

I. ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADMINISTRATIVO. O DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.

II. DIREITO ADMINISTRATIVO: OBJETO E CONCEITO (CRITÉRIOS). FUNÇÃO ADMINISTRATIVA. O PROBLEMA DA CODIFICAÇÃO.

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

O Direito pode ser concebido como um conjunto de normas – princípios e regras de conduta – dotadas de coercibilidade¹ e que disciplinam a vida social;

Trata-se, portanto, de princípios e regras de conduta coativamente impostos pelo Estado e que visam disciplinar a vida em sociedade.

O Direito, com fins didáticos e pedagógicos, se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: Direito Público e Direito Privado.

Direito Privado²:

- Ocupa-se dos interesses privados, individuais.
- Regula as relações travadas entre particulares.
- Governado pelo princípio da *autonomia da vontade*, segundo o qual as partes elegem os fins que desejam alcançar, bem como os meios que utilizarão para atingir tais fins, podendo fazer isto desde que tais fins e meios não sejam proibidos pelo Direito.
- Há uma noção de igualdade das partes na relação jurídica³.

¹ vale dizer, regras imperativas, obrigatórias para seus destinatários

² D Civil e D Comercial;

³ mesmo que relativa

Direito Público⁴:

- Ocupa-se dos interesses da sociedade como um todo (interesses coletivos, públicos⁵)
- O atendimento de tais interesses é um dever de quem a obrigação de cuidar/zelar dos mesmos, ou seja, da Administração Pública.⁶
- Para a Administração Pública, assim, não há espaço para a *autonomia da vontade*, sendo a mesma substituída pela idéia de ‘*função*’, ‘*função pública*’ - função/dever que a Administração tem de buscar o atendimento do interesse coletivo⁷.
- Assenta-se no *princípio da legalidade*, que limita a atividade do Estado, sujeitando-o à lei, bem como no *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, de forma que nas relações jurídicas de Dto. Público o Poder Público pode aparecer com prerrogativas⁸, as quais o colocam em posição de supremacia se comparado aos particulares⁹.

O Direito Administrativo é um ramo do Direito Público.

⁴ subdivide-se em Interno e Externo:

DPI – regula precipuamente os interesses estatais e sociais, cuidando só reflexamente da conduta individual. Reparte-se em D Constitucional, D Adm, D Tribut, D Penal, D Proce, D Trab, D Eleitoral, D Municipal.

DPE – rege as relações entre os Estados soberanos e as atividades individuais internacionais.

⁵ MJF – interesse público deve ser visto como realização dos direitos fundamentais do homem

⁶ O Estado é quem encarna juridicamente os interesses públicos

⁷ “função”, segundo MJF, consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual; o conceito de “função” conjuga três elementos: (a) titularidade alheia do interesse a ser realizado; (b) dever do sujeito de perseguir a realização desse interesse; e (c) a atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse.

⁸ As prerrogativas só são utilizáveis para a busca da satisfação dos direitos fundamentais, desde que estejam previstas em lei e haja efetiva razão para seu exercício.

⁹ dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais

FUNÇÕES DO ESTADO

E ele¹⁰ é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da *função*¹¹ *administrativa e os órgãos que a desempenham.*

Assim, primeiramente, devemos buscar identificar a *função administrativa* das demais funções estatais.

Há uma trilogia de funções do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional¹².

Tais funções estão distribuídas em três estruturas organizacionais, em três unidades orgânicas, denominadas ‘Poderes’: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.¹³

Função legislativa¹⁴

Consiste na elaboração de leis, ou seja, regras gerais e abstratas, que inovam a ordem jurídica¹⁵;
Quando da edição de leis, o Estado regula relações permanecendo acima e à margem das mesmas;

¹⁰ o Direito Administrativo

¹¹ Função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes necessários conferidos pela ordem jurídica.

¹² MJF – afirma que pode-se dizer que o traço diferencial entre as funções não se concentra tanto na qualidade, mas no modo de seu desenvolvimento

¹³ Trata-se da criação de Motesquieu, da idéia de tripartição. Com ela, objetiva-se impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra os abusos governamentais.

