

EIXO 3 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Disciplina: D 3.3 – Fundamentos do Direito Público (20h)

(Aula 1: Constituição: Aspectos Gerais, Panorama e Princípios da
Administração Pública)

Professores: Eduardo Xavier e Wellington Márcio Kubliskas

6 a 8 de fevereiro de 2012

Painel I



Constituição: Aspectos Gerais, Panorama e Princípios da Administração Pública

Eduardo xavier
Wellington Márcio Kubliskas

I. Introdução



Ponto: Por que o Administrador Público deve conhecer a Constituição Federal?

- *Estado Constitucional de Direito (2ª metade do Século XX):* Estado de Direito fundado nos valores da dignidade da pessoa humana e da proteção aos direitos fundamentais;
- *Constitucionalização da ordem jurídica:* **(a)** previsão dos princípios gerais de todas as matérias na Constituição; e **(b)** irradiação dos valores constitucionais aos mais diversos ramos do direito (civil, penal, processual, etc.);
- *Constitucionalização da Administração Pública:* Previsão dos princípios e regras aplicáveis à Administração Pública no texto da Constituição;
 - Reformulação de determinados “dogmas” do direito administrativo clássico à luz dos parâmetros constitucionais;
 - Fortalecimento do controle sobre a atuação da Administração Pública (inclusive judicial);
 - Democratização da Administração Pública: O cidadão no centro do sistema (participação, fiscalização, etc.);
- *Resposta:* A Constituição Federal deve ser o ‘livro de cabeceira’ do Administrador Público pois atualmente estão previstos no Texto Constitucional as balizas de atuação da Administração Pública (princípios e organização), os direitos e deveres dos cidadãos/sociedade bem como as diretrizes para a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional;

II. Constituição e Constitucionalismo



- Evolução histórica do Constitucionalismo: Formação da Constituição
 - **1ª Fase: Constitucionalismo moderno (séc. XVIII):**
 - *Contexto*: Revoluções do Século XVIII - Limitação do poder real/estatal;
 - *Primeiras manifestações*: Constituições dos EUA (1787) e da França (1791);
 - *Conteúdo*: Normas de organização do Estado + declaração de direitos individuais;
 - *Noção*: Documentos escritos, rígidos e supremos, nos quais se declaram as liberdades e os direitos dos cidadãos e se fixam limites ao poder político;
 - *Estado legal*: Princípio da legalidade – limitação do poder, segurança jurídica e igualdade formal;
 - **2ª Fase: Constitucionalismo social (1ª metade do séc. XX):**
 - Questão social + crise do capitalismo (ex. monopólios) – Necessidade de atuação do Estado;
 - *Primeiras manifestações*: Constituição Mexicana (1917) e Constituição de Weimar (1919);
 - *Conteúdo*: Direitos sociais e ordem econômica;
 - **3ª Fase: Neoconstitucionalismo (2ª metade do séc. XX)**
 - Final da 2ª Guerra Mundial – Redemocratização e reafirmação dos direitos fundamentais;
 - *Primeiras manifestações*: Constituição Italiana (1947) e Lei Fundamental de Bonn (1949);
 - *Características*: **(i)** substituição do Estado Legal pelo Estado Constitucional: constitucionalização da ordem jurídica e consagração da força normativa; **(ii)** valorização dos princípios e dos direitos fundamentais; **(iii)** nova hermenêutica constitucional (princípios e regras hermenêuticas); e **(iv)** fortalecimento da jurisdição constitucional;
 - *Conteúdo*: Princípios constitucionais, direitos fundamentais (3 gerações) e proteção da constituição (Tribunais Constitucionais e cláusulas pétreas);
- Contexto atual: “O Direito contemporâneo é caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas de supremacia formal, mas também de uma supremacia material”.

