



American College of Brazilian Studies

# O QUE É DIREITO ADMINISTRATIVO?

Professor

Mateus Piva Adami

UNIDADE

01



## EQUIPE MULTIDISCIPLINAR

Assis Santos da Silva    Presidente/CEO

Pedro Buck    Coordenador de Área

Maria José Barbosa    Coordenadora Pedagógica

Gabriel Fiorettil    Criação de Arte

Rafael Brito    Diagramação

## AUTOR

MSc. Mateus Piva Adami



## SUMÁRIO

LEITURA OBRIGATÓRIA	7
FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	7
E A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO ORGÂNICO	7
REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO	11
BIBLIOGRAFIA DO CAPÍTULO	15





Resumo. O *Direito Administrativo* representa o conjunto de normas que rege a atuação da Administração Pública. A sua atuação é juridicamente condicionada à legalidade e aos fins a que se destina para que seja considerada legítima. Os agentes públicos exercem função administrativa, que representa o conjunto de poderes a eles conferidos, destinados à persecução do interesse coletivo, observados os limites legais e constitucionais, e sujeita à revisão judicial. Admite-se o exercício de função administrativa por particulares que, em certas circunstâncias, desempenham atividades tipicamente estatais. O desempenho de função administrativa é regido por um regime jurídico próprio – o regime jurídico de *Direito Administrativo*. O referido regime jurídico é formado fundamentalmente por dois princípios: (i) supremacia do interesse público sobre o privado; e (ii) indisponibilidade do interesse público. Por interesse público compreende a dimensão pública dos interesses individuais, enquanto partícipes da Sociedade. O regime jurídico de *Direito Administrativo* é caracterizado pelo equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e o zelo pelos direitos dos particulares.

## LEITURA OBRIGATÓRIA

Paulo Modesto, "Notas de Introdução ao Direito Administrativo", disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>

Paulo Modesto, "Função Administrativa", disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-PAULO%20MODESTO.pdf>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito Administrativo*, p. 43 a 57<sup>1</sup>.

## FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO ORGÂNICO.

O que têm em comum as seguintes situações: (i) realização de uma chamada telefônica; (ii) construção de uma rodovia; (iii) aplicação de uma sanção a um restaurante por invadir indevidamente o passeio; (iv) aplicação de uma sanção a um servidor público por excesso de faltas; (v) mediação de conflito entre duas concessionárias de transporte ferroviário quanto ao uso compartilhado da malha; (vi) estabelecimento de parâmetros de qualidade para os serviços de energia elétrica; (vii) fiscalização quanto à qualidade dos alimentos comercializados em um supermercado; e (viii) bloqueio de uma operação de aquisição de uma fábrica de alimentos por outra?

A princípio, situações tão distintas quanto às descritas acima parecem não ter correlação alguma. Contudo, uma análise mais atenta revela um ponto comum: em todas, com maior ou menor intensidade, nota-se algum tipo de interação entre Estado e

1 - Trecho abrange os itens 1.10 - Conceito de Direito Administrativo até 2.6 - Administração Pública em sentido subjetivo.



particulares. No cumprimento de suas atribuições legais, em alguns momentos, o Estado funciona como agente responsável pela manutenção da ordem pública, inclusive através de emissão de normas e do zelo pelo seu cumprimento – situação que abrange, até mesmo, seus próprios servidores. Em outros, como prestador de serviços de sua titularidade, tidos como essenciais, à coletividade. Mesmo ao desempenhar atividades aparentemente internas à Administração (v.g. construção de uma obra), os particulares são instados a colaborar.

Assim, em uma frase, com base nas atividades apontadas acima, **poderíamos afirmar que o Direito Administrativo representa o conjunto de normas que rege a atuação da Administração Pública.** Mas essa afirmação pode levar a uma compreensão equivocada, se houver uma confusão entre o sujeito competente e a atividade exercida. Todas as atividades acima remetem, de alguma forma, ao exercício do que habitualmente se identifica como *função administrativa*, que, ao lado da função legislativa e jurisdicional, compreendem as áreas mais gerais de atuação do Estado – em linha com a prescrição do art. 2º da Constituição Federal.

