

APOSTILA DE

DIREITO ADMINISTRATIVO

PARTE I

Prof. José Lima Santana (UFS)

Conteúdo Programático

1. Origem, Evolução Histórica, Objeto e Conceito do Direito Administrativo
2. Fontes do Direito Administrativo
3. Princípios do Direito Administrativo Brasileiro
4. Administração Pública
5. Poderes Administrativos
6. Limitações ao Direito de Propriedade
7. Ato Administrativo

1 ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA, OBJETO E CONCEITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 Origem e Evolução Histórica

1.1.1 Aspectos gerais

Como é deve ser sabido por todos que se iniciam no estudo do Direito Administrativo, “o Direito é um conjunto de normas – princípios e regras dotados de coercibilidade, que disciplinam a vida social” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 27).

A árvore jurídica divide-se em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. Tal divisão já era feita pelos romanos. ULPIANO ensina que “o Direito Público diz respeito às coisas do Estado, [enquanto] o Privado [concerne] à utilidade dos particulares” (*Apud* FRANCO MONTORO, 2008, p. 455).

O critério romano é o da *utilidade*, ou *interesse*, visado pela norma jurídica. Contudo, não se configura como um critério perfeito. Com o tempo, “os antigos canonistas até SAVIGNY, modernamente, procuraram solucionar o problema acrescentando o adjetivo ‘preponderante’ ao critério da utilidade” (MONTORO, 2008, p. 456). Logo, seria de Direito Público a norma que tinha em vista o interesse preponderante do Estado; e seria de Direito Privado, a que visasse, sobretudo, ao interesse particular.

Há duas maneiras complementares de distinguir o Direito em Público e Privado: quanto ao *conteúdo* e quanto à *forma da relação*, segundo o magistério de MIGUEL REALE, dentre outros (2002, p. 341).

Quanto ao *conteúdo*, ou *objeto da relação jurídica*, o Direito é Público se leva em consideração, imediata e prevalecentemente, o interesse geral; e é Privado, se imediata e prevalecentemente, o interesse é particular.

Quanto à *forma da relação*, ou *elemento formal*, é Público o Direito se a relação é de subordinação do particular ao poder de império do Estado; e Privado, se a relação é de coordenação, pois as partes estão na mesma situação, no mesmo plano. Tem-se, pois, no primeiro caso, uma *relação vertical* e, no segundo, uma *relação horizontal*. Isso foi estudado em IED I.

O Direito Privado é presidido pela *autonomia da vontade*, em que “as partes elegem as finalidades que desejam alcançar”. Já o Direito Público, no sentido inverso, visa aos “interesses da Sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de

quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 27).

Logo, no Direito Público a ideia da *autonomia da vontade* é substituída pela ideia de *função*, de dever de atendimento do interesse público, que se traduz em necessidades e comodidades coletivas. E quem detém o encargo de tal função é o Estado.

Ora, não há dúvida de que o Direito Administrativo, sob a ótica de qualquer dos critérios acima apontados, integra o ramo do Direito Público, ocupando-se, por conseguinte, de uma das funções estatais: a função administrativa.

1.1.2 Prenúncios do Direito Administrativo

Diz o francês PROSPER WEIL que, “fruto de um milagre, o Direito Administrativo só subsiste, de resto, por um prodígio cada dia renovado” (1977, p. 10). E esse prodígio renovado no dia a dia diz respeito à dinâmica da própria atividade administrativa do Estado.

Diz, ainda, o citado administrativista:

O Direito Administrativo não pode, pois, ser desligado da história, e especialmente da história política; é nela que encontra o seu fundamento, é a ela que deve a sua filosofia e os seus traços mais íntimos. Não se trata de relembrar o passado, mas sim de conhecer o próprio solo do qual o Direito Administrativo extraiu a seiva que ainda hoje o alimenta (1977, p. 10).

O citado PROSPER WEIL esclarece que o Direito Administrativo “data unicamente do último terço do século [XIX]”. E acrescenta que é “entre a Revolução de 1789 e o fim do Segundo Império [francês] que o Direito Administrativo emerge lentamente do nada e se esboçam os traços dominantes daquilo que [MAURICE] HAURIU virá a chamar mais tarde o ‘regime administrativo’: a existência de uma jurisdição administrativa especializada e a sujeição da administração a regras diferentes das do Direito Privado” (1977, p. 11).

É possível que algumas normas tenham sido escritas nos tempos primitivos do Direito legislado, e que hoje se chamariam normas de Direito Público – e, dentre elas, algumas seriam de Direito Administrativo, como hoje o concebemos. Poderemos aferir tal assertiva ao estudar a Administração Pública, observando que a mesma existe, basicamente, desde que surgiu a primeira comunidade devidamente organizada, onde se podia notar a presença do fenômeno *poder*, “quando o bastão e o açoite deram lugar ao cetro e à lei” (MUMFORD, 1998, p. 59).

A sistematização do Direito Administrativo é obra recente. Contudo, recuando no tempo, vamos encontrar os seus prenúncios em várias épocas e lugares, a saber:

I – Nos Estados da Antiguidade Oriental

As civilizações desse período, como sabemos, foram marcadas pelo predomínio do traço teológico, como base do poder supremo dos chefes e reis. Assim, no mínimo, as suas ordens deveriam ser cumpridas. As ordens decorrem do poder hierárquico, que é uma figura jurídica com sede no Direito Administrativo.

Na Mesopotâmia e no Egito, por exemplo, as civilizações “surgiram em torno dos rios e do aproveitamento de suas águas pelas respectivas populações”, como preleciona o administrativista lusitano DIOGO FREITAS DO AMARAL (1998, p. 52).

A esse propósito e tomando a lição do citado administrativista português, diz JOSÉ LIMA SANTANA, no livro “Direito Financeiro”, em coautoria com ANA CARLA BLIACHERIENE e RENATO JORGE RIBEIRO BROWN:

Os detentores do poder político compreenderam bem a necessidade vital das obras hidráulicas: o Estado chamou a si vastos programas de obras públicas. Para exercê-las foi necessário cobrar impostos, que por sua vez eram igualmente indispensáveis à sustentação dos exércitos para fins de caráter militar. As primeiras administrações públicas da história nascem quando seus líderes constituem, sob sua imediata direção, corpos de funcionários permanentes, pagos pelo tesouro público, para cobrar impostos, executar obras e assegurar a defesa contra o inimigo externo [...]. Ademais dessas obras, ainda havia as grandes construções de sua esplêndida arquitetura: as cidades, os templos suntuosos, as pirâmides (2012, p. 10).

Tudo isso denota matéria de ordem administrativa.

Não se deve deixar de considerar que naqueles tempos longínquos os reinos eram administrados como verdadeiras propriedades pessoais dos reis. Mas alguns tinham um grande senso de gestão pública. O rei HAMMURABI, por exemplo, tinha a administração do seu reino sob um rígido controle, como podemos depreender por meio de suas cartas, endereçadas aos governadores de suas províncias. Ali, ele dá conta da administração de canais e diques que serviam para o abastecimento das cidades, da edificação de diversas obras públicas, como dizemos hoje, da preservação das matas, da exigência de prestações e contas etc. (BOUZON, 1986, páginas diversas).

II – Grécia

Na Grécia, que é o berço da moderna organização pública, podemos encontrar alguns traços antigos daquilo que viria a sedimentar o Direito Administrativo.

GASPARINI disserta que:

A história das repúblicas helênicas revela a existência de numerosos institutos destinados à manutenção da ordem interna e à defesa das cidades contra os ataques externos. As cidades eram dotadas de serviços administrativos e, conseqüentemente, direitos e deveres decorrentes da respectiva fruição por parte dos administradores eram previstos. Em Esparta existiam servidores encarregados de orientar a formação dos jovens e de dirigir cultos religiosos voltados a um ou a outro sexo de seus habitantes. Em Atenas sobressaía a legislação concernente à fiscalização dos dinheiros públicos, que segundo alguns, teria sido a origem dos atuais Tribunais de Contas (2009, p. 38).

Embora confundidas as funções administrativas e jurisdicionais, cuidavam os helenos de vários serviços públicos e da repartição de atribuições entre agentes encarregados de mantê-los.

Lembra, com acerto, EDMIR NETTO DE ARAÚJO que:

Os historiadores e jurisconsultos, através da consulta às obras principalmente de Aristóteles, obtiveram dados sobre órgãos que superintendiam e fiscalizavam o comércio em cidades que possuíam mercados importantes, que disciplinavam atividades relativas a edifícios públicos, polícia de habitações, vias públicas, campos e bosques, escribas, carcereiros, oficiais de administração naval e militar, funcionários encarregados de comprovar e rever contas dos que manipulavam dinheiros públicos (especialmente em Atenas), formação militar e intendências (especialmente em Esparta) (2007, p. 6).

E DIOGO FREITAS DO AMARAL afirma que dentre as magistraturas gregas, despontavam aqueles agentes públicos que cuidavam de “arrecadar os impostos e de administrar o tesouro público”. E vai além:

Um aspecto novo, e que marca um importante progresso, é sem dúvida o regime de responsabilidade a que se acham sujeitos os magistrados: no termo das suas funções, que normalmente duram apenas um ano para evitar abusos, os magistrados têm de prestar contas às *logistai*, comissões de verificação que elaboram relatórios sobre a gestão que fiscalizaram. O tribunal dos *heliastas* examina essas contas e pode condenar penalmente os magistrados (1998, p. 54-55).

III – Roma

Entre os romanos, embora não tenha o Direito Público alcançado o notável desenvolvimento do Direito Privado, encontra-se um elevado senso de organização pública. Aliás, alguns estudiosos afirmam que os romanos foram “gigantes do Direito Privado e pigmeus do Direito Público”, embora esta seja uma assertiva que merece algum reparo.

NETTO DE ARAÚJO diz que “não é verdadeiro afirmar-se que os romanos descuraram da Administração, especialmente na época da República, quando o Senado desempenhava inúmeras funções administrativas, que foram sendo transferidas a órgãos especiais (censores, questores, edis, pretores) (2007, p. 7).

Afiança DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO que o “notável gênio organizador latino [...] submeteu e colonizou quase todo o mundo ocidental, e caracterizou muitos institutos públicos, notadamente no serviço do estado romano [...], cumprindo notar que, em Roma Imperial, todo agente público era um delegado do Imperador” (2003, p. 52).

Por seu turno, FREITAS DO AMARAL lembra que a Administração Pública romana estava sustentada em cinco pilares: “a defesa militar, a polícia, as finanças, a justiça e as obras públicas” (1998, p. 57).

A organização dos *municípios* (que, inicialmente, era um título ou privilégio concedido pelos romanos a algumas cidades por ele conquistadas e que facilmente se submetiam ao seu jugo) é uma das importantes contribuições na área administrativa que os romanos nos legaram, e que, mais tarde, com adaptações, muitos países da Europa copiariam e disseminariam nas terras conquistadas, inclusive, claro, entre nós.

Nas *Institutas* de Justiniano, em vigor a partir de 529 da era atual, podemos encontrar disposições relativas às praças, consideradas “coisas comuns a todos” (GASPARINI, 2009, p. 39), ou, como diz NETTO DE ARAÚJO, principalmente no “*Digesto*”, onde “já se tratava de noções como bens públicos de uso comum, praças e terrenos de marinha, do funcionamento de certos órgãos, com suas autoridades (edis, cônsules, procônsules, pretores) e serviços (presídios, vias e rios públicos, militares, censo, coletores de fisco, estatísticas)”, acrescentando que os “**editos** do pretor eram verdadeiros atos administrativos ordinatórios ou regulamentares, auto-executórios, pois, como os funcionários administrativos, os pretores agiam na qualidade de delegados do imperador”. Afiança, ainda, que “os estudiosos costumam mesmo apontar,

nos livros, títulos e fragmentos do ‘*Digesto*’, inúmeros temas de Direito Administrativo ali tratados” (2007, p. 7).

IV – Idade Média

Nesse período, que compreende cerca de mil anos (séculos V a XV), e que alguns chamam de “idade das trevas” ou “os mil anos de escuridão”, em termos culturais, o que não parece correto, distinguem-se duas fases:

- a) a **fase feudal**, que se estende do final do século V até o século XII, em que, graças ao predomínio do arbítrio, não houve clima para o desenvolvimento de um Direito Administrativo, embora alguns procurem encontrar nessa época o aparecimento de disposições administrativas, como a requisição de homens e materiais para a guerra e de dinheiro para os gastos do senhor feudal, além da “lenta fermentação de alguns institutos que possibilitaram o surgimento” da fase seguinte;
- b) a **fase comunal**, que se prolongou até o século XV, em que a Administração tinha por espelho o modelo de constituição municipal romana, com o aparecimento das *corporações de ofício* como força social, que fez surgir a responsabilidade pública, e que ajudaria a forçar “a derrocada do feudalismo e a preparar o advento da instituição da realeza e, com ela, do absolutismo real” (MOREIRA NETO, 2003, p. 52).

1.1.3. A Sistematização do Direito Administrativo

1.1.3.1 Colocação do problema

Segundo BANDEIRA DE MELLO, “diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do direito” (1987, p. 3).