III. Panorama da Constituição Federal de 1988



- **Preâmbulo:** Não tem força normativa: STF - ADIN n.º 2076-AC;
- **Princípios fundamentais:** (a) princípios; (b) separação dos poderes: independentes e harmônicos (art. 2º); e (c) fundamentos da RFB;
- **Direitos e garantias fundamentais:** (i) direitos e garantias individuais e coletivas (art. 5º); (ii) direitos sociais (art. 6º a 11); (iii) direitos de nacionalidade (art. 12 e 13); e (iv) direitos políticos (art. 14 a 17);
- **Organização do Estado:** (i) organização político-administrativa (União, Estados, Municípios); (ii) intervenção (art. 34 a 36); e (iii) Administração Pública (art. 37 a 42);
- **Organização dos Poderes:** (i) Poder Legislativo e processo legislativo: art. 44 a 75; (ii) Poder Executivo: art. 76 a 91; (iii) Poder Judiciário: art. 92 a 126; (iv) Funções essenciais à justiça (Ministério Público; Advocacia Pública; Advocacia e Defensoria Pública): art. 127 a 135;
 - *Espécies normativas e processo legislativo:* art. 59 a 69;
 - *Instrumentos de proteção:*
 - ✦ (i) cláusulas pétreas (art. 60, § 4º); e
 - ✦ (ii) controle de constitucionalidade (preventivo – CCJ e PR - e repressivo – difuso (art. 52, X) e concentrado (ADIN, ADC, ADPF));
 - *Controle da Administração Pública:* art. 70 a 75;
- **Defesa do Estado e das instituições democráticas:** Estado de defesa e Estado de Sítio;
- **Tributação e orçamento:** art. 145 a 169;
- **Da ordem econômica e financeira:** (i) Princípios da atividade econômica; (ii) política urbana e rural; (iii) sistema financeiro nacional (art. 170 a 192);
- **Da ordem social:** seguridade social (saúde, previdência e assistência), educação, comunicação social, meio ambiente;
- **Disposições constitucionais gerais;**
- **ADCT**

IV. Administração Pública



- **Administração Pública:** “*Conjunto de **pessoas jurídicas, de órgãos públicos e de agentes públicos** (sentido subjetivo) que estão, por lei, incumbidos do poder-dever de exercer a **função ou atividade administrativa**, consistente em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado (sentido objetivo)”.*
- **Função administrativa:** **(a)** serviços públicos; **(b)** poder de polícia; **(c)** fomento; e **(d)** intervenção;
- **Regime jurídico administrativo:** No exercício da função administrativa devem ser considerados dois elementos:
 - Supremacia do interesse público: Prerrogativas da Administração Pública;
 - ✦ *Intervenção na propriedade privada (servidões, ocupações, desapropriação);*
 - ✦ *Revisão dos próprios atos e alteração/rescisão dos contratos administrativos;*
 - Indisponibilidade do interesse público: Sujeições/princípios limitadores da Administração Pública;

V. Constitucionalização da Administração Pública



- **Princípios:** Previsão de princípios constitucionais administrativos (expressos e implícitos);
- **Regras:** Previsão de inúmeras regras aplicáveis à Administração Pública (característica geral + desconfiança com relação ao legislador):
 - Acesso a cargos e empregos públicos (art. 37, II);
 - Estrutura orgânica (art. 37, XIX e XX);
 - Licitações e contratos (art. 37, XXI);
 - Improbidade administrativa (art. 37, §4º);
 - Responsabilidade do Estado (art. 37, § 5º);
- **Paradigmas:** Com a constitucionalização, velhos paradigmas do direito administrativo sofreram modificações nas últimas décadas, visando privilegiar os direitos fundamentais do Administrado:
 - Reconstrução do princípio da “supremacia do interesse público”;
 - ✦ Obrigatoriedade da busca pelo “interesse público primário”;
 - ✦ Necessidade de respeito dos direitos dos Administrados (proibição do excesso);
 - Possibilidade do controle judicial do “mérito administrativo”;
 - ✦ O Poder Judiciário deve respeitar as escolhas discricionárias da Administração, mas pode anular a decisão de mérito se esta violou princípios constitucionais;
 - ✦ STJ, RESP n.º 429570/GO, 2ª t., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22.03.04;
 - Vinculação do agente administrativo à Constituição Federal;
 - ✦ Art. 2º da Lei n.º 9784/99: Respeito à lei e ao direito;

Princípio da Legalidade



- **Distinção entre o princípio da legalidade (art. 5º) e legalidade administrativa (art. 37);**
- **Noção clássica: Princípio da legalidade**
 - ✦ O Administrador está rigidamente preso à lei e sua atuação deve ser confrontada com a lei; Lei como sede única do comportamento administrativo, sua fonte e seu limite (primado da lei formal – “vontade geral”);
 - ✦ *Função de proteção dos direitos individuais → Privilégio da Administração;*
- **Noção atual: Princípio da juridicidade (crise da legalidade):**
 - ✦ A lei em sentido formal não é a única fonte de direito:
 - Fortalecimento de outras fontes normativas: CF, leis, tratados internacionais, MP, decretos autônomos, RI, resoluções normativas (a lei deve ser aplicada à luz das demais fontes normativas que integram o sistema);
 - Generalização do conteúdo da lei: Leis-quadro;
 - Fortalecimento do poder normativo com previsão expressa na Constituição Federal: decretos autônomos, caso do CNJ e agências reguladoras;
 - Poder Regulamentar: **(i)** limites? **(ii)** discricionariedade na expedição?
 - ✦ Legitimidade: Para ser legítima, a lei deve ser adequada à CF do ponto de vista formal e material (leis secundum, praeter e contra constitutionem);
 - Ex.: Adoção à brasileira: legalidade x dignidade/segurança;
- **Princípio da legalidade e controle jurisdicional dos atos discricionários: RE n.º 17.126-51;**

