

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
FABRÍCIO MOTTA

COORDENADORES

O DIREITO
ADMINISTRATIVO
NOS 30 ANOS
DA CONSTITUIÇÃO



FÓRUM

A Constituição da República de 1988 dedicou ao Direito Administrativo e à Administração Pública largo espaço consistente em normas que, muitas vezes, são dotadas de plena aplicabilidade. Ao longo dos 30 anos de vigência da Constituição, muitas foram as transformações nos institutos clássicos do Direito Administrativo que, concebidos com forte influência do chamado sistema continental, passaram a conviver com inovações variadas – algumas inspiradas no sistema anglo-americano, outras em reformas constitucionais e outras tantas propugnadas pela doutrina com o intuito de conferir plena eficácia à Carta e também à centralidade do cidadão nas relações jurídico-administrativas. Esta obra contém textos dedicados à análise das mutações sofridas por temas centrais do Direito Administrativo após o advento da Constituição Federal.

Coordenadores

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Fabrício Motta

O DIREITO
ADMINISTRATIVO
NOS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO

Prefácio

Guilherme Guimarães Feliciano

Área específica

DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins

DIREITO CONSTITUCIONAL.

Público-alvo/consumidores

PROFISSIONAL. ACADÊMICOS DE
DIREITO. PÓS-GRADUAÇÃO.

FORMATO: 17 × 24 cm

CÓDIGO: 10001469

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

D597 O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição / Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

383p.; 17 cm x 24 cm

ISBN: 978-85-450-0558-2

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. 3. Constituição Federal de 1988. I. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. II. Motta, Fabrício. III. Título.

CDD 341.3

CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 383p. ISBN 978-85-450-0558-2.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro é Professora Titular de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo (USP) (aposentada).

Fabrício Motta é Professor Adjunto da Universidade Federal de Goiás (UFG). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Procurador do Ministério Público de Contas (MPC TCM/GO).

INTRODUÇÃO

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Fabrício Motta	13
1 O Direito Administrativo brasileiro	13
2 Transformações do Direito Administrativo brasileiro	14
2.1 Da licitação	17
2.2 Função social da propriedade	18
2.3 Princípio da publicidade	18
2.4 Constitucionalização dos princípios.....	19
2.5 Proteção dos interesses coletivos	22
2.6 Valorização dos direitos individuais: reflexos no Direito Administrativo	22
2.7 Alterações no regime estatutário dos servidores públicos.....	23
2.8 Fortalecimento da atividade de regulação e movimento de criação de agências para o exercício dessa função	24
3 Considerações finais	25

O CONTEÚDO EIDÉTICO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Valmir Pontes Filho	27
----------------------------------	----

A SOBREVIVÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO ABALIZADO POR NOVOS PRINCÍPIOS

Dinorá Adelaide Musetti Grotti	41
1 Introdução	41
2 Recepção, em forma expressa, da categoria de serviço público. Os sentidos de “serviço público” extraíveis da Constituição Federal de 1988	42
3 A jurisprudência do STF e o conceito de serviço público	50
4 Conclusões	57
Referências.....	58

ADMINISTRAÇÃO CONTEMPORÂNEA: TRÊS LINHAS DE TRANSFORMAÇÃO DO PODER DE POLÍCIA

Bernardo Strobel Guimarães	61
1 Antes de mais nada.....	61
2 A hipótese: o poder de polícia já não é como era antigamente	61
3 O poder de polícia como categoria originária do Direito Administrativo e sua força simbólica como núcleo duro da disciplina	64
4 Fundamentos implícitos do poder de polícia: o axioma do Estado plenipotenciário.....	65
5 Ampliação da complexidade e a superação da legalidade à moda liberal.....	66
6 Emergência das soluções consensuais em detrimento das vias de autoridade	67
7 Compartilhamento das responsabilidades de garantia entre Estado e particulares.	68
8 Conclusão.....	69

TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Eurico Bitencourt Neto	71
1 Considerações iniciais.....	71
2 Grandes linhas de transformação da organização administrativa contemporânea..	74
3 Parâmetros da organização administrativa na Constituição de 1988.....	78
3.1 A vinculação da organização administrativa à juridicidade	78
3.2 A pluralidade material interna.....	79
3.3 A consideração de órgãos públicos como centros de imputação dotados de capacidade jurídica parcial	80
3.4 A administração concertada	84
3.5 A organização administrativa em rede	89

4	Consideração final.....	91
	Referências.....	92
PANORAMA DOS PROGRAMAS BRASILEIROS DE PRIVATIZAÇÃO: TRINTA ANOS DEPOIS DA CONSTITUIÇÃO		
	Luciano Ferraz, Thiago Ferreira Almeida	97
1	Introdução	97
2	Planos brasileiros de desestatização	99
3	Conclusão	103
	Referências	104
ADMISSÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS COMO VERDADEIRAS EMPRESAS. CONSAGRAÇÃO DE UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EMPRESARIAL		
	Rafael Wallbach Schwind	107
1	Introdução	107
2	A adoção do modelo empresarial pelo Estado	107
2.1	O fenômeno da empresa	108
2.2	Empresa e atividades estatais.....	109
2.3	O modelo empresarial como técnica de ação estatal.....	109
2.4	Os objetivos buscados com a adoção do modelo empresarial pelo Estado.....	109
3	As empresas estatais como modelo de despublicização	110
3.1	O pensamento da doutrina	110
3.2	A identificação de uma “Administração Pública empresarial”	113
3.3	A legitimidade da aplicação da racionalidade empresarial pelo Estado.....	114
4	Revisitando alguns temas a propósito das empresas estatais	117
4.1	O regime jurídico das empresas estatais.....	117
4.2	A incidência dos princípios que regem a Administração Pública adaptada à realidade empresarial	120
4.3	Licitações nas empresas estatais	121
4.4	Controle sobre as empresas estatais	122
5	Conclusões	123
	Referências	123
PARCERIAS COM O TERCEIRO SETOR NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988		
	Fernando Borges Mânica	125
1	Introdução	125
2	Premissas históricas para a compreensão das parcerias com o terceiro setor no Brasil.....	126
3	O microsistema jurídico das parcerias com o terceiro setor.....	128
3.1	Convênios	131
3.2	Contrato de gestão com Organizações Sociais.....	131
3.3	Termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIPs	133
3.4	Termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação.....	134
4	Linhas de transformação de parcerias com o terceiro setor no Brasil: pressupostos, avanços, controvérsias, desafios e riscos	136
4.1	Pressupostos: parcerias com o terceiro setor possuem natureza contratual, mas não atraem a incidência da Lei nº 8.666/93	138
4.2	Avanços: a celebração de parcerias com o terceiro setor exige planejamento e processo formal de escolha da entidade parceira.....	139
4.3	Controvérsias: a prestação de contas das parcerias deve ocorrer nos termos da respectiva lei e instrumento de ajuste	140
4.4	Desafios: a execução de parcerias com o terceiro setor exige transparência e monitoramento pelo Poder Público parceiro	142
4.5	Riscos: parcerias possuem força vinculante e a entidade parceira possui autonomia de gestão, não podendo ser responsabilizada por débitos decorrentes do descumprimento da programação financeira pelo Poder Público.....	143
5	Conclusões	144
	Referências	145

TEORIA (NEO)CONSTITUCIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Ricardo Marcondes Martins	147
1 Introdução	147
2 A teoria do ato administrativo em outubro de 1988	148
3 Revisão neoconstitucional do ato administrativo	153
4 Procedimento de decisão administrativa e pressupostos de regularidade	156
5 Revisão do “ato discricionário”	158
6 Correção do ato administrativo inválido.....	159
7 O mito da administração concertada	162
8 O sepultamento dos atos da Administração	164
9 O sepultamento dos atos políticos ou de governo	165
Referências	166