A sistematização do Direito Administrativo, ou seja, a sua origem como ramo autônomo do Direito Público, deu-se, segundo alguns doutrinadores, “em fins do século XVIII e início do século XIX”, como ensina DI PIETRO (2015, p. 1), mesmo considerando a existência anterior de normas administrativas que, entretanto, se situavam no campo do Direito Civil, do mesmo modo que, no Direito Administrativo, estiveram, por longo tempo, insertas normas que hoje pertencem a outros ramos do Direito Público, como o Urbanístico, o Ambiental etc.

Outros sustentam que o Direito Administrativo “surge como sistema de doutrina apenas nos alvares do século XIX” (CAETANO, 1977, p. 19). A discussão, contudo, é meramente acadêmica.

A formação do Direito Administrativo teve início quando o conceito de **Estado de Direito** começou a desenvolver-se, na fase do Estado Moderno, ou seja, ele nasce com as revoluções que põem fim ao *ancien régime*.

Nas monarquias absolutas, o soberano centralizou o poder; a sua vontade era lei, e a ela todos deviam obediência. Era a época do chamado **Estado de Polícia** (*Polizeistaat*, como o identifica a doutrina alemã), que antecedeu o Estado de Direito. O preceito jurídico que sustentava o Direito Público era, na versão francesa, o seguinte: *le roi ne peut mal faire* (o rei não faz nada errado). Logo, os atos do rei pairavam sobre o ordenamento jurídico e não eram submetidos aos Tribunais. Isso serviu de base à teoria da irresponsabilidade do Estado pelos danos causados aos administrados, que será estudada no capítulo próprio do Direito Administrativo II. Em outras palavras, o Estado não reconhecia direitos dos súditos em oposição aos poderes do príncipe.

Para IRENE PATRÍCIA NOHARA sem sujeição à legalidade e à justicialidade, não se poderia falar em Direito Administrativo:

Na realidade, desde tempos imemoriais há registros de instituições administrativas que impuseram regras para disciplinar e dirigir funcionários e atividades estatais; contudo, a função administrativa (objeto principal do estudo da matéria) com os caracteres próprios relacionados com a consecução do interesse geral somente foi estruturada depois que o Estado se sujeitou à lei (legalidade) e também ao controle do Poder Judiciário (justicialidade). Antes disso não havia cidadãos ou administradores com deveres e direitos bem delimitados, mas apenas súditos, servos ou vassalos, submissos ao arbítrio (vontade) do monarca irresponsável (2011, p. 15).

Preciosa, sem dúvida, é a seguinte lição de BANDEIRA DE MELLO:

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito. Nada semelhante àquilo que chamamos de Direito Administrativo existia no período histórico que precede a submissão do Estado à ordem jurídica. Antes disso, nas relações entre o Poder, encarnado na pessoa do soberano, e os membros da sociedade, então súditos – e não cidadãos –, vigoravam ideias que bem se sintetizam em certas máximas clássicas, de todos conhecidas, quais as de que *quod principi placuit leges habet vigorem*: “o que agrada ao príncipe tem vigor de lei”. Ou ainda: “o próprio da soberania é impor-se a todos sem compensação”; ou, mesmo: “o rei não pode errar”.

O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas. Ao firmar a submissão do Estado, isto é, do Poder, ao Direito e ao regular a ação dos governantes nas relações com os administrados, fundando, assim, o Direito Administrativo, este último veio trazer, em antítese ao período histórico precedente – e o do Estado de Polícia –, justamente a disciplina do Poder, sua contenção e a inauguração dos direitos dos, já agora, administrados – não mais súditos (2015, p. 47).

1.1.3.2 Aspectos distintos a ser discernidos

LUIZ ALBERTO BLANCHET diz que “no estudo da evolução histórica do Direito Administrativo, devem ser claramente discernidos três aspectos distintos: o *fenômeno* objeto desse ramo, a *jurisdicização* do fenômeno e finalmente o seu *estudo jurídico-científico*” (1998, p. 14-15).

O fenômeno sempre se manifestou em toda comunidade marcada pela organização, como, aliás, tivemos a oportunidade de abordar anteriormente. Assim, os fenômenos afetos ao Direito Administrativo marcam presença em toda sociedade humana organizada, considerando-se o estudo de sua evolução.

Quando os fenômenos se tornaram juridicamente relevantes, interferindo no relacionamento das pessoas com o Estado, começaram a surgir normas com o fito de discipliná-los. Normas próprias do Direito Administrativo.

Por fim, quando tais normas deixaram de ser analisadas separadamente e passaram a ser estudadas em seu contexto, ou seja, sistematicamente, na conformidade de critérios objetivos, de maneira metódica e crítica, já se podia afirmar a existência do Direito Administrativo.

É inegável que a França foi o berço onde floresceu mais cedo o ramo do Direito em estudo.

1.1.3.3 Datas e fatos emblemáticos

- a) O passo decisivo para a formação do Direito Administrativo foi, a teoria da separação dos poderes sistematizada por CHARLES LOUIS DE SECONDAT, o Barão de MONTESQUIEU, em “O Espírito das Leis”, de 1748, seguindo a proposta de JOHN LOCKE (MOREIRA NETO, 2003, p. 52).
- b) A Revolução Francesa de 1789 quebraria a força do Absolutismo, e, por conseguinte, produziria significativas alterações sociais,

políticas e econômicas no país. Como vimos, a citação “*le roi ne peut mal faire*”, que correspondia a uma velha máxima romana, significava dizer que tudo que o rei fazia era justo, era legal – pois o era por inspiração divina –, e, assim, acabariam atribuindo a LUIZ XIV a célebre frase: “*L’État c’est moi*”. Com a queda do *ancien régime*, a teoria da separação dos poderes firmava-se em França.

- c) Temendo que o Poder Judiciário subordinasse o Poder Executivo, o art. 13 de Lei 16, de 24 de agosto de 1790, definia que:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de serem acusados de prevaricação (alta traição), perturbar de qualquer maneira as operações dos corpos administrativos nem citar diante de si os administradores em razão de suas funções (NOHARA, 2011, p. 15).

- d) O decreto de 16 *frutidor* (mês das frutas) do ano III (1795) estabelecia “proibições feitas aos tribunais de conhecer atos de administração de qualquer espécie...”.

- e) Criação do Conselho de Estado pela Constituição de 22 *frimário* (mês do frio) do ano VIII (13/12/1799) com dupla atribuição, conforme se extrai do art. 52: (1) assessoramento do governo na elaboração de leis, decretos e códigos, e (2) resolução das matérias administrativas. Essa fase foi denominada *justiça retida* (*justice retenue*), pois o Conselho de Estado devia compartilhar suas decisões ao Chefe de Estado. Logo, era subordinado ao governo (NOHARA, 2011, p. 16). A autonomia do Conselho de Estado somente viria com a Lei de 24 de maio de 1872.

- f) Os autores costumam apontar a Lei de 28 *pluvioso* (mês das chuvas) do ano VIII (1800) como termo inicial do nascimento do Direito Administrativo, quando “A Revolução Francesa editou sua primeira lei reguladora da Administração Pública” (MOREIRA NETO, 2003, p. 52). Mas o Direito Administrativo “não se formaria, de imediato, só pela edição de uma lei”. E “outros fatores deram também sua contribuição”, como leciona ODETE MEDAUAR (2015, p. 51). A referida autora diz:

As concepções político-institucionais que afluíam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais. Assim, as ideias relativas ao Estado de

direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo (2015, p. 51).

- g) Em 1808 foi publicada a obra de CHARLES JEAN BONIN, *Principes d'Administration Publique*, na qual se apresenta pela primeira vez a distinção entre Direito Constitucional e Direito Administrativo (MOREIRA NETO, 2003, p. 52).
- h) Embora tenha o Direito Administrativo nascido em França, a primeira obra versando sobre tal ramo jurídico seria publicada na Itália, por GIANDOMENICO ROMAGNOSI, sob o título *Principii Fondamentale de Diritto Amministrativo*, em 1814 (MOREIRA NETO, 2003, p. 55). Em Milão cria-se a cátedra denominada “Alta legislação em referência à Administração Pública”, regida por ROMAGNOSI (MEDAUAR, 2015, p. 51-52).
- i) Em 1817 a Doutrina alemã discriminou o Direito Administrativo do Direito Constitucional, através da obra de J. L. KLÜBER (MOREIRA NETO, 2003, p. 53).
- j) MACAREL publicou, em França, o livro *Les Éléments de Jurisprudence Administrative*, em 1818 (MEDAUAR, 2015, p. 52).
- k) Em 1822, DE CORMENIN publicou o livro *Questions de Droit Administratif*. Em 1840 ele publicaria *Traité du droit administratif* (MEDAUAR, 2015, p. 52).
- l) Com a restauração da monarquia francesa, sob o reinado de Luiz XVIII, instituiu-se, em 1828, na Universidade de Paris, a cadeira de Direito Administrativo (BLANCHET, 1998, p. 16), cujo primeiro regente foi o Barão DE GERANDO (MOREIRA NETO, 2003, p. 52). Segundo MEDAUAR, a cadeira teria sido criada em 1819 (2015, p. 52).
- m) Em 1829 foi publicada a obra *Institutes de Droit Administratif Français*, de DE GERANDO (MOREIRA NETO, 2003, p. 53). MEDAUAR diz que a publicação teria se dado em 1830 (2015, p. 52).
- n) Em 1847 foi publicado em Cuba o primeiro livro das Américas sobre Direito Administrativo: *Breve Tratado de Derecho*

Administrativo General Del Reyno y Especial de la Isla de Cuba, de José Maria Morilla (MOREIRA NETO, 2003, p 58).

1.1.4 Direito Administrativo Brasileiro

A evolução do Direito Administrativo no Brasil ocorreu nos moldes do que se verificou na Europa Continental, merecendo destacar três fases, como veremos a seguir.

I – Período colonial

De início, não se pode falar no histórico do Direito Administrativo no Brasil sem passar por Portugal. Afinal, fomos sua colônia por mais de três centúrias. De tal forma, diz RUY CIRNE LIMA:

A doutrina do direito não distingue e aparta, nos regimes absolutos, as atividades do Estado, segundo o critério da diversidade dos objetos, matérias ou finalidades.

Pesquisam-lhes os jurisconsultos, ao inverso, as causas de que procedem, os títulos em que se fundam, os direitos de que representam o exercício ou, por outro lado, a consequência.

Tal é o que acontece no velho Portugal, ao tempo da colonização do Brasil (2007, p. 57).

Há notadamente uma confusão em torno das funções reais, por conta mesmo do regime absoluto. Citando o “insigne jurisconsulto” português JORGE DE CABEDO (que pontificou entre os séculos XVI e XVII), o autor pátrio acima referido, falando sobre os direitos régios, assim se manifesta:

Procedem alguns – declara o jurista – do supremo senhorio majestático: criar capitães em terra e mar e juízes e tabeliães, permitir duelo, bater moeda. Procedem outros do universal domínio do soberano e lhe competem em razão de tal domínio, como os que respeitam aos rios, vias públicas, tributos. Aqui novamente alguns lhe competem como Senhor da Régia Coroa e entendem com os Bens da Coroa, que o monarca administra, tais como os prados, as matas, os maninhos, as coutadas, as granjas, os armazéns e casas foreiras; outros, porém, procedem de direitos que ao rei pertencem como particular (2007, p. 57).

Diz, ainda, CIRNE LIMA que “esta confusão de funções” é transmitida, da monarquia absoluta aos capitães governadores [refere-se, claro, aos capitães donatários], “constituídos, de começo, para a colonização e governo das terras do Brasil” (2007, p. 58). Nesse período, os donatários das capitanias hereditárias detinham em suas mãos poderes quase absolutos outorgados pelo rei, e que abrangiam da administração à justiça.

Mais uma vez, CIRNE LIMA demonstra de forma cabal o absolutismo dos donatários, ao dizer:

São os capitães donatários, nas suas capitânicas, pequenos senhores absolutos. Eles é que fixam, por forais, as liberdades das vilas fundadas em suas terras [...]. Eles é que dispensam a justiça, com alçada tão subida que o recurso para o rei se torna uma fórmula teórica; não lhes entra nas capitânicas, além disso, corregedor ou justiça real [...].

Retêm nas mãos, destarte, o inteiro domínio das forças políticas e sociais da colônia. Dominam o indivíduo, não obstante as leis do Reino, pela sentença inapelável. Subjugam as coletividades urbanas pela lei do foral.

Pequenos soberanos, legislam, julgam e governam, sem a censura de outro poder ou autoridade (2007, p. 58).

Mas, como sobejamente sabemos, o fracasso das capitânicas hereditárias levou a coroa portuguesa a alterar a organização colonial.

Com a criação do Governo-geral, embora as atribuições públicas fossem divididas entre o *governador-geral*, que era o representante do rei, o *provedor-mor*, que cuidava do fisco, e o *ouvidor-mor*, que distribuía a justiça, cabia ao primeiro concentrar grande parte dos poderes, inclusive o de legislar supletivamente, em alguns casos, e o de presidir a distribuição da justiça, em outros, a ponto de atribuir-se ao governador-geral, a partir de 1640, com o fim do domínio espanhol sobre Portugal, o título de vice-rei.

II – Período imperial

Com o Império, as funções estatais foram divididas entre quatro Poderes: Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador, os dois últimos concentrados em mãos do Imperador, sob a inspiração teórica do francês BENJAMIN CONSTANT.