“O princípio da legalidade adquire atualmente uma compreensão mais ampla, significando princípio da constitucionalidade, legitimidade ou juridicidade, de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (Justiça) sobre a literalidade da Lei” (TRF 1ª R., AMS n.º 2000.01.00.082743-2/AP)

Princípio da Impessoalidade



- **Dupla dimensão:**
 - **Finalidade:** (a) a finalidade da atuação administrativa deve ser sempre a satisfação do interesse público (e não seu próprio interesse/interesse de grupo); e (b) dever do agente público de tratar todos os indivíduos de maneira uniforme, sem atribuir privilégios ou desencadear perseguições (salvo em situações excepcionais, quando há um fator de discrimen);
 - **Promoção pessoal:** Vedação à promoção pessoal do Administrador Público (art. 37, § 1º c/c art. 73, VI, b, da Lei n.º 9.504/95);
- **Igualdade x impessoalidade:**
 - **Igualdade (direito):** Todos têm o direito ao tratamento igualitário “na lei” e “perante a lei”;
 - **Impessoalidade (dever):** Proibição imposta ao Administrador Público estabelecer privilégios/perseguições em proveito próprio e/ou de terceiros;
- **Violações ao princípio da impessoalidade:** (a) nepotismo; (b) partidarismo: cargos e benefícios; (c) pessoalidade na edição de atos; (d) promoção pessoal, etc.;
- **Art. 14, § 7º: Inelegibilidade reflexa:** “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição”.

Princípio da Moralidade

- **Noção geral:** Conjunto de regras de conduta que impõem aos agentes públicos o dever geral de boa administração, do qual decorrem, dentre outros, os imperativos de honestidade, atuação vinculada ao interesse público e boa-fé.
 - ✦ “Princípio jurídico em branco”: seu conteúdo não se exaure em comandos definidos na legislação mas na realidade, consoante preceitos éticos sociais que variam em cada caso;
- **Imoralidade: comportamento anti-ético x corrupção;**
- **Comportamento anti-ético:**
 - Código de Ética da Administração Pública Federal (Dec. n.º 1171/94): **(a)** regras deontológicas; **(b)** deveres do servidor; **(c)** vedações;
 - Código de Conduta da Alta Administração Federal + Comissão de Ética Pública (ex. brindes, viagens, declaração de bens; etc.)
- **Corrupção: Art. 317 e 333 do CP;**
- **Imoralidade na Lei:**
- **Pensão vitalícia para ex-governadores e cônjuges: ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12-9-2007)**
- **Exemplos concretos:**
 - ✦ Ação Popular: Art. 5º, LXXXIII da CF;
 - ✦ Art. 37, § 4º c/c Lei n.º 8429/93 (Improbidade) ;
 - ✦ Art. 14, § 9º e 10 c/c LC n.º 135/10 (Ficha Limpa);
 - ✦ Desvio de finalidade: Não é só violação ao princípio da finalidade;
 - ✦ Violação do princípio da confiança legítima (ir contra os próprios atos).
 - ✦ Retardamento ilegal na prática de atos;

Princípio da Publicidade



- **Noção Geral:** Impõe ao servidor público o dever de assegurar a transparência na prática dos atos da AP, que não poderá ocultar do administrado o conhecimento de assuntos que o interessam direta ou indiretamente;
- **Função:** Trata-se de pressuposto essencial para a participação, fiscalização e controle da Administração Pública;
 - ✦ Exceção (Art. 5º, XXXIII): “...ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”;
 - ✦ Leis n.º 8.159/97 e n.º 11.111/05:
 - Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas (Casa Civil);
 - Prazo: 30 anos (mais alto grau de sigilo);
- **Modos de concretização:** (i) diário oficial; (ii) órgãos de comunicação; (iii) sites; (iv) publicidade; etc.
- **Garantias instrumentais:** (a) o direito de informação (art. 5º, XXXIII); (b) direito de certidão (art. 5º, XXXIV, “b”); (c) habeas data (art. 5º, LXXII);
- **Publicidade e Participação:** Marco civil da Internet no Brasil;
- **Publicidade e Transparência:**
 - ✦ <http://www.portaltransparencia.gov.br> (Decreto n.º 5482/05);
 - ✦ Transparência e intimidade: A divulgação dos salários não viola a intimidade (STF, SS 3.902-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, j. 09-06-2011);
- **Publicidade e RDC (Lei n.º 12.462/11):** Divulgação do orçamento estimado após a realização da licitação;