¹⁴ É ato de produção jurídica primária, porque fundado única e diretamente no poder soberando;

¹⁵ fundam-se direta e imediatamente na Constituição

Função jurisdicional¹⁶

Consiste na aplicação de leis para solucionar litígios;
É a aplicação coativa de leis a casos concretos para solucionar conflitos de interesses;
Exercida por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’;
É exercida por magistrados, dotados de imparcialidade¹⁷;
Nela o Estado soluciona conflitos, permanecendo acima e à margem dos mesmos;

Função administrativa¹⁸

Consiste no atendimento concreto de interesses coletivos;
É a conversão da lei em atos concretos voltados à realização dos fins estatais, à satisfação das necessidades coletivas;
Trata-se de atividade infralegal¹⁹ e sujeita ao controle jurisdicional.
Nela o Estado é parte da relação a que os atos se referem. É, por ex., o Estado prestando um serviço de saúde pública²⁰, o Estado fiscalizando uma obra de particular²¹, o Estado dando subsídio a uma entidade filantrópica²².

¹⁶ É a emanção de atos de produção jurídica subsidiária dos atos primários;

¹⁷ não têm vínculo com os interesses em conflito

¹⁸ É a emanção de atos de produção jurídica complementar, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato (lei).

¹⁹ e infraconstitucional

²⁰ prestação de serviço público

²¹ exercício de poder de polícia

²² fomento a atividade privada de interesse público

Em cada um dos Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo) há uma forte predominância da atividade que lhe é típica.²³ A cada um deles corresponde uma função que lhe é atribuída primordialmente. L, J, E.

Não há, no entanto, no funcionamento de tais conjuntos orgânicos, separação absoluta de funções.

Quer isso dizer que Legislativo, Judiciário e Executivo exercem de modo normal e típico aquela função estatal que lhes corresponde primacialmente; e, em caráter menos comum, funções²⁴ em princípio pertinentes a outro Poder.

²³ O Poder Legislativo, além de fazer leis, pratica também atos administrativos (que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente a ordem jurídica), por ex., quando da realização uma licitação, ou quando promove um servidor;

O Poder Judiciário, além de proceder julgamentos, também pratica atos administrativos (ex. = PL); O Judiciário também exerce atos de natureza legislativa, por ex., seus regimentos internos (art. 96, I, da CF/1988) (com as mesmas características da lei – generalidade, abstração e inovação inicial da ordem jurídica);

O Poder Executivo expede regulamentos (que materialmente são similares às leis); O Executivo também decide controvérsias, por ex. nos processos que tramitam no CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) destinados a apurar e reprimir os comportamentos empresariais incursos como “abuso de poder econômico”, ou nos processos submetidos aos “Conselhos de Contribuintes” (observe-se que tais decisões só são definitivas para a AP).

²⁴ Segundo CABM, há atos que não se alocam em nenhuma das três funções clássicas do Estado (ex: iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, o *impeachment*, a decretação de calamidade pública). São atos que não se enquadram na função legislativa, por serem concretos. Também não se afeiçoam à função executiva, por não estarem em pauta comportamentos infralegais ou

O **Executivo**, por exemplo, participa da função **legislativa** quando dá início a projetos de lei (art. 61, § 1º CF), quando sanciona ou veta projetos aprovados pela Assembléia (art. 66 CF), quando edita medidas provisórias, com força de lei (art. 62 CF), ou elabora leis delegadas (art. 68 da CF);

Ao **Judiciário** também são conferidas atribuições **legislativas**, por exemplo, na iniciativa de leis de organização judiciária (art. 93 CF); No âmbito interno pode o PJ editar regulamentos para disciplinar seus serviços;

O **Legislativo** também exerce algumas funções **jurisdicionais**, como no caso em que o Senado processa e julga o Presidente da República por crimes de responsabilidade (art. 86 CF), bem como quando processa e julga os Ministros de Estado, os Ministros do STF, o Procurador Geral da República e o Advogado Geral da União também nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II CF).