A Administração Pública era regida pelo Direito Privado, aplicado pelo Conselho de Estado, nos moldes do que ocorria em França, com as devidas adaptações, como se verá no **item 1.1.4**, quando serão abordados os sistemas administrativos.

Em 1851, pelo Decreto nº 608, de 16 de agosto, foi criada a Cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos existentes, que somente seria implementada em 1855. Em São Paulo, a Cadeira foi regida por JOSÉ INÁCIO SILVEIRA DA MOTA, enquanto em Recife a Cátedra foi entregue a JOÃO FERREIRA DE AGUIAR.

Coube a VICENTE PEREIRA DO REGO, sucessor de FERREIRA DE AGUIAR, publicar a primeira obra sistematizada sobre a matéria, na América do Sul, sob o título de “Elementos de Direito Administrativo

Brasileiro”, em 1857. No mesmo ano, JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO publicou o livro “Direito Público e Análise da Constituição do Império”, no qual aborda matéria de Direito Administrativo. Em 1859, PRUDÊNCIO GERALDES TAVARES DA VEIGA CABRAL publicou o livro “Direito Administrativo Brasileiro”. PAULINO JOSÉ SOARES DE SOUZA, Visconde do Uruguai, “considerado o autor mais significativo do período imperial” (MOREIRA NETO, 2003, p. 60), é o autor de “Ensaio sobre o Direito Administrativo”, de 1862. Aliás, esta obra, em conjunto com outras do mesmo autor, foi reeditada em 2002. De lá para cá, incontáveis são as obras que compõem a bibliografia administrativista, no Brasil.

III – Período republicano

Com o advento da República suprime-se a jurisdição administrativa que era atribuída ao Conselho de Estado. A Administração Pública começa a afastar-se dos moldes do Direito Privado. Como diz RUY CIRNE LIMA, a Administração Pública brasileira adquire “um sentido novo: flexibiliza-se, expande-se, move-se, vive. Não mais a contém, agora, os quadros rígidos do direito privado” (2007, p. 64).

Todavia, o Direito Administrativo experimentaria grande evolução a partir da Constituição de 1934. Ocorre que a Carta de 1891, liberal e individualista, conferia basicamente ao Estado a posição de guardião da ordem, externa e interna.

Já a Carta de 1934 assume caráter socializante e marca a intervenção crescente do Estado na ordem social, passando a atuar nas áreas da saúde, educação, economia, assistência e previdência social. Com isso, cresce a máquina estatal e, em consequência, abre-se, entre nós, o campo ao Direito Administrativo.

1.1.4.1 Novos rumos do Direito Administrativo Brasileiro

Aprendemos, no início do Curso de Direito, e podemos claramente constatar que o Direito precisa evoluir para acompanhar o avanço da sociedade, as novas exigências que se lhe apresenta. A Constituição de 1988 introduziu algumas inovações no âmbito do Direito Administrativo, por conta de alterações significativas imprimidas na Administração Pública. Tais alterações foram trazidas “com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito”. Ou, ainda, “sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema da *common law* e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a

introdução de novidades no âmbito do direito administrativo” (DI PIETRO, 2015, p. 35).

É de notar também a questão das relações da Ciência do Direito com outras disciplinas, como a Economia e a Administração. Nesse sentido, diz DI PIETRO:

Não se pode deixar de mencionar a influência de princípios da ciência econômica e da ciência da administração no direito administrativo, com duas consequências: de um lado, a formação do chamado *direito administrativo econômico* (em relação ao qual o direito administrativo tradicional é chamado, pejorativamente, de conservador ou, mesmo, ultrapassado) e, do outro lado, a preocupação com princípios técnicos, mais próprios da ciência da administração, significando um retorno a uma fase anterior em que já houve a confusão entre os institutos e princípios jurídicos, próprios do direito, e os aspectos puramente técnicos, mais ligados à ciência da administração (2015, p. 35).

A verdade é que muita gente não assimilou as novas tendências do Direito Administrativo. Algumas delas são reais, enquanto outras ainda não se concretizaram. As principais, em síntese, são:

I – o alargamento do *princípio da legalidade*, que traz como consequência a maior limitação à *discricionariedade administrativa* e a ampliação do *controle judicial*, como defende parte da doutrina e da jurisprudência, embora sob alguns protestos;

II – o fortalecimento da *democracia participativa*, com a previsão legal de vários instrumentos de participação do cidadão no controle e na gestão de atividades públicas, embora essa participação nem sempre se efetiva na prática;

III – a *processualização do Direito Administrativo*, especialmente com a exigência constitucional do devido processo legal, e o regramento da Lei 9.784/1999;

IV – contrapondo-se, em parte, à primeira tendência apontada, as pressões neoliberais para a ampliação da *discricionariedade administrativa*, trazendo de volta a ideia de *discricionariedade técnica*, para a redução do controle judicial sobre atos da Administração Pública;

V – a crise da *noção de serviço público*, por conta da tendência de transformação de serviços públicos exclusivos do Estado em atividades privadas abertas à livre iniciativa e à livre concorrência;

VI – o movimento de *agencificação*, com a outorga de *função regulatória* às agências reguladoras instituídas como autarquias de regime especial, sob influência da *common law*;

VII – a aplicação do *princípio da subsidiariedade*, que leva à privatização de empresas estatais, privatização de atividades antes consideradas como serviços públicos, ampliação das formas de fomento, ampliação das formas de parceria do setor público com o setor privado, crescimento do terceiro setor;

VIII – a tentativa, às vezes frustrada, de instauração da chamada *Administração Pública Gerencial*, cujo principal instrumento seria o contrato de gestão, cuja situação anêmica deve-se ao fato da falta de lei, conforme previsão do art. 37, § 8º, CF;

IX – a reação contra o princípio da *supremacia do interesse público*, banindo-o do mundo jurídico, ou o reconstruindo, sob a ideia da *ponderação de interesses*, com a aplicação do princípio da razoabilidade.

Muitos ainda serão os embates, entre as correntes que se contrapõem.

1.1.5 Sistemas Administrativos

Entende-se por sistema administrativo ou sistema de controle jurisdicional da Administração, como é dito modernamente, “o regime adotado pelo Estado para a correção dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo”, como de depreende do ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES (2015, p. 53).

Embora variando de país para país, dentre aqueles que os adotam, vigem, atualmente, dois sistemas bem diferentes: o do contencioso administrativo, ou sistema francês, e o sistema judiciário, ou de jurisdição única. Este sistema é também conhecido por sistema inglês.

1.1.5.1 Sistema do contencioso administrativo

Originariamente adotado em França, surgiu das lutas travadas entre o Parlamento, que então exercia funções jurisdicionais, e os Intendentes, que eram responsáveis pelas administrações locais, no ocaso da Monarquia.

A Revolução de 1789 encontrou ambiente propício para separar a Justiça Comum da Administração. Como vimos anteriormente, a Lei 16, de 24/08/1790, determinou a separação entre as funções judiciárias e as

funções administrativas, acrescentando que “não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”.

Por outro lado, a Constituição de 03/08/1791 estabeleceu que “os tribunais não [podiam] invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores por atos funcionais”.

Assim, nasceu o sistema do “administrador-juiz”, vedando-se à Justiça Comum conhecer os atos da Administração, os quais se sujeitam unicamente à jurisdição especial do Contencioso Administrativo, que tem como órgão supremo o Conselho de Estado. Essa orientação foi consagrada pela Constituição Francesa atual, de 1958 (MEIRELLES, 2015, p. 54).

O sistema francês é bastante complexo. Exemplificando, o Conselho de Estado é composto por cerca de 200 membros, recrutados entre funcionários de carreira, auditores, juristas etc.

Cabe ao Conselho de Estado o ápice da pirâmide da jurisdição especial, que revê o mérito das decisões, na qualidade de corte de apelação dos Tribunais Administrativos, além de controlar, enquanto instância de cassação a legalidade das decisões do Tribunal de Contas e de outras Cortes.

Quando há conflitos de jurisdição entre o Contencioso Administrativo e a Justiça Comum, cabe ao Tribunal de Conflitos solucioná-los.

Em outros países, como Suíça, Finlândia, Grécia, Turquia, Polônia etc., o sistema francês foi adotado com modificações, a exemplo, como vimos do Brasil durante o Império.

Dizem alguns que o maior inconveniente desse sistema, além de outros, é o de não reconhecer e garantir ao indivíduo e à própria Administração o direito de servirem-se da Justiça Comum nas suas querelas. Seguindo o pensamento do italiano ORESTE RANELETTI, MEIRELLES, por exemplo, não o recomenda, ao dizer: “Não abonamos a excelência desse regime” (2015, p. 56). Contudo, chamamos atenção para a análise feita nas páginas seguintes, envolvendo os dois sistemas.

1.1.5.2 Sistema judiciário

Esse sistema teve origem na Inglaterra. Inicialmente, o poder de administrar e julgar competia à Coroa, que nomeava os juízes de primeira instância e julgava em última instância.

A seguir, criou-se o Tribunal do Rei que, por delegação real, passou a decidir as reclamações contra os funcionários do reino. Esse Tribunal só conhecia e decidia matéria de direito.

Daí chegou-se à Câmara Estrela, com competência em matéria de direito e de fato. Tinha jurisdição sobre a justiça de paz dos condados e de suas decisões cabia recurso ao Conselho Privado do Rei.

Em 1701, finalmente, os juízes ingleses foram desligados do poder real, adquiriram estabilidade no cargo e conservaram a competência para decidir sobre questões comuns e administrativas.

O sistema inglês espalhou-se por outros países, como Estados Unidos, México, Bélgica, Romênia, Brasil (na República) etc. Por esse sistema, como bem o sabemos, todo litígio entre os administrados e a Administração Pública resolve-se perante o Poder Judiciário que é o único competente para proferir decisões com autoridade final e conclusiva.

1.1.5.3 Análise sucinta dos dois sistemas

Analisando os dois sistemas citados, FREITAS DO AMARAL, partindo dos estudos de DICEY (inglês), professor em Oxford, e HAURIOU (francês), professor em Toulouse, afirma com competência doutrinária que, apesar das diferenças entre os regimes administrativos vigentes em França e na Inglaterra, em ambos os países há Estado de Direito devidamente configurado. Ele contesta a alegação de DICEY, de que em França, por conta da não submissão dos atos administrativos à Justiça Comum, o Estado de Direito não estaria presente. DICEY escreveu sobre o assunto em 1885, e HAURIOU, vinte anos depois, ou seja, em 1905.

Citando o autor francês, FREITAS DO AMARAL afirma que “os dois sistemas são distintos, mas são apenas duas espécies do mesmo gênero”. Afinal, ele complementa que, a “Grã-Bretanha e a França [são] duas democracias pluralistas do tipo ocidental” (1998, p. 119). E disso não se pode duvidar.

Na verdade, entre os dois sistemas já podem ser vislumbradas algumas linhas de aproximação, no que concerne à organização administrativa, ao controle jurisdicional da Administração, ao Direito regulador da mesma, à execução das decisões administrativas e às garantias jurídicas dos particulares. Essa linha de aproximação tende a crescer, na visão do mestre português, com a unificação da Europa.

1.1.5.3.1 Confronto entre o sistema administrativo inglês e o francês (considerando a pureza teórica original)

I – Quanto à organização administrativa, o primeiro é descentralizado e o segundo é centralizado.

II – Quanto ao controle jurisdicional da Administração, o primeiro entrega aos tribunais comuns, enquanto o segundo, aos tribunais administrativos. Portanto, na Inglaterra há unidade de jurisdição; em França, existe dualidade de jurisdição.

III – Quanto ao Direito regulador da Administração, no sistema inglês é o Direito comum, ou seja, privado, mas no francês é o Direito Administrativo, ramo do direito público.

IV – Quanto à execução das decisões administrativas, no primeiro depende de sentença judicial, ao passo que, no segundo, atribui à Administração autoridade própria a tomada de suas decisões e dispensa a intervenção prévia dos tribunais.

V – Quanto às garantias jurídicas dos administrados, a Inglaterra confere aos tribunais comuns amplos poderes de injunção face à Administração, que lhes fica subordinada, como ocorre com a totalidade dos cidadãos; já a França só permite aos tribunais administrativos que anulem as decisões ilegais das autoridades ou as condenem ao pagamento de indenizações, ficando a Administração independente do poder judicial.

1.1.5.3.2 Evolução dos dois sistemas (com base na análise do mestre português)

A evolução ocorrida no século XX veio determinar uma aproximação relativa entre os dois sistemas, em alguns aspectos, como se verá abaixo.

I – Quanto à organização administrativa, a inglesa tornou-se mais centralizada, dada a transferência de serviços locais para a tutela do Governo central, enquanto a francesa passou por uma vasta reforma

descentralizadora, que transferiu numerosas e importantes funções do Estado para as regiões.

II – Quanto ao controle jurisdicional da Administração, mantêm-se, no essencial, as diferenças, apesar do surgimento, na Inglaterra, de tribunais administrativos que, contudo, têm atuação restrita.

III – Quanto ao Direito regulador da Administração, deu-se certa aproximação, pois na Inglaterra, com a transição do estado liberal para o estado social, apareceram várias leis administrativas para tutelar a prestação de serviços culturais, educativos, sanitários e assistenciais. Por outro lado, a Administração francesa passou a atuar, em alguns domínios, sob a égide do Direito Privado, como no caso das empresas públicas, que são obrigadas, pela natureza de sua atividade econômica, a funcionar nos moldes do Direito Comercial.