**A idéia de *função* reflete a natureza acessória da competência do agente que a possui, em relação a um objetivo a ser atingido. Em outras palavras, a outorga de uma determinada competência está indissociável e compulsoriamente atrelada às finalidades coletivas que levaram a sua instituição.** Esse vocábulo é melhor compreendido quanto oposto à noção de autonomia da vontade, presente no direito privado, segundo o qual o sujeito dispõe de ampla liberdade de atuação. **No direito público, o agente que recebe uma prerrogativa, um *poder*, torna-se automaticamente vinculado à realização da *finalidade (dever)* que torna *legítima* a sua outorga.** Por essa razão, a doutrina costuma indicar que o agente público dispõe de um *dever-poder*.

Nesse sentido, observa-se que os Três Poderes refletem as características das principais funções que desempenham (legislativa, jurisdicional e administrativa), mas que não os impede de utilizar outras para conseguir atingir seus objetivos.

A função primordial exercida pelo Poder Legislativo é a emissão de normas gerais, habitualmente abstratas, que representam inovação na ordem jurídica diretamente com base na Constituição, e de observância imediata pela Sociedade e pelos demais Poderes – a *função legislativa*. Contudo, é evidente que, por detrás do exercício desse Poder, há toda uma estrutura administrativa que o mantém em funcionamento – o que indica a presença também de função administrativa. Além disso, o Poder Legislativo também realiza importante função judicante quanto, por exemplo, avalia uma situação que possa configurar quebra de decoro parlamentar de um determinado deputado, o que eventualmente acarretaria a perda de seu mandato. Por sua vez, ao Poder Judiciário cabe o exercício da função





jurisdicional, segundo, o qual, grosso modo, identifica-se o direito a ser aplicado a um determinado caso concreto. Os autores divergem quanto à necessidade de que a decisão tenha força de coisa julgada para a caracterização da função. De qualquer modo, importa notar que, para bem exercer essa função, o Poder Judiciário dispõe de competências similares às legislativas, por exemplo, ao ditar normas para o funcionamento de tribunais, bem como para propor projetos de lei pertinentes a sua atuação. Além disso, inegavelmente dispõe de função administrativa ao, por exemplo, promover a construção de uma nova sede para um determinado tribunal.

**Nota-se, assim, que o critério “subjetivo” (ou “orgânico”, conforme costuma apontar a doutrina), ou seja, pautado pela identificação da função com o sujeito que a exerce é insuficiente para a identificação mais precisa das funções de Estado, considerando que a observação do Estado brasileiro revela que não há uma divisão estanque dos meios que cada um dos Três Poderes se valem para o exercício de suas competências.** Vale frisar: a repartição de competências constitucionais atribuídas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, seria inviável sustentar a existência de uma fronteira delimitada e intransponível entre suas funções. Nesse sentido, o próprio 2º da Constituição Federal consigna que o funcionamento dos Poderes deve se dar em harmonia – o que já flexibiliza uma interpretação rígida da repartição das funções no Estado brasileiro.

**Não se pode, assim, confundir o exercício de uma função com o agente que habitualmente a exerce.** Assim, não é adequado distinguir as funções desempenhadas pelo Estado segundo critérios “subjetivos”. Em contraposição, tem-se o critério “objetivo”, que busca a distinção das funções estatais a partir do objeto de sua atuação, é mais apropriado para essa finalidade. **Isso significa que cada um dos Três Poderes exerce, de uma forma ou outra uma função administrativa e, portanto, estão sujeitos, em alguns momentos, ao regime jurídico administrativo daí decorrente** – como se verá no próximo item. Assim, aponta-se que o critério mais adequado é o objetivo, por permitir uma visualização mais clara das atividades desempenhadas pelo Estado. Mas, afinal, qual seria o objeto da *função administrativa*?

Observa-se a inexistência de um consenso na doutrina quanto ao conceito de função administrativa. Contudo, é possível colher alguns elementos considerados essenciais. Assim, Dentre as várias concepções possíveis, partindo para uma definição mais simples **podemos afirmar que a função administrativa representa o conjunto de poderes conferidos a um determinado agente público, destinados à persecução do interesse coletivo, observados os limites legais e constitucionais, e sujeita à revisão judicial.**

A partir dessa concepção, verifica-se que o exercício da função



administrativa representa: (i) vinculação formal à legislação aplicável; (ii) observância das finalidades de interesse coletivo previstas expressa ou implicitamente na legislação; (iii) sujeição à revisão de seus atos pelo Poder Judiciário (embora tal avaliação esteja sujeita a limites); e (iv) um dever de desempenho para o agente que a exerce, que justifica o poder a ele atribuído. Para melhor visualizar essa idéia de função administrativa, pode-se dividi-la, para fins meramente didáticos, em algumas espécies, que nada mais são do que uma aplicação do conceito a determinados tipos de situações hipotéticas. Em outras palavras, a divisão abaixo é meramente ilustrativa e certamente existem situações em que há sobreposição entre os tipos de função identificados.