Legislativo e **Judiciário** exercem funções **administrativas**, na condição de atividades de apoio a suas funções típicas de legislar e julgar, quando administram seus serviços²⁵, seus bens²⁶ ou seu pessoal²⁷.

infraconstitucionais expedidos em uma relação hierárquica, suscetíveis de revisão quanto à legitimidade. Seriam, então, atos da 'função Política' ou de 'Governo'

²⁵ licitam para contratar a aquisição de material

²⁶ alienação de bens – sujeita a prévia avaliação, autorização legislativa e licitação

²⁷ aposentadoria dos servidores

Na verdade, o Estado, para atingir seus fins, atua nestes três sentidos: administração, legislação e jurisdição. Em todos eles pede-se orientação ao DA quanto à organização e funcionamento de seus serviços, administração de seus bens, regência de seu pessoal e à formalização de seus atos de administração²⁸.

O DA rege toda e qualquer atividade de administração, provenha ela do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. O ato administrativo não se desnatura pelo só fato de ser praticado no âmbito do Legislativo ou do Judiciário. Desde que seus órgãos estejam atuando como administradores de seus serviços, de seus bens, ou de seu pessoal, a questão será disciplinada pelo DA.

ORIGEM DO DA

O DA, como ramo autônomo, começou a se formar em fins do século XVIII e início no século XIX²⁹, a partir do desenvolvimento do conceito de Estado de Direito³⁰, bem como da Teoria da Separação dos Poderes.

²⁸ Todos os Poderes têm, assim, necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento. Não há, assim, separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas sim distribuição das três funções estatais precípua para cada um deles.

²⁹ MSZP – o DA, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do Direito.

Edmir Netto de Araújo – “(...) não é sem razão que se costuma apontar como marco inicial do Direito Administrativo uma lei francesa do ano de 1800 (naquele excêntrico calendário francês da época, de 28 pluviôse do ano VIII), que, pela primeira vez, dotou a Administração de uma organização juridicamente garantida e estável, exteriormente obrigatória a todos os administrados.”

³⁰ O Estado de Direito contempla a contenção do Poder e a igualdade de todos os homens. Um movimento fundamental para as concepções vigentes acerca de Estado no mundo civilizado foi a Revolução Francesa, que foi fundamentada na idéia de igualdade. A supremacia da lei (pregada pela Revolução) tem sua raiz no princípio da igualdade. Há supremacia da lei, porque resulta da formulação da vontade geral, através de

Estado de Direito

A concepção de Estado de Direito³¹ estrutura-se, entre outros fundamentos, no *princípio da legalidade*, em decorrência do qual todos estão sujeitos à lei, inclusive os governantes³².

Já que no Estado de Direito os governantes também estão sujeitos à lei, o DA surge exatamente para regular e limitar a conduta do Estado/governantes e mantê-la dentro das disposições legais.

O DA, então, vincula-se à concepção de Estado de Direito, fixando normas para as atividades da AP, limitando o poder das autoridades e protegendo os direitos individuais.

seus representantes, e porque a lei propõe-se geral e abstrata, precisamente para que todos os homens sejam tratados sem casuísmos, sem perseguições e favoritismos.

³¹ Para MJF, o Estado de Direito se traduz na conjugação de 4 postulados fundamentais: supremacia constitucional; tripartição de poderes; generalização do princípio de legalidade; e a universalidade da jurisdição. Segundo MJF no Estado Democrático de Direito deve-se acrescentar também o respeito aos direitos fundamentais e a supremacia da soberania popular

Segundo J.J. Gomes Canotilho, “*os elementos considerados como ‘momentos formais do estado de direito’ são: (1) ‘divisão de poderes’, entendida como princípio impositivo da vinculação dos actos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida, e da ordenação relativamente separada de funções; (2) ‘princípio da legalidade da administração’; (3) independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal) e ‘vinculação do juiz à lei’; (4) ‘garantia da proteção jurídica’ e ‘abertura da via judiciária’ para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais.*”

³² Antes da concepção de Estado de Direito, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade (súditos), vigiam idéias como “o rei não pode errar”.

A Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do DA. Era época de monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei, a que todos os cidadãos (vassallos) obedeciam.