Princípio da Eficiência



- **Reforma do Estado - EC n.º 19/98:** *Impõe à Administração Pública a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, desburocratizada e sempre em busca da qualidade (Princípio da Boa Administração);*
 - *Burocracia/excesso de formalismo;*
 - *Malversação de recursos;*
 - *Falta de planejamento;*
 - *Ineficiência/inépcia;*
- “O objetivo geral é, portanto, transitar de uma Administração Pública burocrática, considerada lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos, para a Administração Gerencial. Esta é inspirada da descentralização política e administrativa, no controle ‘a posteriori’ dos processos administrativos (afastando o controle rígido), para uma Administração voltada ao atendimento do cidadão, em vez de auto-referida, na redução dos níveis hierárquicos, em vez de piramidais” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Reforma do Estado e Administração Pública gerencial, 3ª ed., Rio de Janeiro, FGV, 1999, p. 240-243).*
- **Dimensões:**
 - *Agentes Públicos: Busca pela produtividade e pela excelência no desempenho de suas funções (avaliação de desempenho para a aquisição de estabilidade; possibilidade de perda do cargo; escolas de governo, etc);*
 - *Organização Administrativa: Maior racionalização na organização administrativa (ex. contratos de gestão (art. 37, §8º);*
 - *Participação do cidadão (art. 37, § 3º) e razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII);*

Princípio da Razoabilidade/Proporcionalidade



- **Noção geral:** Busca da adequação entre meios e fins;
- **Principal aplicação:** **(a)** controle de constitucionalidade de leis e atos normativos; e **(b)** controle da discricionariedade dos atos administrativos
- **Crterios de aplicao:**
 - *Adequao: Verificao da adequao do ato aos fins que se pretende;*
 - *Necessidade: Verificao se no h outros meios menos gravosos para a obteno da finalidade buscada;*
 - *Proporcionalidade em sentido estrito: Sendo o ato adequado e necessrio, ele deve ser praticado de forma proporcional, cuidadosa, etc.*

VI. Seminário: Súmula Vinculante n.º13



“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”

Histórico:

- **Papas:** *Nepote (sobrinho) + ismo (prática); Carta de Pero Vaz Caminha; Art. 38 da Lei de 10/10/1828;*
- **CNJ:** *Edita a Resolução n.º 07/05, que disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e servidores do Poder Judiciário (Resolução do Nepotismo);*
 - ✦ Explícita, de modo não exaustivo, as condutas que caracterizam nepotismo no âmbito do Poder Judiciário;
 - ✦ Descreve o nepotismo como prática ilícita e veda-lo no âmbito do Poder Judiciário;
 - ✦ Assinala prazo para a exoneração dos atuais ocupantes de cargos enquadrados na Resolução n.º 07/05;
- **Carta de Maceió e Mandados de Segurança no RJ, MG e MS contra a resolução;**
- **AMB:** *Ajuizamento da ADC n.º 12/DF*
 - ✦ A vedação do nepotismo é regra constitucional que decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas;
 - ✦ O Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a Constituição;
- **16/02/2006:** Julgada a Medida Cautelar;
- **20/08/2008:** Julgado o Mérito e estendida a vedação ao nepotismo aos outros poderes (RE n.º 579.951-4);

Argumentos/Questões:

- Desnecessidade de lei em sentido formal para vedar a prática do nepotismo (vinculação do Poder Público à juridicidade);
- Eficácia direta dos princípios constitucionais da Administração Pública (autoaplicabilidade);
- Vedação ao nepotismo como concretização dos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência administrativas;
- CNJ e poderes implícitos (McCulloch x Maryland);
- Nepotismo e cargos políticos: Não aplicação da resolução (ex. Governador e Secretário);
 - ✦ Rcl 6.650-MC-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 16-10-2008;

QUESTÃO DE DEBATE:



Os agentes públicos podem deixar de cumprir uma lei por eles considerada inconstitucional em vista dos princípios da Administração Pública? (“controle político repressivo da constitucionalidade das leis”)