Tem-se, por exemplo, a *função administrativa conformadora ou ordenadora*, voltada ao estabelecimento da harmonia social com base na imposição de restrições a direitos individuais. Isso ocorre geralmente quando há um possível choque entre direitos de diversas naturezas, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente equilibrado e o direito à propriedade. Nesse caso, justificam-se a imposição de restrições ao direito de construir em determinadas áreas ou, ainda, limitações ao aproveitamento dos terrenos. Em geral essa faceta da função administrativa é identificada com o poder de polícia, que será estudado mais adiante.

A *função administrativa regulatória* está voltada à disciplina de setores empresariais que atuam em atividades de interesse coletivo. A exploração dessa faceta da atuação administrativa revela que o Estado é responsável por um controle bastante amplo das atividades privadas. Não obstante, é difícil imaginar um setor econômico que não tenha que se submeter a qualquer espécie de controle exercido pela administração, ainda que com intensidade variável. Nos segmentos de intervenção com maior intensidade estariam os serviços cujo desempenho é altamente regulado pelo estado (telecomunicações ou energia elétrica), ou, ainda, de grande relevância (produção de medicamentos). Nos segmentos em que a regulação seria de menor intensidade ainda remanesceria alguma espécie de controle de caráter ambiental, urbanístico ou relacionado a aspectos de vigilância sanitária.

Na *função administrativa prestacional* estariam enquadradas as hipóteses de prestação de serviços públicos ou exploração direta de atividade econômica – sendo que ambas devem observar os limites previstos pela Constituição para sua instituição. Seria possível apontar aqui uma certa sobreposição com a função administrativa regulatória, considerando que a prestação de serviços públicos de forma delegada poderiam ser de alguma forma nela enquadrados. Uma forma de desfazer essa sobreposição é deixar a exploração direta do serviço público por um agente integrante da estrutura do Estado dentro dessa categoria, deixando a delegação a particulares no item anterior.

Já a *função administrativa de controle* estaria voltada à fiscalização e orientação dos órgãos de caráter administrativo. Exerce esse tipo de função administrativa a Controladoria-Geral

da União, que é um órgão cuja especialidade consiste justamente na fiscalização dos demais integrantes da estrutura da União.



**Por fim, importante notar, ainda, que alguns autores indicam que o exercício de função administrativa não é se dá unicamente pelo Estado, mas também pode ocorrer por particulares – a chamada função administrativa não-governamental.** Existem situações em que particulares podem assumir o exercício de prerrogativas estatais. Seria o caso, por exemplo, de uma concessionária de serviço público, que atua em nome do Estado diretamente junto aos particulares. Sustenta-se, ainda, que a própria Ordem dos Advogados do Brasil – OAB exerceria função administrativa, considerando que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que algumas de suas atividades são essencialmente públicas, mas que a entidade não pode ser considerada como integrante do Estado (STF, ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, j. 08.06.2006).

Embora não haja consenso sobre essas hipóteses, é importante dar atenção a essa espécie de atuação administrativa não-governamental, considerando que não é raro verificar diversas situações de colaboração entre particulares e Estado que geram alguma espécie de atribuição da função do segundo ao primeiro. Adicionalmente aos exemplos referidos pela doutrina, também seria possível cogitar o exercício de função administrativa por parte de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPS na gestão de hospitais.

## **REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.**

Pode-se afirmar que o regime jurídico de direito administrativo é o conjunto de normas e princípios que rege o desempenho da função administrativa. O estudo dos princípios gerais que norteiam o desempenho dessa função no direito brasileiro será realizado na próxima Unidade.