Separação de Poderes

A teoria da separação de poderes - Montesquieu (1748)³³ - se apresenta como o outro pressuposto da existência do DA.

Segundo a formulação de Montesquieu, distinguem-se três funções estatais: legislação, execução e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos distintos e independentes entre si³⁴.

Trata-se de um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político, e consiste em impedir que todas as funções sejam concentradas em uma única estrutura organizacional.

Isto traduz um sistema de freios e contrapesos e permite que o poder controle o próprio poder.

Tendo a função executiva/administrativa sido atribuída precipuamente a um setor estatal específico, houve campo propício para o surgimento de uma disciplina específica que tratasse de tal função, o Direito Administrativo .

O advento do Estado de Direito promoveu uma subversão em tais idéias. Firmou-se a submissão do Estado (Poder) ao Direito. Passou-se a regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim o DA.

³³ “L’Esprit des Lois”

³⁴ Na época, essa divisão significou uma reação ao enfeixamento de poderes na figura do monarca.

O princípio da separação dos poderes tinha por objetivo limitar o ‘poder’ (separação e balanço de poderes – controle de uns sobre os outros), assegurando a proteção dos direitos individuais.

Até então, o absolutismo reinante e os enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do soberano não permitiam o desenvolvimento de quaisquer teorias que visassem a reconhecer direitos aos súditos.

Na França, após a Revolução Francesa (1789), a tripartição das funções do Estado em executiva, legislativa e judicial veio a ensejar a especialização das atividades do governo e a dar independência aos órgãos incumbidos de realizá-las.

Portanto, os conceitos de Estado de Direito e de Separação de Poderes foram fatores determinantes para o desenvolvimento do D.A. como disciplina autônoma.

DIREITO ADMINISTRATIVO

CONCEITO

Critérios mais comuns utilizados para conceituar o DA:

Critério do serviço público

Para tal critério, o DA é o ramo do Direito que estuda o serviço público.

Formou-se na França, com a chamada Escola do Serviço Público, integrada, entre outros, por León Duguit, Gaston Jèze e Roger Bonnard.

Inspirada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês³⁵.

Tal critério influenciou juristas como Rafael Bielsa (Arg) e Themístocles Cavalcanti (Bra).

³⁵ O CEF passou a exercer função verdadeiramente jurisdicional a partir de 1872, quando se tornou independente e suas decisões deixaram de submeter-se ao chefe de Estado. A partir do denominado caso “Blanco”, decidido em 1873, o CEF passou a fixar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos.

Críticas:

Qualquer que seja o sentido que se atribua à expressão 'serviço público', não serve ela atualmente para delimitar o objeto do DA. A AP exerce outras atividades que também são disciplinadas pelo DA, e que não são abrangidas pelo conceito de serviço público, como o poder de polícia, a atividade de fomento, bem como a intervenção no domínio econômico.

Critério do Poder Executivo

Para tal critério, o DA é o ramo do Direito que estuda o Poder Executivo.

Críticas:

É insuficiente, pois os outros Poderes (Legislativo e Judiciário) também podem exercer atividade adm. O L e o J, por ex., quando tratam dos seus servidores, exercem atividade administrativa; também quando têm a necessidade de contratar, o L e o J sujeitam-se aos princípios licitatórios, praticando atos administrativos; ainda quando administram seus bens, no caso de alienação, p. ex., sujeitam-se às restrições previstas para a alienação de bens públicos.

Além disso, nem toda atividade do Poder Executivo está submetida ao DA, como, por ex., a celebração de tratados internacionais, a declaração de guerra (as quais são estudadas pelo Direito Internacional).

Critério das relações jurídicas

Para tal critério, o DA é o ramo do Direito que rege as relações entre a AP e os administrados.

Críticas:

Prega-se igualmente a insuficiência desse critério, sob o argumento de que outros ramos do Direito, como o Constitucional, o Penal, o Tributário, também têm por objeto esta relação entre a AP e os administrados.

Além disso, o critério reduz o objeto do DA, que abrange além dessas relações entre a AP e os administrados, também outras, como por ex., a organização interna da AP (organização de órgãos, disciplina dos agentes) e a utilização dos bens pelo Estado.