LICITAÇÕES: NOVAS LEIS, VELHOS PROBLEMAS

Edgar Guimarães	169
1 Introdução	169
2 Alterações promovidas na disciplina infraconstitucional das contratações públicas.....	170
3 Velhos problemas das contratações públicas brasileiras.....	177
4 Conclusões	185
Referências.....	186

IMPACTO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NA COMPREENSÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Fernando Menezes de Almeida	189
1 Apresentação	189
2 O efeito expansivo da Constituição por meio dos direitos fundamentais.....	189
3 O efeito expansivo da Constituição por meio da abrangência temática.....	190
4 Contrato administrativo no Direito Constitucional vigente.....	191
5 Tendência de valorização da atuação consensual da Administração e de respeito aos compromissos contratuais	193
Referências.....	195

CONTRATO ESTATAL

Joel de Menezes Niebuhr, Pedro de Menezes Niebuhr	197
1 O fracasso do contrato administrativo.....	197
2 Contrato estatal.....	201
3 O contrato estatal é próprio para todos os tipos de estatais	205
4 O regulamento de licitações e contratos das estatais não pode desfazer o regime jurídico do contrato estatal	208

UM OLHAR HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL SOBRE AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: SURGIMENTO E INCENTIVO

Cristiana Fortini, Gabriel Fajardo	213
1 Introdução	213
2 Concessão de serviços públicos – uma análise histórico-constitucional da Lei nº 8.987/95	214
3 As parcerias público-privadas da Lei nº 11.079/04: novas modelagens para antigos problemas.....	216
3.1 A Lei nº 13.529/17 – a participação da União para estruturação e incentivo às PPPs	219
4 A Lei nº 13.334/16 – o fomento das parcerias público-privadas <i>lato sensu</i>	220
5 A Lei nº 13.448/17 – prorrogação e relicitação dos contratos de parceria. Ponto de avanço?	223
6 Considerações finais	225
Referências	225

NEGOCIAÇÃO PROBA NA ESFERA ADMINISTRATIVA: DEVER CONSTITUCIONAL DE PROMOÇÃO DA SOCIEDADE PACÍFICA

Juarez Freitas	227
1 Introdução	227

2	Constituição, negociação proba e o objetivo da sociedade pacífica.....	228
3	Conclusões	235

ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E CONTROLE EXTERNO

Cesar Pereira.....		237
1	Introdução	237
2	Arbitrabilidade subjetiva	238
3	Arbitrabilidade objetiva	239
3.1	Patrimonialidade dos direitos	240
3.2	Disponibilidade dos direitos	241
3.2.1	Disponibilidade do meio de solução dos conflitos	241
3.2.2	Os limites (e a insuficiência) da noção de indisponibilidade do interesse público ...	242
3.2.3	Reconhecimento da disponibilidade	243
3.2.4	A evolução da jurisprudência	244
3.3	O cabimento da arbitragem em face de atos de autoridade	246
3.4	Distinções necessárias: arbitrabilidade, escopo da convenção e sindicabilidade.....	247
3.4.1	Arbitrabilidade	247
3.4.2	Escopo da convenção de arbitragem	247
3.4.3	Sindicabilidade	248
4	Previsões legais específicas.....	249
4.1	O Decreto-Lei nº 2.300	249
4.2	Leis dos setores regulados	249
4.3	Concessões e PPPs.....	249
4.4	Definição legal de litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis.....	250
4.5	O sistema de arbitragem obrigatória (necessária)	251
4.6	Atos normativos complementares	251
4.7	A arbitragem na Lei de Relicitação (Lei nº 13.448).....	252
5	Publicidade.....	253
6	Função administrativa e arbitragem	254
6.1	Arbitragem e regulação.....	255
6.2	Arbitragem e normas de ordem pública.....	256
7	Arbitragem, Administração Pública e Poder Judiciário	256
7.1	Descabimento da autotutela (Súmula STF nº 473)	257
7.2	Arbitragem e processo administrativo.....	258
7.3	Escolha da instituição pela Administração Pública	259
8	Arbitragem e controle externo	262
8.1	Limites da atuação do controle externo	262
8.2	A resistência inicial	262
8.3	Controle externo e o princípio da competência-competência	263
8.4	Evolução da orientação: controle da conduta prévia e posterior à arbitragem	263
8.5	O controle externo e a Lei da Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655).....	264
8.6	Preservação do agente público honesto e o art. 40 da Lei nº 13.140	264
9	Conclusão.....	265