IV – Quanto à execução das decisões administrativas, a aproximação entre os dois sistemas não é pronunciada, mas se verifica. Na Inglaterra surgiram tribunais administrativos, como foi visto, para, por exemplo, decidir questões de Direito Administrativo que a lei manda resolver por critérios de legalidade estrita (pensões, águas, urbanismo etc.). Já na França, o Direito Administrativo obriga que muitas decisões da Administração só podem ser executadas se um tribunal administrativo, a pedido do particular interessado, a tal não se opuser. Claro que não é o mesmo que na Inglaterra, mas a distância entre a administração judiciária e a administração executiva fica, em alguns casos, consideravelmente encurtada.

V – Quanto às garantias jurídicas dos particulares, na Inglaterra os tribunais não podem, em regra, substituir a Administração no exercício do poder discricionário que a lei lhe atribui, o que limita bastante o recurso à figura do *mandamus*. Já na França, os tribunais administrativos ganham cada vez mais poderes declarativos face à Administração, podendo ir mais longe do que a mera anulação de atos ilegais.

Há de se considerar que, com o estabelecimento da Comunidade Europeia, as influências recíprocas entre os dois sistemas são cada vez mais fortes e numerosas. Um Direito Comum europeu começa a nascer.

1.1.5.4 Sistema administrativo brasileiro

Durante o Império, o Brasil seguiu, com as devidas adaptações, os moldes do sistema francês. Contudo, com o advento da República, adotou o sistema inglês, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça Comum.

Nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 não se acha acomodação para o sistema francês do Contencioso Administrativo.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 1/1969 estabeleceu a possibilidade da criação de um contencioso administrativo (art. 111). O mesmo ocorreu com a Emenda nº 7/1977 (art. 203). Tais possibilidades, contudo, não se concretizaram.

A Constituição de 1988 manteve a orientação das demais Cartas republicanas. Portanto, “para a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas”, como diz MEIRELLES, a Administração e os administrados podem dispor “dos mesmos meios processuais admitidos pelo Direito Comum, e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado” (2015, p. 59), conforme disposições do art. 5º, inciso XXXV, da *Magna Lex*.

1.2 Objeto do Direito Administrativo

No sentido amplo, o Direito Administrativo tem por objeto a Administração Pública. Mas pode-se verificar que o seu conteúdo tem variado no tempo e no espaço. A Doutrina tem utilizado alguns critérios para a definição desse objeto, como veremos a seguir.

1.2.1 Critério da Escola Legalista, Exegética, Empírica ou Caótica

No berço francês, o Direito Administrativo tinha por objeto apenas a interpretação das leis administrativas e atos complementares. Criou-se, assim, a chamada Escola Exegética que recebeu também as demais denominações acima apontadas, segundo a qual o Direito Administrativo era compreendido como sinônimo de Direito Positivo. Essa Escola congregou os grandes administrativistas franceses da época.

Várias críticas foram feitas à Escola Legalista, tomando-se por base o fato de que o Direito Administrativo não se esgota nas leis e regulamentos administrativos, do mesmo modo que o Direito Privado não está inteiramente nos códigos.

O Direito resume-se apenas em leis? Nós o sabemos que não. O Direito tem uma extensão muito mais ampla, compreendendo os conceitos e os princípios, que se expõem e se fundamentam na Doutrina e na Jurisprudência.

A Ciência Jurídica é muito mais do que simples comentários acerca da legislação positiva, como pretendiam os legalistas.

1.2.2 Direito Administrativo e Ciência da Administração

Com o tempo, o objeto do Direito Administrativo foi ampliado. Aos princípios informativos de seus institutos aliou-se o estudo da Ciência da Administração. Esta envolve matéria de política administrativa, e não matéria jurídica, obviamente. Essa junção partiu da doutrina italiana, com PERSICO e LORENZO, merecendo acolhida na Espanha e em Portugal.

Tempos depois, italianos e alemães promoveram a separação da matéria pertinente à Ciência da Administração, reduzindo o objeto do Direito Administrativo, posto que, após a segunda revolução industrial, foi preciso separar a atividade do Estado, de ingerir na ordem social, da sua atividade de natureza jurídica.

A partir dali, ao Direito Administrativo coube a atividade jurídica e à Ciência da Administração restou a atividade social.

Passou-se a considerar que o objeto do Direito Administrativo é o conjunto de normas e princípios jurídicos que regem a organização da Administração Pública e as suas relações com os administrados.

Enquanto isso, o objeto da Ciência da Administração é a matéria que se refere à valoração da interferência do Estado na ordem econômica e social, aí considerados os aspectos da utilidade e da oportunidade dessa atuação.

1.2.2 Critério científico de estudo do Direito Administrativo

Reduzido o objeto do Direito Administrativo, às matérias de natureza eminentemente jurídica, a sistematização doutrinária desse ramo do Direito passou a ser feita de forma mais científica, procurando-se definir os seus institutos específicos e princípios informativos.

Esse trabalho científico deveu-se em grande parte aos juristas alemães, com destaque para OTTO MAYER, que atribuiu instituições jurídicas próprias ao Direito Administrativo, diferentes das relativas ao Direito Civil, ao contrário dos franceses que temiam fugir ao Código Civil de 1804, o famoso Código de Napoleão, considerado imutável e “sagrado”. Essa orientação científica receberia a adesão dos italianos e, a seguir, dos próprios franceses.

1.3 Conceito de Direito Administrativo

Estando delimitado o âmbito do Direito Administrativo, ou seja, o seu objeto, vamos a partir de agora buscar o seu conceito, na conformidade dos critérios adotados pelos doutrinadores.

1.3.1 Escola do Serviço Público

O critério do serviço público formou-se em França, inspirado na jurisprudência do Conselho de Estado, sobretudo a partir do famoso caso Blanco, decidido em 8 de fevereiro de 1873, que fixou a competência dos Tribunais Administrativos em função dos serviços públicos.

Uma menina, AGNÈS BLANCO, ao atravessar uma rua fora colhida por um vagão da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, na cidade de Bordeaux, quando transportava “matéria-prima de um para outro edifício” (DI PIETRO, 2015, p. 11). O caso chegou aos Tribunais. Houve um choque de entendimento entre o Conselho de Estado (Contencioso Administrativo) e a Corte de Cassação (Justiça Comum). Encaminhado o caso ao Tribunal de Conflitos, o conselheiro David, com o seu voto vitorioso, decidiu sobre a responsabilidade do Estado em termos publicistas, criando-se, assim, o critério do serviço público.

Acredita-se que “este foi o primeiro caso de reconhecimento da responsabilidade do Estado, sem se cogitar da culpa do agente público” (FARIA, 1999, p. 44).

Os conselheiros do Tribunal de Conflitos deixaram de lado as normas do Direito Civil francês e deram ênfase aos princípios do Direito Público. Assim, por esse critério, o Direito Administrativo seria a disciplina jurídica que regula a instituição, a organização e o funcionamento dos serviços públicos.

Esse critério teve grande repercussão em França, no Brasil e na Argentina. Mas o Direito Administrativo regula apenas os serviços públicos? Por outro lado, sempre que a Administração Pública presta serviços públicos, ela o faz sob um regime totalmente derogatório e exorbitante do Direito Comum?

Em ambos os casos, a resposta é **não**. Logo, esse critério não é preciso.

1.3.2 Critério do Poder Executivo

O Direito Administrativo seria o conjunto de normas jurídicas que disciplinam os atos do Poder Executivo. Mas, somente o Poder Executivo pratica atos administrativos? Sabemos que não. Os demais Poderes também o fazem.

Além disso, o Poder Executivo exerce, afora sua função típica, as funções de governo, que não são objeto de estudo do Direito Administrativo. E, ainda, nem toda atividade da Administração Pública é regida pelo Direito Administrativo. Há atos administrativos que são regulados pelo Direito Privado, como é o caso da compra e venda, por exemplo.

1.3.3 Critério das Relações Jurídicas

Considera o Direito Administrativo como o conjunto de normas que regulam as relações entre a Administração Pública e os administrados. Seria esse um bom critério?

Ora, outros ramos do Direito, como o Constitucional, o Processual, o Penal, o Eleitoral, o Tributário também têm por objeto relações dessa natureza. E, ainda, esse critério reduz o objeto do Direito Administrativo, que abrange também a organização interna da Administração Pública, a atividade que ela exerce e os bens de que se utiliza.

1.3.4 Critério Teleológico ou Finalístico

Conceitua o Direito Administrativo como o sistema de princípios que regulam a atividade do Estado para a realização de seus fins.

O critério merece críticas porque não define, por exemplo, a expressão *atividade do Estado* e por abrir a discussão sobre os fins do Estado. Os fins do Estado são de ordem pública. Mas, quais são eles?

1.3.5 Critério Legalista

A corrente que o defende, define o Direito Administrativo “como o conjunto de leis administrativas”, seguindo os passos dos juristas DE GÉRANDO e MACAREL, dentre outros. Vale dizer que o “conceito não afirma outra coisa senão que o Direito Administrativo de um país é a legislação administrativa (leis, decretos, regulamentos) nele vigente num dado momento. É o seu direito positivo. O conceito não satisfaz” (GASPARINI, 2009, p. 3).

O Direito Administrativo de um país não é a sua legislação administrativa (leis, regulamentos, decretos) tão somente. Não é apenas o seu Direito Positivo, como vimos, aliás, ao estudar o objeto do Direito Administrativo, abordando a Escola Exegética.

Não se pode reduzir o Direito Administrativo a um simples amontoado de textos jurídicos legais e afins. Ele é muito mais que isso, “pois engloba os princípios jurídicos”, como ensina GASPARINI (2009, p. 3).

Alguns autores, como SYLVIA DI PIETRO, sequer o citam.

1.3.6 Critério Negativo ou Residual

De acordo com esse critério, o Direito Administrativo tem por objeto as atividades empreendidas para alcançar os fins estatais, excluídas as atividades legislativa e jurisdicional, ou somente esta, como querem alguns.

Há semelhanças entre esse critério e o critério Teleológico e o do Poder Executivo. Tal critério exclui, ainda, as atividades patrimoniais, disciplinadas pelo Direito Privado.

1.3.7 Critério da Distinção entre Atividade Jurídica e Social do Estado

Há na doutrina brasileira quem prefere definir o Direito Administrativo levando em conta estes dois aspectos: a) o tipo de atividade social exercida, ou seja, a atividade jurídica não contenciosa; b) os órgãos que regula. Em outras palavras, leva-se em consideração o **sentido objetivo** (atividade concretamente exercida) e o **sentido subjetivo** (órgãos do Estado que exercem aquela atividade).

Adotam esse critério, por exemplo, MÁRIO MASAGÃO e CRETELLA JÚNIOR. E DI PIETRO vai conceituar o Direito Administrativo no rastro desse critério. Vide conceito no **item 1.4**.

1.3.8 Critério da Administração Pública

Para os defensores desse critério, o Direito Administrativo é o conjunto de princípios que regulam a Administração Pública. Alguns autores que o adotam, partem das noções de Administração Pública em três sentidos:

I – Subjetivo: a Administração Pública é formada pelo conjunto de órgãos públicos (Administração Direta) e de entidades administrativas (pessoas jurídicas de Direito Público ou de Direito Privado, que constituem

a Administração Indireta), aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado, caso em que o termo Administração Pública é grafado com letras maiúsculas (NOHARA, 2011, p. 6).

II – Objetivo: compreende as atividades do Estado, que se destinam à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos e coletivos, caso em que o termo administração pública é grafado com letras minúsculas (NOHARA, 2011, p. 6).

III – Formal: refere-se à manifestação do poder público através de atos jurídico-administrativos dotados da característica de auto-executoriedade, mesmo em caráter provisório.

Este critério tem sido adotado por muitos administrativistas brasileiros, tais como CIRNE LIMA, FERNANDO ANDRADE, HELY LOPES MEIRELLES, DIOGENES GASPARINI.

Alguns consideram defeituoso o entendimento de que os atos administrativos sejam auto-executórios, na sua totalidade.

Quais são os atos auto-executórios? Somente os que impõem obrigações; não os que criam direitos, “como a licença, a autorização, a permissão, a admissão, que não têm força coercitiva, embora sejam também atos administrativos” (DI PIETRO, 2015, p. 80).

Contudo, há autores, como SYLVIA DI PIETRO, que somente levam em conta os sentidos objetivo e subjetivo, como se verá na exposição do seu conceito de Direito Administrativo, no **item 1.4** desta apostila, a seguir. No mesmo sentido, NOHARA (2011, p. 6).

1.4 Alguns Conceitos Doutrinários de Direito Administrativo

Alemanha

HARTMUT MAURER

É o conjunto de normas jurídicas que regulam de modo específico a Administração – a atividade administrativa, o processo administrativo e a organização administrativa (2001, p. 45).

OTTO MAYER

É o conjunto de princípios que regulam a atividade não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral (*Apud* MOREIRA NETO, 2003, p. 45).

França

JEAN RIVERO

É o conjunto de regras jurídicas distintas das do direito privado que regulam a atividade administrativa das pessoas públicas (1981, p. 25).