Critério teleológico

Para esse critério, o DA é ramo do Direito que regula a atividade do Estado para o cumprimento de seus fins. No caso, tratam-se, obviamente, de fins de utilidade pública.

É o critério aceito por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Bra).

Crítica:

A crítica que se faz ao mesmo é que é um critério muito amplo.

Critério negativo ou residual

Para tal critério, o DA é o ramo do Direito que disciplina a atividade do Estado para a busca de seus fins, excluídas a legislação e a jurisdição.

É o critério adotado por Tito Prates da Fonseca (Bra)

Crítica:

Como qualquer conceito residual, procura conceituar algo através daquilo que ele não é.

Critério da Administração Pública

Para esse critério, o DA é o ramo do Direito que disciplina a AP. A AP é considerada aqui em seus sentidos subjetivo (conjunto de pessoas jurídicas, órgãos e agentes) e objetivo (atividades destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos).

Adotam ele, entre outros, Guido Zanobini (Ita), Otto Mayer (Ale), Hely Lopes Meirelles (Bra).

Conceitos de DA existentes na doutrina moderna:

CABM - O DA é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da *função administrativa* e os *órgãos que a desempenham*. Segundo tal autor, o DA coincide com o conjunto de normas e princípios que têm como objeto a função administrativa e os órgãos que a desempenham.

MJF – DA é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

HLM – DA é o 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.³⁶

³⁶ Elementos da definição de HLM:

- *conjunto harmônico de princípios jurídicos* – significa sistematização de normas de Direito;
- *que regem os órgãos, os agentes* – indica que ordena a estrutura e o pessoal da AP;
- *e as atividades públicas* – isto é, os atos da AP, praticados nessa qualidade, e não quando atua excepcionalmente em condições de igualdade com o particular, sujeito às normas de DPri;
- *tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente* – afasta a ingerência do DA na atividade estatal ‘abstrata’, que é a legislativa, na atividade ‘indireta’ que é a judicial e na ‘mediata’, que é a ação social do Estado – os fins desejados pelo Estado – quer dizer que ao DA não compete dizer quais são os fins do Estado.

MSZP – DA é o ramo do Direito Público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a AP, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

OM – o DA trata dos preceitos que norteiam a estrutura e o funcionamento da AP. É o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da AP.

Podemos dizer, então, que o DA³⁷:

- é um ramo do Direito Público
- que disciplina
 - o exercício da função administrativa, ou seja, as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins do Estado³⁸; e
 - as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes que desempenham esta função administrativa³⁹.

O DA deve impor limites aos governantes e defender o respeito aos direitos fundamentais.

³⁷ MJF – o DA é instrumento de limitação do poder (estatal e não estatal), tendo ele, além disso, compromisso com a realização dos direitos fundamentais.

³⁸ AP em sentido objetivo

³⁹ AP em sentido subjetivo

MATÉRIAS QUE SÃO DISCIPLINADAS PELO DA

Na prática, é vasto o rol de matérias que são disciplinadas pelo DA:

- fixa normas sobre organização administrativa
(Ex: administração direta, a divisão em órgãos, o vínculo entre órgãos, a distribuição de competências entre órgãos; administração indireta – autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista)
- trata dos poderes conferidos às autoridades adm (forma de atuação, limites);
- cuida dos meios pelos quais a AP toma decisões:
(Ex: atos, contratos, processo adm)
- disciplina os direitos e deveres dos servidores públicos;
(através dos Estatutos – Estatutos dos Servidores Públicos Federais)
- estabelece normas para:
 - gestão de bens públicos,
 - execução de serviços públicos,
 - exercício do poder de polícia (restrição ao exercício de direitos dos particulares),
 - reparação de danos causados a particulares por ação ou omissão;
- disciplina os modos e meios pelos quais a AP é controlada por si própria e por outros Poderes ou instituições.

Vê-se, portanto, que o DA diz respeito primordialmente à atuação da AP inserida no Poder Executivo, o qual exerce atividade adm com repercussão imediata na coletividade, como sua atividade inerente e típica (ex: calçamento de ruas, coleta de lixo, ensino público, construção de estradas).

