, VII CF, o direito de greve é exercitável pelo servidor público, ressalvadas as necessidades inadiáveis da comunidade, as quais não podem sofrer solução de continuidade (art. 9º, § 1º CF/1988).

Assim vem decidindo o STJ acerca do assunto: “O direito de greve assegurado na Carta Magna aos servidores públicos, embora pendente de regulamentação (art. 37, VII), pode ser exercido, o que não importa na paralisação dos serviços sem o conseqüente desconto

- b) existência de institutos como a suplência, a delegação e a substituição, os quais servem para preencher as funções públicas temporariamente vagas.
- c) impossibilidade, para quem contrata com a AP, de invocar a “exceptio non adimpleti contractus” (exceção de contrato não cumprido) nos contratos que tenham por objeto a execução de sp.

Tal exceção está prevista no art. 476 CC – *“Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”*.

A impossibilidade de invocar a exceção do contrato não cumprido contra a AP está atenuada pela lei (Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações²⁸), pela doutrina e pela jurisprudência. Nos casos em que a inadimplência do PP impeça de fato e diretamente a execução do serviço ou da obra, admite-se a alegação de tal exceção.

da remuneração relativa aos dias de falta ao trabalho, à míngua de norma infraconstitucional definidora do assunto.” RMS 15662/PR, RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2002/0159625-2, Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, DJ 07.04.2003 p. 338

²⁸ A própria LL, no art. 78, XV, expressamente prevê que se a AP atrasar por mais de 90 dias os pagamentos devidos em decorrência de obras, serviços, fornecimentos ou parcelas destes, já recebidos ou executados, o contratado poderá suspender o cumprimento de suas obrigações, até a normalização destes pagamentos, ou então obter a rescisão do contrato

- d) a possibilidade de encampação da concessão de sp, para assegurar a continuidade do mesmo (encampação é a retomada do sp pelo poder concedente durante o prazo da concessão)²⁹.

PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGALIDADE

Os atos da AP são editados com presunção de que estão em conformidade com as normas legais e de que seu conteúdo é verdadeiro.

O princípio abrange dois aspectos:

- a) presunção de verdade: diz respeito à certeza dos fatos.
- b) presunção de legalidade: se a AP se submete à lei, presume-se que todos os seus atos sejam praticados com observância à lei.

Ex: aplicação de uma multa por agente adm. – presume-se que o fato narrado como originário da multa é verdadeiro; presume-se, também, que a multa foi aplicada de acordo com a legislação vigente.

Trata-se de presunção relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário. O efeito da presunção é o de inverter o ônus da prova.

Segundo CABM inversão só é admitida até que o ato seja contestado em juízo, pois, a partir daí, cabe à AP demonstrar sua

²⁹ Encampação – retomada do sp por interesse público; Caducidade – rescisão unilateral de contrato de prestação de sp por inadimplemento contratual

veracidade e legalidade. MJF defende que a presunção de veracidade (fatos) permanece em juízo, não prevalecendo a presunção de legalidade, cabendo à AP comprovar a legalidade do ato.

Como consequência, as decisões administrativas são de execução imediata e têm possibilidade de criar obrigações para o particular independentemente de sua concordância (imperatividade) e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria AP, mediante meios indiretos (exigibilidade) e diretos (auto-executoriedade).

ESPECIALIDADE

Diz respeito aos casos de descentralização administrativa.

O Estado pode criar pessoas jurídicas administrativas (autarquias), como forma de descentralizar a prestação da função adm, com vistas à especialização das mesmas.

Ex. criação das agências reguladoras, específicas para cada ramo de atividade.

A lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos administradores de tal entidade afastar-se dos objetivos definidos na lei.

Apesar de ser normalmente referido às autarquias, o princípio se aplica às demais pessoas jurídicas instituídas por lei para integrarem a API (fund, sem e ep).

CONTROLE OU TUTELA

Para assegurar que as entidades da API observem o princípio da especialidade, elaborou-se o princípio do controle ou tutela, pelo qual a AP direta fiscaliza as atividades dos referidos entes, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais.