COMPLIANCE E A LÓGICA DO CONTROLE INTERNO PREVISTA NO ARTIGO 70 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: TRINTA ANOS DE ATUALIDADE

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Mirela Miró Ziliotto.....		267
1	Introdução	267
2	Sistema de controle interno	268
2.1	Sistema de controle interno na Administração Pública.....	270
2.2	As estruturas do sistema de controle interno: <i>compliance</i> , controle interno e auditoria interna.....	273
3	A importância de um sistema de controle interno eficiente e os programas de <i>compliance</i>	275
3.1	A evolução dos programas de <i>compliance</i> na Administração Pública	276
3.2	O sistema de controle interno como instrumento de resposta ao risco e a importância de uma efetiva área de <i>compliance</i>	277

4	Conclusão	279
	Referências.....	280
É POSSÍVEL SUPERAR O CLIENTELISMO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO BRASIL? ARGUMENTOS JURÍDICOS E SUGESTÕES PARA LIMITAR A CRIAÇÃO E O PROVIMENTO ABUSIVO DE CARGOS PÚBLICOS EM COMISSÃO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988		
	Paulo Modesto	283
1	A Constituição de 1988, o princípio republicano e o clientelismo administrativo: breve panorama de situações típicas.....	283
2	A Emenda Constitucional nº 19/1998 e a instituição de limitação material para a criação e provimento de cargos em comissão: avanço insuficiente	298
3	Limites jurídicos formais e materiais adicionais de invocação cabível: sugestões legislativas	302
4	Conclusão.....	315
BENS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: REPARTIÇÃO FEDERATIVA, MONOPOLIZAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO		
	Thiago Marrara	317
1	Introdução	317
2	Breve histórico constitucional	318
3	A disciplina dos bens na Constituição de 1988.....	319
4	Bens federais	320
5	Bens estaduais.....	326
6	Bens municipais.....	328
7	A Constituição, os bens reservados e os monopólios	329
8	A Constituição e a necessária revisão da teoria dos bens	331
9	Conclusão.....	332
TRANSFORMAÇÕES E DELIMITAÇÕES DO SENTIDO DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO		
	Irene Patrícia Nohara	335
1	Considerações introdutórias.....	335
2	Histórico constitucional da responsabilidade do Estado	336
3	Delimitação da responsabilidade do Estado na Constituição de 1988	338
4	Transformações do alcance da responsabilidade do Estado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores nos 30 anos	339
5	Conclusões	345
	Referências.....	347
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: O ART. 37, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI Nº 8.429/92		
	Wallace Paiva Martins Junior	349
1	Introdução	349
2	Direito brasileiro anterior.....	354
3	Moralidade, probidade e improbidade.....	355
4	Autonomia do princípio da moralidade	361
5	O §4º do art. 37 da Constituição e a Lei nº 8.429/92.....	362
5.1	Agentes políticos e pessoas jurídicas de Direito Privado.....	363
5.2	Marcos da prescrição	365
5.3	Aplicação das sanções e proporcionalidade.....	366
5.4	Improbidade, ilegalidade e irregularidade	368
6	Conexão com a Lei Ficha Limpa	369
7	A Lei Anticorrupção Empresarial	373
7.1	Responsabilidade de pessoas físicas.....	375
7.2	Comparações e exclusões.....	375
	SOBRE OS AUTORES.....	381