Não se pode perder de vista, no entanto, que, quanto ao Poder Legislativo, muito embora sua função típica seja a elaboração da lei, para propiciar o exercício dessa função, há nele uma estrutura adm de apoio, quer dizer, atividades adm do Legislativo que visam a propiciar o exercício de sua função típica. Tal estrutura é disciplinada pelo D.A.

O mesmo ocorre com o Poder Judiciário, cuja função típica é a aplicação da lei em litígios e a pacificação social. Para que essa função seja cumprida, é necessária uma estrutura adm de apoio, na qual se incluem os servidores, um conjunto de bens patrimoniais, serviços adm de protocolo, digitação, etc.. Tal estrutura é disciplinada pelo D.A.

Estas atividades adm dos Poderes Legislativo e Judiciário, que são atividades de apoio para o exercício de suas funções típicas, e se regem pelo DA.

DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

O ponto de partida para a elaboração do DA no Brasil foi a criação da cadeira de DA nos cursos jurídicos existentes - Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, em 1851 (Dec. 608, de 16.08.1851).

Em 1857 foi editada a primeira obra sistematizada – “Elementos de Direito Administrativo Brasileiro”, de Vicente Pereira do Rego (Recife).

1859 “Direito Adm Brasileiro” Veiga Cabral (Rio)

1862 “Ensaio sobre Direito Adm Brasileiro” Visconde do Uruguai (Rio)

1866 “Direito Adm Brasileiro” A. J. Ribas (Rio)

1884 “Epítome do DA Pátrio” Rubino de Oliveira (São Paulo)

CODIFICAÇÃO

Discute-se na doutrina se o Direito Administrativo deve ou não ser codificado.

Codificar é reunir de forma ordenada e sistemática em uma única lei, o Código, as normas relativas a um determinado ramo do Direito. Temos, por exemplo, o CC, o CPC, o CP, o CPP.

As posições que se colocam na doutrina acerca da codificação do DA são as seguintes:

1ª - Os que negam suas vantagens:

“Codificação implica em estagnação do Direito”;

“O DA é de formação recente e incompleta, havendo mutabilidade excessiva da legislação adm”.

2ª - Os que pregam a codificação:

“Propicia à AP e aos administrados maior segurança e facilidade na observância e aplicação das normas administrativas”;

“Leis esparsas se tornam de difícil conhecimento e não permitem uma visão panorâmica do Direito”;

“Traz-se ordem à legislação adm, e a torna mais conhecida”;

3ª - Os que admitem a codificação parcial;

Há codificações parciais de normas de DA na Argentina, Alemanha, Itália e Portugal.

No Brasil, o DA não está codificado. Existem textos legais sobre matérias específicas.

Ex:

licitações e contratos – Lei 8.666/1993 (prestes a ser revogada);

direitos e deveres dos servidores⁴⁰ – Lei 8.112/1990;

concessões e permissões de serviço público – Lei 8.987/1995;

processo administrativo federal – Lei 9.784/1999;

responsabilidade fiscal – Lei complementar 101/2000;

improbidade administrativa – Lei 8.429/1992;

empresas estatais – Lei 13.303/2016;

mandado de segurança – Lei 12.016/2009;

desapropriações – Decreto-lei 3.365/1941

⁴⁰ estatuto do servidores federais

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dois sentidos são usados para a expressão AP:

- sentido subjetivo, formal ou orgânico

Designa os entes que exercem a atividade adm; Entes aos quais a lei atribui o exercício da função adm;

Compreende, assim, pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa.

Compõem a AP, em sentido subjetivo, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como seus respectivos órgãos e agentes, ou seja, a denominada “AP Direta”.

Também compõem a AP, nesse sentido, os entes que fazem parte da chamada “AP Indireta”⁴¹. No direito brasileiro, de acordo com o Decreto-lei 200/67, fazem parte da AP Indireta, as *autarquias*, as *fundações*, as *sociedades de economia mista* e as *empresas públicas*. Há doutrinadores que pregam a inclusão também das *empresas concessionárias* e *permissionárias de serviços públicos* no conceito de AP Indireta

⁴¹ Às vezes a lei opta pela execução indireta da atividade adm, transferindo-a a pessoas jurídicas com personalidade de DPú ou DPri, que compõem a AP Indireta;

- Sentido objetivo, material ou funcional

A AP, nesse sentido, é a própria função adm que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Ou seja, é a atividade exercida pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas.

