

Direito Administrativo I:

Ponto 5: Poderes da Administração Pública



PROF. DR. GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)
São Paulo (SP), abril de 2017.

Sumário de aula

1. Poder Estatal ou Poder Político, função administrativa e poderes administrativos

- I. Finalidade e instrumentalidade dos poderes administrativos
- II. O sentido de “poder dever” e de “dever-poder”

2. Poder Hierárquico

3. Poder Normativo

- I. Especificidades do “poder regulamentar”
 - a) Limites do poder regulamentar
 - b) A figura do “regulamento autônomo”
 - c) Ministros e Poder Regulamentar

4. Poder Disciplinar

5. Caso prático

1. Poder Estatal ou Poder Político, função administrativa e poderes administrativos

Conforme apontado por OLIVEIRA (p. 255), a expressão “poder” possui dois sentidos:

- **PODER ORGÂNICO**: centro de imputação do Poder Estatal (Poderes Executivos, Legislativo e Judiciário)
- **PODER FUNCIONAL**: modo de exercer a função administrativa (poderes normativos, administrativos e jurisdicionais)

Relembrar o conceito de “*função administrativa*”

Função administrativa é “a atividade estatal que: coadjuva as instituições políticas de cúpula no exercício da atividade de governo; organiza a realização das finalidades públicas postas pelas instituições políticas de cúpula; produz serviços, bens e utilidades para a população.” (MEDAUAR - Aula 1).

1. Poder Estatal ou Poder Político, função administrativa e poderes administrativos

➤ Os poderes administrativos se subdividem em 03 (três) espécies de poderes:

PODERES ADMINISTRATIVOS

- i. Poder **Hierárquico**;
- ii. Poder **Normativo-regulamentar**;
- iii. Poder **Disciplinar**;

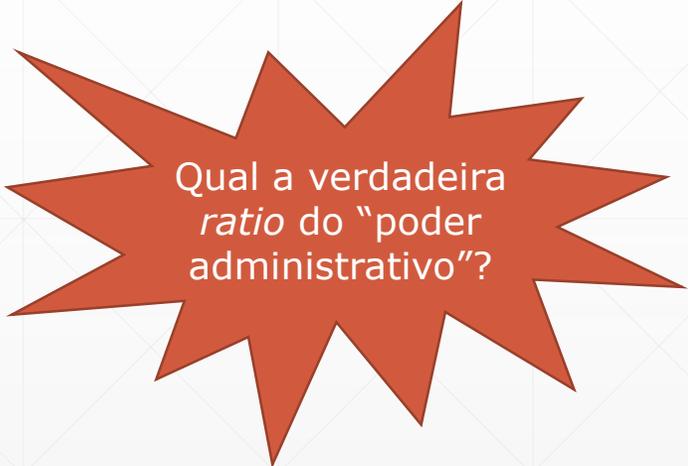
1. Poder Estatal ou Poder Político, função administrativa e poderes administrativos

I. Finalidade e instrumentalidade dos poderes administrativos

"Os poderes administrativos são **prerrogativas instrumentais** que devem ser exercidas para o **atendimento das finalidades estatais.**" (OLIVEIRA, 253)

II. O sentido de "poder-dever" e de "dever-poder"

- "**Poder**" administrativo?
- "**Poder-dever**" administrativo?
- "**Dever-poder**" administrativo?



Qual a verdadeira *ratio* do "poder administrativo"?

1. Poder Estatal ou Poder Político, função administrativa e poderes administrativos

II. O sentido de "poder-dever" e de "dever-poder"

No exercício da função administrativa **"o exercício do poder não é livre, mas, pela impossibilidade de separá-lo de um fim, apresenta-se inevitavelmente condicionado a requisitos que justificam a atuação e orientam seu concreto desenvolvimento. Na função, o dever surge como elemento ínsito ao poder, e desse modo a Administração concretiza, na sua atuação, o poder conferido pela norma, para **atendimento de um fim.**"** (MEDAUAR, 2014, p. 126)

Independentemente da terminologia adotada – “poder” (MEDAUAR), “poder-dever” (DI PIETRO), “dever-poder” (BANDEIRA DE MELLO) – os poderes administrativos se caracterizam por serem:

- **Irrenunciáveis**;
- **Indisponíveis**;
- Inerentes ao atingimento de uma **finalidade pública**;
- Exercidos somente em **consonância** à finalidade pública à ele inerente.