Itália

GUIDO ZANOBINI

É a parte do Direito que tem por fim a organização, os meios, a forma da atividade da administração pública e as consequentes relações jurídicas entre ela e os outros indivíduos (*Apud* CAVALCANTI, 1967, p. 13).

Portugal

MARCELLO CAETANO

É o sistema de normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossiga interesses colectivos podendo usar de iniciativa e do privilégio da execução prévia (1997, p. 43).

Brasil

BANDEIRA DE MELLO

O Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da *função administrativa, e os órgãos que a desempenham* (2015, p. 29).

HELLY LOPES MEIRELLES

[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 (2015, p. 40).

JOSÉ CRETILLA JÚNIOR

É o ramo do direito público interno que regula a atividade e as relações jurídicas das pessoas públicas e a instituição de meios e órgãos relativos à ação dessas pessoas (2001, p. 30).

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

[É] o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir (2015, p. 8-9).

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

[É] o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (2015, p. 81).

1.5 Um Breve Comentário

O professor MOREIRA NETO diz, analisando o conceito de MEIRELLES:

Com a menção aos ‘princípios’, evoca seu caráter científico, estremando-o do estudo exclusivo do direito positivo. Referindo-se ‘às atividades públicas’, insere o critério fenomenológico. Finalmente, com a menção aos ‘fins desejados pelo Estado’, adita o elemento teleológico.

Especificamente, ao introduzir a expressão ‘atividades públicas’ afasta-se um pouco, o ilustre doutrinador, da solução de Otto Mayer e enfrenta o problema de defini-las, o que faz qualificando-as como concretas, para diferenciá-las da atividade de elaborar a norma legal, que é abstrata; dizendo-as diretas, para distingui-las da atividade judiciária, que é indireta; e imediatas, para excluir a atividade social do Estado, que prossegue, de maneira mediata os seus fins (2003, p. 45).

O comentário acima deve merecer a atenção e o respeito dos que lidam com este ramo do Direito, pela sua lucidez e análise criteriosa.

2 FONTES DO DIREITO ADMINISTRATIVO

2.1 Considerações Gerais

Como se sabe, fonte é, em sentido próprio, o lugar em que a água brota, para sair das profundidades e aflorar na superfície da terra.

Nesse sentido, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO preleciona:

O vocábulo ‘fonte’ é derivado do Latim, *fons-fontis*, e este de *fundo-fundere*, que significa ‘derramar’. Indica, assim, o lugar de onde brota, na superfície da terra, a água. Desse sentido etimológico passa, vulgarmente, a traduzir o ponto de partida de alguma coisa. E, conseqüentemente, surgiu seu conceito jurídico, correspondendo aos princípios de que originam o Direito, ou, então, as formas que o revelam (2007, p. 219).

Logo, claro está que para o Direito, fonte tem, basicamente, o mesmo sentido etimológico: é a sua origem, é a sua base fundamental. Como foi estudado em IED I, assevera FRANCO MONTORO, citando CLAUDE DU PASQUIER que “procurar a fonte de uma regra jurídica [...], significa investigar o ponto em que ela saiu das profundezas da vida social para aparecer na superfície do direito” (2008, p. 371).

Para JOSÉ CRETELLA JR. “sendo fonte do direito qualquer ato ou fato que concorra para formar as normas jurídicas, fonte de direito administrativo é todo modo através do qual se firmam regras jurídicas tendentes a levar o Estado a cumprir seus fins não contenciosos” (2001, p. 171).

O Direito Administrativo tem como fontes, segundo o magistério de MOREIRA NETO, as *organizadas* – norma jurídica (em sentido amplo), doutrina e jurisprudência – e as *inorganizadas* – costume e praxe administrativa. A maioria dos nossos doutrinadores, contudo, inclui a praxe no costume. Vamos ficar com a divisão feita pelo publicista acima citado, sem desconhecer que outras fontes são acrescentadas por outros tantos publicistas, tais como a analogia, a equidade, os princípios gerais do direito, os tratados internacionais, o regulamento administrativo, o estatuto autônomo, a instrução e a circular (estando estes últimos englobados na norma jurídica amplamente entendida como tal), como explicita CRETELLA JR. (2001, p. 171).

Como sabemos, há autores que definem a analogia, a equidade e os princípios gerais de direito como instrumentos para a aplicação do Direito, e não como fontes. Concordamos com isto.

2.2 Fontes Organizadas

2.2.1 A norma jurídica legal

A norma jurídica, seja ela regra ou princípio, é a fonte por excelência do Direito Administrativo, ou seja, é a sua fonte **primária**. Engloba todo o conjunto de normas escritas, desde a Constituição até o mais simples regulamento administrativo. Alguns autores, contudo, alegam que, com a constitucionalização do princípio da *legalidade*, desdobrado em *legalidade constitucional* (art. 5º, II, CF) e *legalidade administrativa* (art. 37, CF), apenas a lei em sentido amplo, constitui a fonte primária do Direito Administrativo, “abrangendo esta expressão desde a Constituição até os regulamentos executivos”, como sustenta MEIRELLES (2015, p. 47).

Diz, ainda, o citado mestre que “atualmente, diante da evolução do Direito Administrativo, em razão dos princípios da legalidade constitucional (CF, art. 5º, II) e da legalidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), na realidade, as únicas fontes primárias do Direito Administrativo são a Constituição e a lei em sentido estrito. Os demais atos normativos expedidos pelo Poder Público constituem fontes secundárias” (2015, p. 47 – nota 21). Há, todavia, quem entende que se deve compreender lei, aqui, em sentido menos estrito, ou seja, voltando-se para o art. 59, CF. Não entendemos desta forma.

A Constituição Federal de 1988 reservou diversos dispositivos à Administração Pública, sobretudo os artigos 37 a 42 que tratam exclusivamente de temas pertinentes à mesma. Como ensina EDIMUR FERREIRA DE FARIA, “os preceitos contidos nesses artigos são, na maioria, autoaplicáveis, dispensando as leis estatutárias”. E completa que “além dos dispositivos constitucionais sobre a Administração Pública em geral e a Administração Pública em especial, é expressiva a quantidade de leis complementares e leis ordinárias disciplinadoras do Direito Administrativo” (1999, p. 56).

DI PIETRO chama atenção para o fato de que somos uma federação. Assim sendo, diz a mestra da USP:

A Constituição (com respectivas Emendas) constitui a fonte primária do Direito Administrativo. No direito brasileiro, pode-se falar em *Constituições*, tendo em vista que, adotando o Estado Brasileiro a forma federativa, existem, além da Constituição da República, as Constituições dos Estados-membros e as leis orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios (2015, p. 61).

Sendo a norma jurídica fonte fundamental do Direito Administrativo, posto que este ramo do Direito é eminentemente escrito, constitui-se, por conseguinte, em instrumento norteador da conduta do agente público.

2.2.2 A doutrina

A doutrina, como se sabe, é responsável pela formação do sistema teórico dos princípios que podem ser aplicados ao Direito Positivo. É formada pela opinião dos doutos, pelas pesquisas e estudos dos mestres do Direito. Logo, constitui-se em fonte fundamental para qualquer ramo do Direito.

Não tem força vinculante, mas apenas convincente. Nem por isso deixa de ser importante a sua utilização, inclusive para distinguir “as regras que convêm ao Direito Público e ao Direito Privado, e mais particularmente a cada um dos sub-ramos do saber jurídico”, como enfatiza MEIRELLES (2015, p. 47).

A doutrina, em regra, está na vanguarda da lei, sobretudo no caso do direito novo. Ao contrário da jurisprudência, que é nacional, a doutrina é universal. Nesse sentido, diz MOREIRA NETO que “nela se desenvolve a matriz principiológica a partir da reflexão científica, ordenada e sistemática, dos juristas sobre os fenômenos do Direito e sobre suas relações com os fatos e com os demais ramos do Conhecimento” (2003, p. 69).

No Direito Administrativo, a doutrina expõe os seus princípios científicos, produzindo subsídios interpretativos para a aplicação das normas existentes e para a formulação de novas normas.

Duas são, basicamente, as operações realizadas pela doutrina: a *análise* das normas para a descoberta dos seus princípios *imanentes*, e a *síntese* de tais princípios para a construção de um corpo de teoria. Tudo isso leva à edificação de uma *dogmática jurídica*. Por fim, a doutrina “contribui para a crítica do ordenamento jurídico e com os fundamentos teóricos para a jurisprudência dos tribunais e para a chamada jurisprudência administrativa”, como salienta, ainda uma vez, MOREIRA NETO (2003, p. 70).

2.2.3 A jurisprudência

A jurisprudência constitui-se noutra importante fonte do Direito. Uma das razões de sua importância, no caso do ramo em estudo, é a falta de codificação legal do Direito Administrativo brasileiro.

Embora revestida de princípios teóricos, a jurisprudência é mais prática e mais objetiva que a doutrina e a própria lei. Assim, a persistência desses princípios nos julgados os faz “penetrar e integrar a própria Ciência Jurídica”, como diz MEIRELLES (2015, p. 47).

A praticidade e a objetividade da jurisprudência ocorrem também por conta do seu nacionalismo, pois ela está sempre ensejando a constante adaptação da lei e dos princípios teóricos ao caso concreto. Embora, em princípio, não se constitua em força obrigatória, tanto para a Administração, quanto para o Judiciário (ressalvando-se o caso, doravante, da súmula vinculante), a jurisprudência serve com vigor ao Direito Administrativo, visto que este ramo do Direito Público é mais restritivo que os demais ramos do Direito e nela encontra mais afinidade do que na doutrina, que, como foi visto, é universal e anda na vanguarda da legislação.

DI PIETRO faz menção ao fato de que a jurisprudência vem “crescendo de importância no direito brasileiro, não só para o Direito Administrativo, mas para todos os ramos do direito”, notando-se, portanto, preocupação geral em citar “precedentes judiciais, especialmente decisões emanadas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenham caráter vinculante” (2015, p. 67).

Ela se reporta, por exemplo, às decisões que têm efeito *erga omnes*:

Já começam a surgir exemplos de decisões judiciais de observância obrigatória, não só para o caso concreto analisado (quebrado o princípio de que a sentença faz lei apenas entre as partes), mas para todos os casos futuros iguais; são as hipóteses de **sentenças com efeito erga omnes**, como ocorre nas ações coletivas, na ação popular, na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo (2015, p. 67).

Refere-se também a mestra às chamadas súmulas vinculantes, estudadas em IED I, nas Fontes do Direito, e à repercussão geral. Sobre esta, ela diz:

Haverá repercussão geral quando o recorrente demonstrar a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, como definia (art. 543-A, § 1º) [refere-se ao antigo CPC] ou quando o recurso impugnar decisão contrária à

súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (§ 3º). Veja-se que, não só o desrespeito à súmula vinculante pode ser suficiente para demonstrar a ocorrência de repercussão, mas também o desrespeito à “jurisprudência dominante”, que passa a ter efeito vinculante (2015, p. 68).

2.3 Fontes Inorganizadas

2.3.1 O costume

Pouco a pouco, o costume vem perdendo força como fonte do Direito. Alguns autores ainda o admitem como fonte do Direito Administrativo, em face, principalmente, da deficiência legislativa, que tem levado a prática administrativa a suprir a norma escrita, o que é, deveras, lamentável.

Preleciona MOREIRA NETO que “o costume exige dois elementos: o uso e a convicção generalizada da necessidade de sua cogência” (2003, p. 70).

Embora não se possa desconhecer por completo a força criadora do costume, sobretudo “quando aliado a sólidos pressupostos doutrinários, ele não tem autonomia enquanto fonte no Direito Administrativo brasileiro, sendo necessário que a própria lei o acolha para tornar-se obrigatório”, como afirma o autor acima citado (2003, p. 70).

O costume não tem sido levado em consideração por muitos administrativistas, porque os julgados relativos à matéria de origem administrativa são embasados na norma jurídica, sobretudo, na jurisprudência e na doutrina.

Sinceramente, preferimos não acolher o costume como fonte do Direito Administrativo. E confirmamos o entendimento de DI PIETRO, que diz: “[...] no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o costume – como prática reiterada da atuação administrativa – tem aplicação praticamente nula” (2015, p. 70).

2.3.2 Os princípios gerais do direito

DI PIETRO salienta, com razão, que “nem todos os autores incluem os princípios gerais de direito entre as fontes do Direito Administrativo” (2015, p. 71). Mas, ela afirma:

No entanto, foi muito grande, na formação do Direito Administrativo, a importância dos princípios gerais de direito entre as fontes do Direito Administrativo, especialmente pelo fato de tratar-se de ramo não codificado e também devido à flexibilidade e mutabilidade das leis.

[...]

Além disso, a legislação ordinária passou a conter previsão expressa de princípios, como a Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), a Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.785/99), dentre outras.

[...]

Quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais de direito (2015, p. 71-74).

2.3.3 A praxe administrativa

Muito do que alguns autores classificam como costume, na prática administrativa, não passa da ocorrência de meras praxes do cotidiano administrativo, da burocracia, que, aliás, algumas pessoas, de forma chistosa, chamam de “*burrocracia*”. E, provavelmente, com razão.

As praxes adotadas por conveniência dos procedimentos levados a efeito no interior dos órgãos e das entidades que compõem a Pública Administração não devem ser confundidas com o costume. Falta-lhes a característica da convicção generalizada da necessidade de sua cogência (*opinio juris vel necessitatis*), que se constitui no elemento subjetivo do reconhecimento de sua indispensabilidade que venha a recomendar a sua geral observância.