Nesse sentido, a AP abrange o *fomento*, a *polícia adm* e o *serviço público*. Alguns autores falam também em *intervenção*.

O FOMENTO abrange a atividade adm de incentivo à iniciativa privada que tenha utilidade pública.

Fernando Andrade de Oliveira indica as seguintes atividades como sendo de fomento:

- a) subvenções ou auxílios financeiros, por conta dos orçamentos públicos (ex: parcela do orçamento municipal é destinada a subvencionar entidades filantrópicas);
- b) financiamentos, com condições especiais (ex: p/ construção de obras ligadas ao turismo)⁴²
- c) favores fiscais que estimulem atividades consideradas benéficas ao progresso do país (ex: produção de automóveis – redução de impostos);
- d) desapropriações que favoreçam entidades privadas sem fins lucrativos, que realizem atividades úteis à coletividade (como instituições beneficentes).

A POLÍCIA ADM compreende a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

Trata-se da execução das chamadas “limitações adm”, que são restrições impostas por lei ao exercício dos dtos individuais em benefício do interesse coletivo.

Compreende medidas como licenças, autorizações, notificações e multas.

Ex: concessão de alvará de licença para funcionamento de um estabelecimento comercial; concessão de alvará para de licença para edificação de casa; fiscalização e notificação a uma pessoa que ergue uma obra sem o respectivo alvará.

SERVIÇO PÚBLICO é toda atividade que a AP executa direta⁴³ ou indiretamente⁴⁴, para satisfazer de forma concreta à necessidade coletiva, sob regime jurídico de Dto. Público⁴⁵. Exterioriza-se através da prestação de utilidades à população.

Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade.

⁴² BNDES

⁴³ o próprio Estado presta o serviço

⁴⁴ concessionárias de transporte coletivo

⁴⁵ Elementos da definição de *serviço público*:

a) subjetivo – Estado ou delegado

b) material – atividade que visa a satisfação de necessidade coletiva

c) formal – regime jurídico de Dto. Público

Ex. de serviços públicos: CF - art. 21 – X - serviço postal e correio aéreo; XI - serviços de telecomunicações; (XII) (a) serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, (b) serviços de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água, (c) navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, (d) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros, (e) transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, (f) serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres; XV - serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XXIII - serviços nucleares.

INTERVENÇÃO – compreende:

- (indireta) a regulação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada que tenha interesse para a coletividade (ocorre, p. ex., com a ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar – regula e fiscaliza a atividade dos Planos de Saúde)
- (direta) bem como a atuação direta do Estado no domínio econômico, o que se dá normalmente por meio de empresas estatais (ep ou sem). Nesse caso, o Estado opera segundo normas de DPri, consoante art. 173, § 1º da CF, porém com derrogações impostas pela CF, como referentes à fiscalização financeira e orçamentária (art. 70 e ss CF) e as constantes no capítulo concernente à AP, em especial o art. 37 da CF.
Ex: Banco do Brasil – é sem que explora atividade econômica.

AP X GOVERNO

É importante ter em mente a diferença entre as expressões 'AP' e 'Governo'

Governo

Onde se tomam as decisões políticas, onde são fixadas as metas, as diretrizes.

Onde se tomam de decisões fundamentais à vida da coletividade.

Há uma idéia de transitoriedade.

Administração

Tem tarefa de execução das metas.

À AP incumbe a tarefa de cumprimento das diretrizes.

Há uma estrutura, em princípio, permanente

ASPECTOS IMPORTANTES

Há noções que não se pode perder de vista no estudo do DA:

A natureza da AP é de um *munus público* para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade.

No desempenho dos encargos administrativos o agente público não tem liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade.

Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos.

Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada.

O aplicador da lei (no DA) deve interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre as prerrogativas estatais e os direitos individuais.