2. Poder Hierárquico



* Estrutura hierárquica básica da União, de acordo com a Lei Federal nº 10.683/2003

➤ Hierarquia:

“modelo de **organização vertical** da Administração Pública, através do qual se estabelece um vínculo jurídico entre uma pluralidade de órgãos da mesma pessoa coletiva, conferindo-se a **um deles competência para dispor da vontade decisória de todos os restantes**, os quais se encontram adstritos a um dever legal de obediência” (OTERO, 2003, pp. 76,77)

➤ No seio da hierarquia, o hierarca tem **poder de ingerência** sobre a própria **formação da vontade administrativa**.

2. Poder Hierárquico

"[H]á hierarquia em **toda e qualquer desconcentração administrativa**, seja entre órgãos da Administração Direta, seja no interior de determinada entidade da Administração Indireta." (OLIVEIRA, 284)

➤ Prerrogativas:

Prerrogativas do Hierarca

- i. Dar **ordens**
- ii. **Controlar ou fiscalizar**
- iii. **Alterar competências (avocar, delegar)**
- iv. **Rever atos**
- v. **Resolver conflitos de atribuições**
- vi. **Exercer o poder disciplinar**

➤ Hierarquia **X** Supervisão / Vinculação / Tutela

3. Poder Normativo

"A competência normativa é o poder de produzir normas que geram comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva." (JUSTEN FILHO, p. 231)



"Competência normativa é gênero, que indica em termos amplos o poder de produzir qualquer norma jurídica" (JUSTEN FILHO)

→ "Nem todas as normas jurídicas são produzidas por meio de lei" (JUSTEN FILHO, p. 231)

3. Poder Normativo

➤ Espécies de atos normativos

*"Segundo a lição de Miguel Reale, podem-se dividir os atos normativos em **originários** e **derivados**. 'Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo'; compreende os atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos **derivados** têm por objeto a 'explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da práxis'."*
(DI PIETRO, p. 91)

Função Legislativa → Competência normativa originária:

- Leis

Função Administrativa → Competência normativa derivada:

- Decretos;
- Regulamentos;
- Regimentos;
- Resoluções;
- Deliberações;
- Contratos.

Função Jurisdicional → Competência normativa derivada:

- Sentenças, decisões etc.

3. Poder Normativo

- Poder Normativo **X** Poder Regulamentar
- Conceito de Poder Regulamentar

"A atividade regulamentar constitui um atributo próprio, **inerente ao exercício da atividade administrativa**, em caráter majoritariamente conferida ao poder executivo" (FERRAZ, p. 108) dessa forma "o poder regulamentar destina-se a **explicitar o teor das leis**, preparando sua execução, **complementando-as, se for o caso.**" (MEDAUAR, p. 134)

Por ser "uma das **formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo**" (DI PIETRO, p. 125), "a Administração detém a faculdade de emitir normas para **disciplinar matérias não privativas de lei**". (MEDAUAR, p. 135)

3. Poder Normativo

I. Especificidades do "poder regulamentar"

➤ Art. 84, IV, da Constituição Federal

Art. 84. Compete **privativamente** ao Presidente da República:
(...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**; (...)

CARACTERÍSTICAS

- i. Competência privativa do chefe do Poder Executivo;
- ii. Envolve a edição de normas gerais para o fiel cumprimento da lei;
- iii. Conteúdo político;

3. Poder Normativo

1. Especificidades do "poder regulamentar"

- **SUJEIÇÃO ESPECIAL:** em tais circunstâncias, "o princípio da legalidade é aplicado de forma mais **flexível**, abrindo-se a possibilidade para edição de regulamentos administrativos, na ausência da lei, em situações excepcionais, com **fundamento direto na Constituição**" (OLIVEIRA, p. 259)
- Regulamento Executivo **X** Regulamento Autônomo

a) Limites do poder regulamentar

- Não pode substituir a função legislativa (criar ou modificar leis);
- Não pode dispor além do permitido em lei;
- Não pode restringir o permitido em lei.