Não é custoso lembrar que os autores, ou a extrema maioria deles, negam à praxe administrativa o caráter de fonte do Direito. É óbvio que comungamos dessa opinião.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

3.1 Definição e estrutura principiológica

3.1.1 Classificação das normas jurídicas em regras e princípios

O vocábulo “princípio” vem do latim *principium*, que tem o sentido de “origem, começo”, contrapondo-se ao fim, assinalando um marco inicial, no tempo ou no espaço. Tecnicamente, os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais da mesma. No universo jurídico, pode-se classificar as *normas jurídicas*, no sentido amplo, em *regras* e *princípios*.

Basilar é, portanto, que tomemos como ponto de partida para o estudo ora desenvolvido a noção de princípio.

Merece atenção esta lição de HERALDO GARCIA VITTA:

Princípio é o alicerce do Direito; sem ele a norma padeceria de falta de sustentação lógica. Seria o mesmo que os pés ou as mãos separadas do corpo, ausentes de finalidade. A norma, por si só, sem os princípios que a inspiraram, seria como um homem sem cabeça, sem cérebro, sem pensamento. Um comando, porém ausente de dados, como um objeto sem sustentação. Vemos as normas jurídicas no ordenamento, no qual todas elas se inter-relacionam, e todas têm um alicerce comum, um apoio além do qual não poderão interagir.

O princípio é o Sol que se irradia sobre os diversos compartimentos de uma casa. Sem o sol a casa torna-se escura, feia, deteriora-se com o passar do tempo. Sua utilização torna-se pouco proveitosa ao homem.

Assim são os princípios. Irradiam-se por todo o ordenamento jurídico-positivo, conformam todas as disposições normativas; dão realce e lucidez às normas do sistema. Se as regras não forem aplicadas de acordo com os princípios inculcados no ordenamento jurídico, teremos um emaranhado delas sem conexão alguma, em virtude do quê o tecido do sistema carecerá de solidez, de sustentação (2001, p. 49-50).

No mesmo tom é a argumentação do professor CARLOS AUGUSTO ALCNATÂRA MACHADO ao afirmar que “os princípios constitucionais são os pilares sobre os quais se constituirá o edifício jurídico” e que eles “fornecem o DNA do ordenamento jurídico”. Para ele, os princípios “são, em outras palavras, os princípios gerais do direito, referidos, vez por outra, no ordenamento jurídico” (2005, p. 65).

PAULO BONAVIDES afirma que “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo

contemporâneo”. Ora, o mesmo vale para o Direito Administrativo. O mestre cearense argumenta que “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo” (1994, p. 553). Assim, seria inconstitucional a lei que ferisse, no âmbito da Administração Pública, o princípio da impessoalidade, por exemplo.

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO ensina que “princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”. E assevera que “os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de **tudo ou nada**; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica” (1991, p. 545).

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, as normas são “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo”. Daí é possível afirmar, como ele o faz, que “as normas estão a regular situações concretas”. Fala-se, claro, na norma em sentido estrito. Enquanto os princípios “são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (1996, p. 84-85). Enfim, os princípios irradiam o seu conteúdo sobre as normas, como sustenta CELSO BASTOS (1995, p. 165).

NORBERTO BOBBIO, por sua vez, reconhece “o caráter normativo dos princípios”, superando a tese de sua natureza meramente doutrinária (*Apud* FIGUEIREDO, 1997, p. 49). LÚCIA VALLE FIGUEIREDO ensina que “os princípios gerais do Direito, ainda que não sejam positivados explicitamente, devem pelo aplicador da lei ser respeitados, porque conaturais ao Estado de Direito, como proclamado no art. 1º da Constituição. De conseguinte, os princípios gerais de Direito serão vetores interpretativos, mormente quando não houver norma expressa para contrariá-los” (2006, p. 41).

ROBERT ALEXY preleciona que tanto as *regras* como os *princípios* são espécies do gênero *norma*, uma vez que ambas estabelecem um *dever ser* e são formuladas com o auxílio das expressões deônticas (permissão, obrigação e proibição). Diz também que, dentre os muitos critérios apresentados para se fazer a distinção entre princípios e regras, o mais utilizado é o da *generalidade*. Na conformidade desse critério, os *princípios* são normas de *alto grau* de generalidade, ao passo que as *regras* são normas com *grau mais baixo* (2001, p. 83). Ou seja, as regras tendem a ser específicas.

Consideramos de excelente didática a apreciação de CARVALHO FILHO, a seguir:

A doutrina moderna tem-se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das *normas jurídicas*. Segundo tal doutrina – nela destacados os ensinamentos de ROBERT ALEXY e RONALD DWORKIN – as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: *os princípios* e *as regras*. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no *plano da validade*: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado *valor* ou *razão*, o conflito entre eles admite a adoção do critério da *ponderação de valores* (ou *ponderação de interesses*), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído *grau de preponderância*. Não há, porém, nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito.

Adotando-se essa nova análise, poderá ocorrer, também em sede de Direito Administrativo, a colisão entre princípios, sobretudo os de índole constitucional, sendo necessário verificar, após o devido processo de ponderação de seus valores, qual o princípio preponderante e, pois, aplicável à hipótese concreta.

Não são unânimes os autores quanto a tais princípios, muitos deles originados de enfoques peculiares à Administração Pública e vistos pelos estudiosos como de maior relevância.

Por ter a Constituição Federal enunciado alguns princípios básicos para a Administração, vamos considerá-los *expressos* para distingui-los daqueles outros que, não o sendo, são aceitos pelos publicistas, e que denominaremos de *reconhecidos* (2015, p. 19).

3.1.2 Proposta conceitual das regras e dos princípios

HUMBERTO ÁVILA, estudioso da teoria dos princípios, propõe, de forma lúcida e criteriosa, no nosso modesto entendimento, a seguinte conceituação das regras e dos princípios:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (2005, p. 70).

Vê-se, assim, que os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser alcançado.

Para finalizar a argumentação sobre a teoria principiológica citamos esta lição de BANDEIRA DE MELLO:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada (2015, p. 986-987).

Para RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, essa lição de BANDEIRA DE MELLO é a “mais usual e difundida noção de princípio jurídico que se conhece, nas letras juspublicísticas brasileiras” (2002, p. 116). Já GARCIA VITTA diz que essas palavras de BANDEIRA DE MELLO constituem uma “feliz expressão” (2001, p. 50). E só nos cabe o devido endosso.

3.2 Princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal

3.2.1 Considerações gerais

Como é, por demais, sabido, ao Estado de Polícia sucedeu o Estado de Direito. E este tem como característica primordial sua submissão ao Direito, que é algo acima dos governantes e dos governados.

No Estado de Direito os princípios do Direito Administrativo mostram claramente o que o Estado pode fazer e o que não lhe é permitido fazer. Esses princípios vinculam a Administração Pública ao sistema normativo de forma absoluta. No caso brasileiro, a *Magna Lex* atual obrou cingir e resguardar a Administração Pública com laços que, em última análise, servem de proteção aos interesses maiores dos administrados. Tais laços são os quatro princípios originais do art. 37 e aquele acrescido pela EC 19/1998.

3.2.2 Legalidade

Diz o constitucionalista UADI LAMMÊGO BULOS que “o princípio da legalidade em matéria administrativa não destoa do seu sentido geral, porquanto constitui o suporte do Estado Democrático Brasileiro”. Assim, “o vetor da legalidade condiciona toda e qualquer conduta da

Administração Pública, que não poderá impor ao particular o dever de fazer ou não algo sem que exista lei autorizando”, como se depreende do art. 5º, inciso II, da Carta de 1988. Portanto, sendo um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito, o ditame da legalidade é uma “decorrência lógica do sistema de liberdades públicas, implantado a partir de 5 de outubro de 1988”, no que diz respeito “à atividade administrativa, [operando] no sentido de impedir arbitrariedades, funcionando como restrição àquelas medidas contrárias ao esquema abstrato fixado por ato do Poder Legislativo” (2001, p. 575).

Qual é a origem do princípio em comento? Esse princípio remonta aos tempos adversos do *ancien régime*, em França, quando FÉNELON (François de Salignac de La Mothe-) dizia que “o rei tudo pode sobre as pessoas, mas as leis podem tudo sobre ele”. FÉNELON pode muito bem ter buscado inspiração em PLATÃO e ARISTÓTELES, pilares da Filosofia grega. PLATÃO dizia que “onde a lei é súdita dos governantes e privada de autoridade, [vê-se] pronta a ruína da cidade; e onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, [vê-se] a salvação da cidade”. ARISTÓTELES, ao responder sobre se era melhor ser governado pelo melhor dos homens ou pelas leis melhores, respondeu que “a lei não tem paixões, que, ao contrário, se encontram necessariamente em toda alma humana”.

Mas, quando foi aprofundada a justificação doutrinária desse princípio? Somente no século XVIII, o chamado século racionalista e filosófico, foi que o princípio da legalidade ganhou força. A Constituição Francesa de 1791 consagrou-o:

Não há em França autoridade superior à da lei; o rei não governa senão em virtude dela e é unicamente em nome da lei que poderá exigir obediência.

Consagrado estava o princípio da legalidade no país da liberdade. Mas, antes mesmo dessa consagração, o povo de Massachusetts, emancipado da Coroa Inglesa, gravou em sua Carta o princípio da separação dos poderes a fim de que “pudesse haver um governo de leis e não de homens”.

O que significa para a Administração Pública ter a atual Constituição estabelecido esse princípio? Significa que ela não tem fins próprios, mas há de buscá-los na lei. Logo, a Administração Pública não desfruta de liberdade total, posto que é escrava da ordem jurídica.

Aliás, como é sabido, esse princípio é genérico do nosso ordenamento jurídico, insculpido como direito fundamental nos termos do

art. 5º, incisos II, CF, anteriormente citado, e também selado no art. 84, IV. Mas erige-se em princípio regente da Administração Pública, na forma do art. 37 da Carta atual.

A Administração Pública não pode agir sem o devido amparo legal, salvo nas situações excepcionais, como veremos adiante. O administrador público, no exercício de suas atividades funcionais, está “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”, como salienta MEIRELLES (2015, p. 90).

Diz, ainda, o citado mestre, que “na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”. Na vida privada “é lícito fazer o que a lei não proíbe”, mas na vida pública “só é permitido fazer o que a lei autoriza”. Mesmo a margem de discricionariedade de que dispõe o administrador é conferida pela lei. Diziam os romanos: “Somos livres pelas leis, contudo vivemos por elas”. Para o particular a lei significa “*pode fazer assim*”; para o administrador público significa “*deve fazer assim*” (MEIRELLES, 2015, p. 91).

Não é sem razão, portanto, que MARINO PAZZAGLINI FILHO diz que o “*praeter legem* e o *contra legem* não encontram lugar na atividade pública, pois seus agentes somente podem agir *secundum legem*” (2000, p. 23).

Para LÚCIA FIGUEIREDO a legalidade deve ser interpretada de maneira mais ampla:

Todavia, o princípio da legalidade não pode ser compreendido de maneira acanhada, de maneira pobre. E assim seria se o administrador, para prover, para praticar determinado ato administrativo, tivesse sempre que encontrar arrimo expresso em norma específica que dispusesse exatamente para aquele caso concreto.

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.

O princípio da legalidade está atrelado ao devido processo legal, em sua faceta substancial, e não formal (2006, p. 42).

O princípio da legalidade opõe-se a todas as formas de poder autoritário. É “o antídoto natural do veneno emanado do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de

exaltação da cidadania”, como observa BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 103).

O citado autor lembra, entretanto, que a “integral vigência do princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição perante circunstâncias excepcionais mencionadas expressamente na Lei Maior. Isto sucede em hipóteses nas quais a Constituição faculta ao Presidente da República que adote providências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas, excepcionais, exigentes de atuação sumamente expedita, ou eventos gravíssimos que requerem atuação particularmente enérgica” (2015, 108-109).

É claro que ele alude às medidas provisórias (art. 62, CF), tão abusivamente editadas pelos Presidentes da República desde a promulgação da CF, à decretação do estado de defesa (art. 136) e do estado de sítio (arts. 137 a 139).

Não deixa de ser apreciável esta outra fala de LÚCIA FIGUEIREDO:

Entendemos – e firmemente – que não é possível, diante do ordenamento jurídico, e não apenas de simples leis, omitir-se o administrador de solver a questão que lhe for posta por entender faltar norma expressa, desde que – como já acentuado – tal integração não leve a imposições ou a sanções (2006, p. 46).

A mestra tem absoluta razão. O dogmatismo não deve cegar o aplicador da lei. Infelizmente, muitos assim não o entendem. Para corroborar o pensamento expandido pela mestra, eis o que diz RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO:

Lembra o Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira que a primeira consequência da afirmação de um princípio da constitucionalidade é o abandono, de uma vez por todas, do critério meramente literal de interpretação da lei, ante a constatação de que “obedecer a lei não é homenagear-lhe a forma, mas reverenciar-lhe o conteúdo” (1999, p. 54).

De qualquer forma, o princípio da legalidade há de imperar, subordinando administradores e administrados. Vejamos esta lição de CARVALHO FILHO:

O princípio “*implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas*” (o autor está citando BANDEIRA DE MELLO). [...].