A União, o Estado ou o Município que instituiu a entidade da API a controla para que ela atue em conformidade com os fins que justificaram sua criação, previstos na lei instituidora.

AUTOTUTELA

Pela autotutela a AP pode exercer controle sobre seus próprios atos, tendo a possibilidade de anular os atos ilegais e revogar os atos inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

Este poder da AP está consagrado nas Súmulas 346 e 473 do STF:

346 - “a AP pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”

473 – “a A pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Também se fala em autotutela para designar o poder que a AP tem de zelar pelos bens que integram seu patrimônio, sem necessidade de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens.

MOTIVAÇÃO

Exige que a AP indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, de seus atos³⁰.

Pela motivação o administrador público justifica sua ação adm, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam a sua prática.

Sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato (vinculado ou discricionário), porque se trata de formalidade

³⁰ A AP tem o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta adm com

necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

A motivação deve ser prévia ou contemporânea ao ato. Não se admite motivação posterior.

Lei 9.784/1999 – previsto no art. 2º, caput, havendo no § único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão”.

SEGURANÇA JURÍDICA³¹

Objetiva vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da AP.

Ex:

A AP aplicou uma sanção a um administrado, por que interpretando a lei aplicável, entendeu que aquela era a sanção mais apropriada para a infração por ele cometida.

³¹ Essa “segurança jurídica” coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. (CABM).

Em um determinado momento, a AP passa a interpretar a lei de modo diferente, entendendo que para infrações como aquela, deve-se aplicar uma outra sanção. Assim, para as novas situações que surgem, a AP pode aplicar esta sanção. Todavia, para a situação anterior, em que já foi aplicada a outra sanção (com base na interpretação anterior), é vedado à AP retroagir para aplicar a nova sanção.

Na esfera administrativa é comum haver mudança de interpretação de normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior.

Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando sua situação será passível de contestação pela própria AP. Daí a regra que veda a aplicação retroativa³².

O princípio deve ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a AP de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que os atos ilegais não geram direitos.

³² CABM - As orientações firmadas pela AP em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Lei 9.784/1999 - previsto no art. 2º, caput. Idéia expressa no § único, inciso XIII, do art. 2º, quando impõe, entre outros critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Exige-se o devido processo legal para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja.

Há a exigência de um processo formal para tais fins.

A AP, antes de tomar decisões gravosas a um sujeito, deve oportunizar a ampla defesa e o contraditório

A AP não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos incisos LIV e LV do art. 5º da CF:

LIV - “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

LV - “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

HIERARQUIA

Os órgãos da AP são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei.

Coordenação - harmonia entre órgãos e agentes;

Subordinação - distribuição de funções e gradação de autoridade de cada um dos agentes;

Desse princípio decorrem prerrogativas para os agentes da AP. Ex: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir.

Para o subordinado surge o dever de obediência.

CONTROLE JUDICIAL DOS AA (CABM)

No Direito brasileiro há unidade de jurisdição, ou seja, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/1988)

Nesse mister, o PJ anulará atos inválidos, imporá à AP os comportamentos a que esteja por direito obrigada.

FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Segundo DG, fonte é o conjunto de modos pelos quais o Direito é formalizado; é a exteriorização do mesmo, sua formalização.

Principais fontes do DA indicadas pela doutrina:

a) lei (em sentido amplo)

Abrange desde a Constituição até os atos normativos mais simples (CF, CE, LOM, leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, regulamentos, etc ...).

b) jurisprudência

Conjunto de decisões proferidas pelos Tribunais; os julgados dos Tribunais são formas de revelação do Direito. A edição de súmulas aí se inclui.

c) costumes

Costume é a reiteração uniforme de um comportamento.

d) princípios

Proposições fundamentais, como acima visto.

e) doutrina

Pensamento dos doutrinadores, estudiosos da matéria; Constantemente usada na fundamentação de atos administrativos e decisões relacionadas à matéria.