3. Poder Normativo

I. Especificidades do “poder regulamentar”

b) A figura do regulamento autônomo

“Importante realçar que o regulamento de que estamos tratando não é um ato de execução serviço da lei, mas um **meio para se chegar plenamente a essa execução**. (...) [S]ua finalidade é a **execução do conteúdo da lei, e não de seu limite formal**. Pode por isso conter norma nova, desde que não contrarie a ordem legal vigente e seja necessária à plena execução do diploma regulamentado. (...) [E]m relação à lei, *stricto sensu*, deverá ele guardar uma **relação de compatibilidade, e não de mera conformidade**.” (FERRAZ, pp. 117, 118)

X

“No direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, IV, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, **só existe o regulamento de execução**, hierarquicamente subordinado a uma lei prévia, sendo ato de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.” (DI PIETRO, 127)

3. Poder Normativo

1. Especificidades do “poder regulamentar”

b) A figura do regulamento autônomo

- Tem sentido a dicotomia entre Regulamento Executivo e Regulamento Autônomo?

*“**Não se pode admitir que o papel de criação do Direito seja tarefa exclusiva do legislador** que, por limitações humanas, não possui o poder divino de prever genericamente todas as soluções para a sociedade. Assim como se superou a ideia criada por Montesquieu de que o juiz seria apenas a boca que pronunciava a vontade da lei, deve-se superar a noção de uma Administração Pública meramente executora e mecanizada. (...) [A]o editar regulamentos considerados tradicionalmente como “executivos”, **o administrador, com intensidades variadas, está criando o Direito.** Se o regulamento executivo não tivesse nenhum caráter inovador, sua existência seria desnecessária, uma vez que a lei já poderia ser aplicada prontamente pelo Executivo.”* (OLIVEIRA, pp. 262, 263)

↳ Lembrar que “administrar é também criar, a partir das leis” (SUNDFELD – Aula 1)

3. Poder Normativo

I. Especificidades do "poder regulamentar"

c) Ministros e poder regulamentar

➤ **Art. 87, §ú, II, da Constituição Federal**

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. **Compete ao Ministro de Estado**, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

(...)

IV - **praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem** outorgadas ou **delegadas** pelo Presidente da República.

➤ **Decreto-lei nº 200/1967**

Art. 11. A delegação de competência será utilizada como **instrumento de descentralização administrativa**, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender.

Art. 12 . É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal **delegar competência para a prática de atos administrativos**, conforme se dispuser em regulamento.

3. Poder Normativo

1. Especificidades do "poder regulamentar"

c) Ministros e poder regulamentar

Ministros possuem "poder regulamentar"?

CASO PARADIGMÁTICO:

A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, **possui inquestionável extração constitucional**, de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis reflete, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "*ope constitutionis*", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União (...).

Cumpra assinalar, ainda, que o mecanismo extraordinário da delegação legislativa em sentido externo tem por específica função jurídica a transferência, ao Poder Executivo, do exercício típico de uma determinada prerrogativa de caráter normativo, que se submete, ordinariamente, ao domínio institucional das atividades parlamentares. (...) Não foi esse, porém, o efeito que o legislador ordinário visou com a regra ora impugnada (...) **As instruções regulamentares pertinentes ao tema versado no preceito legal em questão, se e quando emanarem do Ministro da Fazenda, qualificar-se-ão como regulamentos executivos**, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação destinam (...).

(STF, MC na ADIN nº 1075/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 17.06.1998, DJU 24.11.2006)

→ "*O regulamento constitui ato administrativo, e não concretização de uma delegação legislativa*"
(FERRAZ, p. 116)

4. Poder Disciplinar

"O poder disciplinar (...) é **atividade administrativa**, regida pelo direito administrativo, segundo normas de processo administrativo; visa à **punição de condutas** qualificadas em estatutos ou leis administrativas como infrações ou ilícitos; tem a finalidade de preservar, de modo imediato, a **ordem interna** do serviço, para que as atividades do órgão possam ser realizadas sem perturbação, dentro da legalidade e da lisura." (MEDAUAR, p. 136)

- Possui "objetivo de **apurar e punir faltas funcionais**, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos." (MEDAUAR, p.135)

Qual sua abrangência ?