Contudo, **é importante destacar dois princípios que, na visão de uma parcela expressiva da doutrina, representam as bases do Direito Administrativo: (i) o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; e (ii) da indisponibilidade do interesse público.** Tais princípios formam o regime jurídico de direito administrativo e, a partir deles, é possível compreender melhor o objeto de estudo desse ramo do direito, que se equilibra entre a presença de prerrogativas em favor da Administração e a necessidade de garantir a observância dos direitos dos administrados.

Percebe-se que, nessa construção, é de fundamental importância a definição do que venha a ser um “interesse público”. Afinal, trata-se do traço comum presente em ambos princípios: por um lado, é o que justifica a sua supremacia sobre os interesses privados e, por outro, é considerado indisponível, sendo de observância obrigatória pelo Administrador. Contudo, a doutrina é bastante dissonante na conceituação desse elemento tão importante, mesmo por se



tratar de um conceito jurídico indeterminado<sup>2</sup>. Nesse sentido, parece ser mais simples iniciar pela indicação do que não pode ser considerado como interesse público.

**O interesse público não se confunde com interesse do Estado, de determinado agente público ou de determinado órgão administrativo, ou seja, não há necessária coincidência entre um interesse estatal e o interesse público.** Imagine-se, como exemplo, a outorga hipotética de uma concessão de serviço público em que o Estado omite dados negativos sobre a atividade, causando uma enorme desproporção entre o valor pago pela outorga e a receita do particular. Em que pese os valores auferidos, sem entrar nas inúmeras discussões que poderiam ser suscitadas, nota-se que certamente haverá degradação do serviço ou mesmo a sua interrupção, decorrente da quebra do concessionário. Outro exemplo, muito comum e sem os exageros do primeiro, é a ausência ou demora no pagamento por dívidas, que engordam o caixa estatal às custas de seus fornecedores outros particulares. A doutrina convencionou reconhecer, em situações como essas, a presença de um "interesse público secundário", nos quais o Estado busca extrair uma vantagem subjetiva da situação, sem que isso represente um proveito para a coletividade.

Afastada a identificação do interesse público com interesses estatais e dos sujeitos que o manejam, é possível buscar uma concepção com base na doutrina, que o compreende como *a dimensão pública dos interesses individuais, enquanto partícipes da Sociedade*. Essa acepção abre espaço para uma evolução que vem sendo observada no Direito Administrativo no que tange à identificação dos interesses públicos pertinentes a um caso concreto. É cada vez mais comum que a Administração seja instada a lidar com conflitos de interesses igualmente relevantes, dotados de legitimidade, muitas vezes provocados por particulares, em uma função de verdadeira mediadora de tais interesses – em detrimento da fixação unilateral de um interesse público pelo agente, a partir de sua interpretação da letra da lei. É o que ocorre, por exemplo, em setores regulados, nos quais as empresas procuram o órgão regulador para fazer valer uma determinada interpretação das normas setoriais, cujas consequências, embora seja benéfica a elas, pode atingir outros agentes setoriais.

Nota-se, portanto, que não é possível falar em "interesse público" uno. Dificilmente há um conflito em que resta patente essa característica em apenas um dos lados. Conforme mencionado acima, o interesse estatal não é equiparado a um interesse público. Além disso, os interesses públicos constituem a exteriorização de interesses privados dotados de alguma relevância social – como, por exemplo, o direito de receber uma indenização por dano causado pelo Estado. Assim, em uma situação em que um particular entende que uma limitação

2 - Para o aprofundamento dos estudos e o contato com um posicionamento ligeiramente distinto do apresentado abaixo, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 55-70.

ambiental ao seu direito de construir é indevida, tem-se um conflito entre o direito de propriedade (cuja proteção é determinada pela constituição) e o direito a um meio ambiente equilibrado. A decisão do caso concreto determinará a prevalência de um ou outro interesse, a partir de suas circunstâncias, o que terminaria por qualificá-lo como “público” – não como uma noção *a priori*, mas sim como resultado de um procedimento de decisório.

**Infelizmente, é notória a grande fluidez do conceito de interesse público, algo que, além de não ser desejável, torna ainda mais complexa a compreensão do tema. Essa fluidez, inclusive, tem sido bastante utilizada pela Administração para justificar atos arbitrários e ilegais, conforme se depreende de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.** O STF já criticou duramente a “invocação de um conceito genérico de interesse público”, sem qualquer base em dados concretos (STF, RE 264.621, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 01.02.2005).