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na

consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude (2015, p. 20).

De maneira precisa, CARVALHO FILHO chama atenção para as funções estatais básicas, na teoria que se costuma elaborar acerca do Estado moderno:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas; a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei (2015, p. 20).

3.2.3 Impessoalidade

A inclusão desse princípio no texto constitucional causou “surpresa para os estudiosos, que não o empregavam em seus trabalhos”, como afirma CARVALHO FILHO, ensejando, inclusive, diferentes interpretações. Citando o dicionarista CALDAS AULETE, diz o autor citado que “**impessoal** é ‘o que não pertence a uma pessoa em especial’, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas” (2015, p. 20).

O que significa esse princípio? Como a doutrina o analisa? Podemos destacar pelo menos três vertentes doutrinárias que se posicionam de forma diversa acerca do princípio da impessoalidade:

I – A quem o vê como proibição ao subjetivismo e que comporta dois sentidos:

a) primeiro, a Administração deve voltar-se para jamais prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, pois o interesse público está acima de qualquer pessoa ou de qualquer grupo especificamente.

b) e segundo, há que se entender que os atos e provimentos administrativos são imputáveis ao órgão ou entidade e não ao administrador. As realizações governamentais não são do servidor ou da autoridade pública, mas do ente público em nome de quem as produzir. É preciso observar a vedação do § 1º, do art. 37, da CF.

II – A que equipara o princípio da impessoalidade ao princípio da finalidade pública, defendida, dentre outros, por MEIRELLES (2015, p. 95), por CARVALHO FILHO (2015, p. 21) e MOREIRA NETO. Ou seja, ao administrador público impõe-se que só pratique o ato para atender ao seu fim legal. E o fim legal é aquele que a norma de Direito indica como objetivo do ato, de forma impessoal.

III – A que compara o princípio da impessoalidade ao princípio da igualdade ou isonomia, como o fazem, por exemplo, BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 117) e CARVALHO FILHO, que nele vê traços tanto da finalidade quanto da isonomia (2015, p. 20-21). Ora, se todos são iguais perante a lei, também o são perante a Administração Pública que é cingida pelo princípio da legalidade.

Qual corrente merece ser adotada? Uma delas sobrepõe-se às demais?

RENATA PORTO DE ADRI ROSA, em monografia sobre o assunto, diz que “a primeira corrente [à qual ela se filia] ressalta a importância da valoração dos interesses públicos em detrimento dos privados. E expressa a necessidade de sempre estarem os atos administrativos revestidos de neutralidade e objetividade, impedindo, assim, qualquer alusão ao subjetivismo” (*Apud* FIGUEIREDO, 1997, p. 22).

Com relação à segunda corrente, a autora anteriormente citada afirma que a mesma é equivocada e diz que a diferença que se pode apontar entre os princípios da impessoalidade e da finalidade “repousa no fato de que todos os princípios constitucionais que regem a Administração Pública têm como escopo a busca da realização dos atos administrativos com o ‘fim legal’ que se destina. Logo, o “princípio da impessoalidade faz parte [do] contexto geral que o princípio da finalidade abarca, mas com ele não se confunde” (*Apud* FIGUEIREDO, 1997, p. 22).

No que concerne ao princípio da igualdade, ou seja, à terceira corrente, RENATA ROSA continua a discordar, “no que tange à tentativa de equipará-lo ao princípio da impessoalidade”. Para ela “o princípio da igualdade tem conteúdo significativo mais amplo e dotado de primariedade; ele compreende todos os demais princípios, dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade”. (*Apud* FIGUEIREDO, 1997, p. 22).

Tomemos de empréstimo o magistério da Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, como tentativa de dirimir a questão que ora se aventa:

A igualdade é direito e o seu titular é o indivíduo ou cidadão. A impessoalidade é dever e quem o titulariza é a Administração Pública. Ambas obrigam. Aquela obriga todas as pessoas públicas e privadas, físicas e jurídicas. Esta obriga o Estado a ser neutro, objetivo e imparcial em todos os seus comportamentos. A impessoalidade garante que a Administração seja Pública não apenas no nome, mas principalmente em cometimentos, e que o bem politicamente buscado seja o de todos e não aquele comum a um grupo de pessoas eventualmente ocupantes dos cargos do Poder (1994, p. 154).

De qualquer forma, como acentua MEIRELLES, esse “princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas”, conforme disposição do art. 37, § 1º, CF (2015, p. 95). Mas é fato que alguns “guardiães da impessoalidade” têm exagerado na interpretação e aplicação do mencionado dispositivo constitucional.

3.2.4 Moralidade

Para MAURICE HAURIOU, sistematizador desse princípio, a moralidade administrativa é o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Assim, implica saber distinguir “não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto” (MEIRELLES, 2015, p. 92).

Não se trata, obviamente, da moral comum que regula a conduta externa do homem no convívio social; trata-se, sim, de certa moral administrativa que se impõe ao agente público para sua conduta interna, tendo como fim o bem comum. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à população e os benefícios por ela auferidos.

A moralidade torna-se obscurecida quando a Administração Pública, por exemplo, é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como é tão comum verificar por meio de propaganda excessiva dos governos ou de mordomias, enquanto a coletividade necessita de educação, saúde, habitação, saneamento básico, segurança etc.

Há moralidade quando, por exemplo, se divulga o aparato policial para dar segurança a certos eventos grandiosos em qualquer parte do país, quando a segurança no dia a dia continua crítica? É moral criar-se *ilhas* de excelências, quando deveriam ser criados *continentes* de excelências? Há categorias distintas de cidadãos, para que uns (os festeiros etc.) tenham privilégios que não são alcançados pelo conjunto dos cidadãos, na labuta do dia a dia?

A Lei 9.784/1999 conceitua o princípio em comento como sendo a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé” (cf. art. 2º, p. único, inciso IV).

CARVALHO FILHO, comentando uma faceta desse princípio, diz:

Quanto à necessidade de preservar os padrões de moralidade no serviço público, é justo sublinhar (e também aplaudir) a disciplina aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em resolução regulamentadora de dispositivo constitucional, pela qual ficou expressamente vedada a condenável prática do nepotismo, sem dúvida uma das revoltantes formas de improbidade na Administração. Para tanto, ficou proibida a nomeação para cargos em comissão ou funções gratificadas de cônjuge (ou companheiro) ou parente em linha direta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores investidos em cargos de direção ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento (o parente de uma autoridade subordina-se formalmente a outra, ao passo que o parente desta ocupa cargo vinculado àquela).

Excetuam-se da vedação para tais hipóteses, é claro, os casos em que a nomeação recai sobre cônjuge ou parente que ocupam cargos efetivos por efeito de aprovação em concurso público. Ainda assim, porém, não podem exercer funções com subordinação direta ao juiz ou autoridade administrativa aos quais estejam vinculados por matrimônio, união estável ou parentesco. A norma proibitiva – é oportuno consignar – pretende alcançar, isto sim, parentes que sequer integram os quadros funcionais, propiciando seu ingresso nestes, portanto, sem concurso público.

A vedação atinge, da mesma forma, a contratação temporária por prazo determinado das mesmas pessoas (salvo quando comprovada necessidade temporária de excepcional interesse público, como averba o art. 37, IX, da CF, e por meio de processo seletivo), bem como a contratação de pessoa jurídica de que sejam sócios, gerentes ou diretores os aludidos parentes. Ficou vedada, ainda, a contratação de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus empregados cônjuges ou parentes de juízes e de titulares de cargos de direção e assessoramento [Vide Resolução nº 9, de 06.12.2005, que alterou o art. 3º da Res. Nº 7/2005, a fim de limitar a referida vedação à hipótese de contratações futuras]. Além de estabelecer as proibições, a Resolução CNJ nº 7 fixou o prazo de 90 dias para proceder-se à exoneração dos servidores que se encontram nas situações atualmente vedadas. O Conselho, posteriormente, excluiu das vedações: 1º) os servidores admitidos antes da Constituição de 1988, quando não era exigido concurso público; 2º) os parentes de juízes aposentados ou falecidos; 3º) quem se casou com magistrado após a nomeação para os cargos em comissão (2015, p. 24-25).

Após a publicação da Resolução nº 7 do CNJ, alguns setores do Poder Judiciário, opondo resistência, recorreram ao STF, através da Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, que declarou a constitucionalidade da referida Resolução, sob a argumentação de que a mesma se encontra debaixo do manto dos axiomas constitucionais previstos no art. 37 da *Magna Lex* (ADC 12-MC, cujo Relator foi o ex-professor da

UFS, Ministro CARLOS BRITTO, em 16 de fevereiro de 2006, e sendo requerente a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB). (CARVALHO FILHO, 2015, p. 25, nota de rodapé nº 65).

A Corte Suprema estendeu como não poderia deixar de ser, essa salutar orientação aos três Poderes, envolvendo, enfim, a Administração Pública direta e indireta. Nela está incluso, ainda, o **nepotismo transverso** (ou **nepotismo cruzado**), isto é, aquele que resulta de ajuste mediante designações recíprocas. Ex: um desembargador nomeia para cargo em comissão, em seu gabinete, o filho de um deputado estadual, que, por sua vez, faz o mesmo com o filho do desembargador etc.

Com pertinência, CARVALHO FILHO faz esta ressalva:

Ficaram, porém, fora da proibição as nomeações de parente para cargos políticos, como os de Ministro ou Secretário Estadual ou Municipal, e isso em virtude de terem esses cargos natureza eminentemente *política*, diversa, portanto, da que caracteriza os cargos e funções de confiança em geral, os quais têm feição nitidamente *administrativa*. Sendo assim, será lícito que Governador nomeie irmão para o cargo de Secretário de Estado, ou que Prefeito nomeie sua filha para o cargo de Secretária Municipal de Educação [STF, Recl. 6650-MC-Agr./PR. Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 16.10.2008]. De qualquer modo, devem ser evitadas tais nomeações, se possível: independentemente da natureza política dos cargos, sempre vai pairar uma suspeita de favorecimento ilegítimo (2015, p. 25).

Mas o que poderá acontecer se a autoridade atentar contra o princípio da moralidade? Contra a probidade administrativa? As normas constitucionais e infraconstitucionais estão aí para apontar o caminho. (Vide, nesse sentido, os artigos 9º, § 14, 37, § 4º, 67, 82, inciso V, e 85, inciso V, da CF, além da Lei nº 1.079/1950, sobre crime de responsabilidade). E como poderá o cidadão proteger-se? É preciso, nesse particular, observar o disposto no art. 5º, inciso LXXIII, e na Lei nº 8.429/1992 (punição de atos de improbidade).

TRASÍMACO, citado por PLATÃO, disse que “o padrão de conduta para o membro da comunidade é a vontade do governante, que busca o seu próprio bem; e é isto que vamos encontrar na sociedade, se olharmos os fatos frontalmente. Cada um age para si, e procura conseguir tudo o que pode”. Será que essas palavras vindas da Grécia antiga ainda ecoam na Administração Pública brasileira, ao menos em parte dela?

Deveras, não será custoso lembrar este pensamento do sábio chinês Confúcio: “*Aquele que governa o povo e lhe dá bons exemplos é como a estrela polar que permanece firme, enquanto outras estrelas se movem ao*

redor dela”. E seria bom se, entre nós, prevalecesse este artigo das Leis de SÓLON, na velha Grécia: “*Homem sem moral não poderá governar*”.

3.2.5 Publicidade

A publicidade é o princípio que confere certeza às condutas estatais e segurança aos administrados. Se o poder é do povo (art. 1º, parágrafo único, CF), e se o Estado é o próprio povo reunido e constituído sob a égide do Direito, todos os comportamentos da pessoa estatal devem ser de conhecimento público.

NORBERTO BOBBIO diz que se deve “definir governo da democracia como governo do poder público em público”. Ou seja, as ações estatais não devem ficar confinadas no espaço do mistério, na sordidez da penumbra (1989, p. 83-84).

O princípio da publicidade impõe a divulgação das decisões administrativas, ressalvadas as exceções previstas no ordenamento jurídico. O veículo apropriado para a divulgação de tais atos é o órgão oficial (Diário Oficial) das entidades públicas, “impresso ou pela forma eletrônica pela rede mundial de computadores – Internet, no endereço do órgão público, como, também, os jornais contratados para essas publicações” (MEIRELLES, 2015, p. 101), que normalmente se destina à publicação desses atos estatais.

E quando a pessoa administrativa não tem condições – financeiras ou técnicas – de custear um órgão oficial de divulgação dos seus atos, como, por exemplo, uma pequena Municipalidade interiorana? Ora, há atos para os quais a lei impõe a devida publicação por meio do órgão oficial, que será o do Estado, caso o Município não tenha o seu, como, por exemplo, os atos licitatórios, mormente os avisos de editais (art. 21 da Lei 8.666/1993).

Mas há atos que podem ser levados ao conhecimento público através de sua publicação nos quadros de avisos. E diz o autor acima citado que vale ainda “como publicação oficial a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou da Câmara, onde não houver órgão oficial, em conformidade com o disposto na Lei Orgânica do Município” (MEIRELLES, 2015, p. 101).

O autor lembra que a publicidade “não é elemento formal do ato; é requisito de eficácia e moralidade” (2015, p. 98). No sentido de eficácia, há de ver-se o disposto no art. 61, parágrafo único da Lei 8.666/1993, quando se refere à publicação resumida do contrato administrativo.