O poder disciplinar incide sobre servidores e demais cidadãos submetidos, em grau de sujeição especial, à Administração Pública (exemplo: **alunos de escolas e faculdades públicas**)

"Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração" (DI PIETRO, p. 128)

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público **é OBRIGADA a promover a sua apuração imediata**, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa. (Lei Federal nº 8.112/1990)

5. Caso prático

Em 25.05.2007, a Assembleia do Estado de São Paulo promulgou, após veto do i. Senhor Governador do Estado, Lei Estadual nº 12.623, que visa a regulamentar o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias no Estado de São Paulo.

Irresignado, após a derrubada do veto oposto ao projeto de lei aprovado pela Assembleia Legislativa, o i. Governador do Estado ingressou com ADI perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4.093/SP), apontando, em síntese: **(i)** a invasão de competência federal para editar normas gerais de proteção e defesa à saúde, **(ii)** a existência, no âmbito federal, de norma regulamentar da matéria – que restringe a comercialização, em farmácias, às drogas, medicamentos e insumos farmacêuticos –, e **(iii)** que a Assembleia, ao permitir a comercialização de todo e qualquer produto, em farmácias, teria extrapolado sua competência suplementar, inovando no ordenamento jurídico.

Recebida a ADI, pela i. Min. Ellen Gracie, foi a ANVISA notificada a prestar informações acerca da regulamentação federal do setor. Ato contínuo, foi solicitada manifestação da i. Procuradoria Geral da República.

De ambas as manifestações, advém novo argumento contrário à Lei Estadual nº 12.623/2007: **por violar normas regulamentares do setor, elaboradas pela ANVISA em consonância com sua discricionariedade técnica, e em decorrência de suas competências outorgadas pela legislação nacional**, referida lei seria inconstitucional.

5. Caso prático

Em breve síntese, argui a ANVISA que “a legislação estadual ou municipal, bem como decisões judiciais, que permitem a comercialização de mercadorias em geral em farmácias e drogarias, não apenas **contraria** a Lei Federal nº 5.991, de 1973, como também **a Lei de Criação da ANVISA (...), que lhe atribuiu competência para regular a matéria, no âmbito de sua discricionariedade técnica (...)**”. Dessa forma, na medida em que a Lei Estadual teria substituído – e não suplementado – as regras federais que dispõe sobre o tema de maneira abrangente (outorgando competência para a Agência regulá-lo no âmbito de sua discricionariedade), a Lei Estadual nº 12.623/2007 padeceria de inconstitucionalidade.

A ADI foi julgada improcedente em 24.09.2014.

Principais argumentos para a improcedência da ação:

- “A competência dos Estados para legislar sobre a proteção e defesa da saúde é concorrente à União”.
- “Às agências reguladoras não compete legislar, e sim promover a normatização dos setores cuja regulação lhes foi legalmente incumbida.”
- “A abertura ou indeterminação dos conceitos empregados nos textos normativos não pode ser interpretada como atribuição ilimitada de competências discricionárias, sob pena de elevar o agente regulador à condição de superego da sociedade”

5. Caso prático

- “No domínio da regulação setorial, a edição de ato normativo geral e abstrato (poder normativo) destina-se à especificação de direitos e obrigações dos particulares. Não permite a Constituição, no entanto, lhes seja emprestada força legislativa suficiente para criá-los ou extingui-los.”
- “Sendo uma das justificativas centrais para a emergência da regulação setorial por agências independentes o elevado grau de segurança jurídica exigido pela complexidade das relações sociais no mundo contemporâneo, admitir alto grau de discricionariedade do agente regulador ou baixa vinculação da regulação aos limites impostos pela lei contraria a sua própria finalidade institucional, passando as agências reguladoras, de agentes estabilizadores a fatores de instabilidade jurídica.”

QUESTIONA-SE:

Considerando os limites do poder normativo-regulamentar do Estado, bem como sua delegabilidade, é correto o posicionamento defendido pela ANVISA e pela PGR?

Referências

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ, Sergio. *3 Estudos de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 5ª.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.