A despeito dessa fluidez do conceito de interesse público, já é possível passar à análise da *supremacia do interesse público sobre o privado*. Basicamente, ela se reflete em prerrogativas destinadas a viabilizar a atuação do Administrador Público na persecução de objetivos de interesse geral. Seu fundamento é relativamente simples: a Administração, até que se prove o contrário, encampa interesses da coletividade, que não podem ser tratados em pé de igualdade com interesses privados. É importante destacar que o vocábulo “supremacia” deve ser compreendido dentro do contexto de equilíbrio que permeia o direito administrativo, ou seja, não pode ser encarado como uma presunção absoluta, mas sim relativa. **Na verdade, a supremacia do interesse público sobre o privado encerra prerrogativas destinadas a conferir uma relação de preferência do primeiro sobre o segundo.**

Tais prerrogativas podem ser alocadas em duas diferentes categorias: (i) privilégios; e (ii) supremacia. **Dentre os privilégios enquadram-se algumas características que marcam a atuação administrativa, como, por exemplo, a presunção de sua veracidade e legitimidade.** Também é possível apontar privilégios mais específicos, como os prazos dilatados para a atuação em processos judiciais, bem como na verificação de eventual prescrição em ações envolvendo interesses da coletividade.

**Já a supremacia se reflete na presença de um “poder extroverso”, que permite a constituição de obrigações unilaterais em relação aos particulares.** É o que ocorre, por exemplo, na aplicação de uma sanção administrativa ou na declaração de utilidade pública de um imóvel que precede uma desapropriação. Não há propriamente um vínculo específico entre o particular e a Administração, mas tão somente a uma espécie de sujeição do primeiro a segunda. Nota-se que o “poder extroverso” nada mais é do que uma decorrência lógica do monopólio do uso da coação, ou seja, da força física, atribuído







ao Estado com o fito de obrigá-los a seguir as determinações emanadas em prol da coletividade.

A conjunção dos privilégios e supremacia gera outros elementos que caracterizam a supremacia do interesse público sobre o privado. **A primeira é a exigibilidade (também referida como auto-executoriedade) dos atos expedidos pela Administração. É por essa razão, por exemplo, que as decisões administrativas não necessitam ser corroboradas pelo Poder Judiciário para serem oponíveis aos particulares.** Uma vez determinada uma providência por uma autoridade administrativa, ela será considerada inexigível apenas quando houver um pronunciamento judicial a respeito, permanecendo válida até esse momento. **A segunda é a chamada autotutela, que torna viável a anulação de atos emanados pela própria Administração Pública, sem a necessidade de recorrer a outros órgãos.**

Como visto no Capítulo anterior, a Administração Pública está adstrita ao exercício de uma função, sendo, portanto, obrigada a exercer essas prerrogativas sempre voltadas ao atendimento da finalidade pública prevista pela norma. **Considerando que o agente público, nesse aspecto, é apenas um tutor do interesse público, é possível afirmar que não há qualquer possibilidade de que ele venha a declinar desse dever, ou seja, de dispor da tutela do interesse que lhe foi conferido. Afirma-se, assim, que o interesse público é indisponível.**

Por exemplo, não se admite que o Administrador Público cobre uma determinada multa com um desconto substancial para evitar um litígio judicial que pode levar anos, mesmo quando demonstrado que a aplicação dos valores no presente seria mais valiosa que a obtenção do valor total no futuro. A disponibilidade do interesse público, mesmo nessa acepção, só pode ocorrer por meio de lei autorizativa. Veja-se, por exemplo, a que a Lei 8.884/94 expressamente autoriza a Procuradoria do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a realizar acordos judiciais (cf. art. 10, inciso IV).

Esse princípio impõe um severo controle sobre a atuação administrativa, ao sujeitá-la à legalidade em sentido estrito – conforme será visto na próxima Unidade. O que é importante verificar no momento é que o Administrador Público não pode se furtar a observar os diversos aspectos que compõem a sua margem de atuação, sob pena de exceder o exercício da função administrativa e, assim, terminar por atuar de forma ilegítima.

## BIBLIOGRAFIA DO CAPÍTULO

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MODESTO, Paulo. "Notas de Introdução ao Direito Administrativo", disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-PAULO%20MODESTO.pdf>

\_\_. "Função Administrativa", disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-PAULO%20MODESTO.pdf>

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