O sigilo na Administração Pública somente é admitido em raríssimas hipóteses. Assim, há quem sustenta que o princípio da publicidade comporta a exceção prevista no art. 5º, inciso XXXIII, *in fine*, da CF, enquanto outros acrescentam os incisos LX e LXXII, “b”, no tocante aos atos administrativos, e, na esfera judicial, o art. 93, IX, CF, com a redação da EC 45/2004, apesar de serem públicos os julgamentos, poderá a lei limitar que, em determinados atos, só estejam presentes as partes e seus advogados, ou, ainda, a depender das circunstâncias, apenas estes últimos. Nesses casos, a Constituição buscou a proteção do direito à intimidade do interessado diante de certos casos, “considerando-o prevalente sobre o princípio do interesse público à informação”, como diz CARVALHO FILHO, o que, segundo ele, vale dizer que “a própria Carta admitiu o conflito entre tais princípios, indicando, na ponderação de valores a ser feita pelo intérprete, a preponderância do direito de sigilo e intimidade sobre o princípio geral de informação” (2015, p. 29).

Como assevera o próprio CARVALHO FILHO o “princípio da publicidade pode ser concretizado por alguns instrumentos jurídicos específicos, citando-os entre eles”:

I – o **direito de petição**, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, XXXIV, “a”, CF);

II – as **certidões**, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, “b”, CF); e

III – a ação administrativa *ex officio* de divulgação de informações de interesse público (2013, p. 26-27).

Mas, se for negado o exercício dos direitos acima mencionados, ou, ainda, se não for veiculada a informação, ou veiculada incorretamente? Nessas hipóteses, “terá o prejudicado os instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade – mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o **habeas data** (art. 5º, LXXII, CF)”, como enfatiza CARVALHO FILHO (2015, p. 27).

Enfim, não custa lembrar que a Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA ressalta a própria denominação da Administração, a qual é “Pública” (1994, p. 239).

3.2.6 Eficiência

Geralmente, os compêndios de Direito Administrativo não falavam na *eficiência* como princípio, muito embora referências à mesma já constassem do ordenamento jurídico há algumas décadas (Decreto-Lei nº 200/1967, artigos 26, inciso III, e 100). A própria Constituição de 1988 a ela se refere, de forma específica, consoante se depreende do art. 74, inciso II. O art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos) também já falava na *eficiência*, como requisito dos serviços públicos.

Embora esse princípio somente tenha adentrado, como tal, na Constituição Federal por meio da EC nº 19/98, a Constituição do Estado de Sergipe (art. 25), de 1989, já o tivera consagrado, antecipando-se, assim, o constituinte sergipano ao constituinte nacional.

Para MEIRELLES “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional” (2015, p. 102). DI PIETRO chama a atenção para o fato de que o princípio da eficiência se soma aos demais princípios, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, “especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (2015, p.118).

Esse princípio é conhecido entre os italianos como “dever da boa administração”, como lembra GASPARINI (2009, p. 22).

Há quem afirme que *eficiência* jamais será *princípio*, mas sempre terá sido *finalidade* da Administração Pública. Segundo esse raciocínio, nada é eficiente por princípio, mas por consequência. Sob esse ângulo, e para quem o defende, não seria razoável imaginar que a Administração, apenas para atender à norma constitucional ou legal, passará de repente a ser eficiente, sobretudo se as injunções políticas, o nepotismo desavergonhado e a entrega de funções, sobretudo dos altos escalões, a pessoas inescrupulosas ou de manifesta incompetência, por exemplo, não tiverem um ponto final.

De qualquer forma, trata-se de princípio retórico, imaginado e ousado pelo “constituinte reformador”, que busca, assim, atender o descontentamento da sociedade diante de sua antiga impotência para lutar contra a deficiente prestação de vários serviços públicos.

No rastro do princípio da eficiência, a EC 45/2004 (referente à Reforma do Poder Judiciário), acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da

CF, prescrevendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Comentando o dispositivo acima referido, preleciona CARVALHO FILHO:

O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade (2015, p. 32).

Enfim, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública a *preservação do bem comum* por meio de *atividades eficazes*. É oportuno lembrar que os publicistas têm se debruçado sobre a questão do *controle* quanto à observância do princípio da eficiência. O tema é complexo porque, de um lado, “há de se respeitar as diretrizes e prioridades dos administrados públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis e, do outro, não se pode admitir que o princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 32). O mestre, citando VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA, toca no ponto nevrálgico da questão, que tanto tem dividido os operadores do Direito:

Os controles administrativo (de caráter interno e processado pelos próprios órgãos administrativos) e legislativo são reconhecidamente legítimos e indubitáveis à luz dos arts. 74 e 70 da Lei Maior, respectivamente. O controle judicial, entretanto, sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade. Como tem consagrado corretamente a doutrina, “o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência”, nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência. Note-se que a ideia não pretende excluir inteiramente o controle judicial, mas sim evitar que a atuação dos juízes venha a retratar devida intervenção no círculo de competência constitucional atribuída aos órgãos da Administração (2015, p. 32-33).

É de lembrar, ainda, que a *eficiência* não se confunde com a *eficácia* nem com a *efetividade*. A eficiência diz respeito “ao *modo* pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes”. Eficácia se relaciona “com os *meios e instrumentos* empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental”. Por último, a

efetividade volta-se para “os *resultados* obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 33).

O citado doutrinador encerra o assunto, dizendo:

O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabam por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despedidas de efetividade (2015, p. 33).

Sem dúvida, complexo se apresenta o princípio da eficiência. Mas, enquanto mandamento constitucional, o mesmo deverá ser buscado pela Administração Pública.

3.3 Princípios reconhecidos ou implícitos (não expressos)

Como é sabido por todos, além dos chamados princípios explícitos, temos os princípios implícitos ou reconhecidos em relação ao texto constitucional. Estes são numerosos. Contudo, serão abordados apenas alguns deles, inclusive porque outros dos chamados princípios implícitos serão tratados de forma específica em outras unidades de estudo, tanto no Direito Administrativo I, quanto no Direito Administrativo II.

3.3.1 Igualdade ou isonomia

A ideia de igualdade, remanescente da Grécia Antiga, foi reforçada, segundo alguns, pelo Cristianismo por meio dos Atos dos Apóstolos (2,44), quando ali se diz que os cristãos tinham tudo em comum.

Entende-se por igualdade, enquanto princípio a ser observado pela Administração Pública, a equiparação de todos os indivíduos no que tange ao gozo e fruição de direitos e à sujeição a deveres. Historicamente, a proclamação fática do princípio da igualdade de todos perante a lei remonta à Revolução Francesa, como sabemos. Entre nós, esse princípio, anteriormente consagrado no art. 153, § 1º da Carta de 1967, por exemplo, aparece no art. 5º da Carta atual.

Ora, se todos são iguais perante a lei, também o são perante a Administração Pública. Sendo iguais, têm direito de receber da Administração o mesmo tratamento. E se iguais, nada pode discriminá-los.

BANDEIRA DE MELLO afiança que “o princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade”. E acrescenta que “sendo encarregada de gerir interesses de toda a coletividade, a Administração não tem sobre estes bens disponibilidade que lhe confira o direito de tratar desigualmente àqueles cujos interesses representa”. Para o autor este princípio tem sua importância refletida em vários institutos do Direito Administrativo, a exemplo da licitação e do provimento dos cargos públicos por meio do concurso (2015, p. 86).

Lembra LÚCIA VALLE FIGUEIREDO que “o princípio da igualdade é também limite ao legislador, ao aplicador da lei – seja ele juiz ou administrador” Inclusive, chama a atenção para a distinção do que se deve considerar *igualdade na lei e igualdade perante a lei*. Diz a citada mestra:

Deveras, *igualdade na lei e igualdade perante a lei* são coisas diferentes. O aplicador poderá, ao aplicar a lei, estar aplicando-a igualmente, estar aplicando a lei sem discriminações, mas poderá, ao aplicar a lei, estar violando o texto constitucional, na medida em que a lei tem de ser aferida pelas mesmas normas e princípios da Constituição.

Há afirmações de Bacoff e de Canotilho no sentido de que, antes, os direitos e garantias fundamentais valiam em face da lei; agora, todavia, a lei vale em face dos direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição. Portanto, se uma lei violar algum direito ou garantia constitucional, esta lei não atenderá ao princípio da igualdade.

Quando, em qualquer Constituição, pretender-se extirpar tal garantia, estaremos rompendo com a ordem jurídica (2006, p. 49).

Por fim, não se pode esquecer que, embasado no precioso ensinamento de ARISTÓTELES, RUI BARBOSA lecionou que isonomia é igualdade entre iguais, na medida em que se igualam.

3.3.2 Motivação

Esse princípio, diz BANDEIRA DE MELLO, “implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”. A motivação, diz ainda o mencionado mestre, “deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato” (2015, p. 115).

Considerando a hipótese de certos atos vinculados, ou seja, naqueles atos em que ocorre a aplicação quase automática da lei, sem que haja a possibilidade do discricionarismo, a simples menção do fato e da norma de Direito aplicada pode ser suficiente, pois está implícita a motivação.

Mas, noutros casos, em que se verifica a presença do poder discricionário da Administração ou em que a prática do ato vinculado depende de maior apreciação dos fatos e das normas jurídicas aplicáveis, é necessária minuciosa motivação, como ocorre, por exemplo, no processo administrativo disciplinar ou em procedimentos com vários concorrentes, como é o caso das licitações públicas.

O fundamento constitucional desse princípio, segundo BANDEIRA DE MELLO, encontra-se no art. 1º, inciso II, da Magna Carta, “que indica a cidadania como um dos fundamentos da República” e também o parágrafo único do citado artigo, “segundo o qual todo o poder emana do povo” (2015, p. 115-116), posto que o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais em seu nome são tomadas as decisões, por quem tem a obrigação de servi-los na forma do ordenamento jurídico.

É também fundamento o art. 5º, inciso XXXV, pois o princípio da motivação assegura aos cidadãos o direito individual de não se submeterem a decisões arbitrárias, de acordo com o citado mestre.

Para MEIRELLES, o princípio da motivação é “uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental” e aponta como fundamentos o art. 5º, *caput*, e inciso II, pois no Estado de Direito “só impera a vontade das normas jurídicas” (2013, p. 105). Para ele, “a motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF de 1988” (2015, p. 107).

Além disso, não é custoso lembrar que o art. 93, inciso X, da CF, exige motivação para as decisões administrativas dos Tribunais. Algumas leis também falam em motivação, como é o caso da Lei 9.784 (art. 1º, parágrafo único, e art. 50, incisos I a VIII e §§ 1º, 2º e 3º), que dispõe sobre o Processo Administrativo no âmbito federal, e da Lei 8.666/93 (Estatuto das Licitações e dos Contratos Administrativos).

3.3.3 Finalidade

O princípio em comento impõe que a Administração deve alcançar sempre a finalidade normativa. Para MEIRELLES esse princípio equivale ao princípio da impessoalidade, como vimos anteriormente.

Para BANDEIRA DE MELLO “o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser do objetivo em vista do qual foi editada”. Assim, diz ele que “tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la”. Daí por que os atos incursos neste vício – denominado ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’ – são *nulos*. Quem desatende ao fim legal desatende à própria lei (2015, p. 109).

O princípio da finalidade determina à Administração a prática de atos voltados para o interesse público. Afinal, o que a lei tem em vista é o próprio interesse da coletividade. Daí a proibição da edição de atos para a satisfação de interesses pessoais, como a desapropriação de bens particulares como mero ato de perseguição política do administrador contra o particular que não venha a ser seu eleitor. Nesse caso, tem-se o chamado *desvio genérico*. Se, por outra, o ato desatende ao fim precípua da lei, como ocorre no uso de um instrumental jurídico (a antiga carteira de identidade, por exemplo), criado para um fim determinado (segurança), para se alcançar outro fim (aumento de arrecadação), tem-se o chamado *desvio específico*.

Já dizia SANTO TOMÁS DE AQUINO que “governar é conduzir convenientemente ao devido fim a coisa governada”.

Para BANDEIRA DE MELLO “a raiz constitucional do princípio da finalidade encontra-se na própria consagração do princípio da legalidade, estampado no art. 37 da Lei Magna”, e também no art. 5º, LXIX, “no qual prevê o mandado de segurança”, visto que ali “se diz cabível sua concessão contra ilegalidade ou ‘abuso de poder’” E complementa: “Abuso de poder é o uso do poder além de seus limites. Ora, um dos limites do poder é justamente a finalidade em vista da qual poderia ser utilizado” (2015, p. 110-111).

3.3.4 Razoabilidade

Como enfatiza CARVALHO FILHO, razoabilidade “é a qualidade do que é razoável, ou seja, daquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa”. E ele alerta:

Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar

a conduta do administrador sob a mera alegação de que não o entendeu razoável. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Porém, isto sim, e até mesmo deverá, controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos. Esse é o sentido que os Tribunais têm emprestado ao controle (2015, p. 41).

Esse princípio exige *proporcionalidade* entre os meios utilizados pela Administração e os fins que ela objetiva alcançar. LÚCIA FIGUEIREDO salienta que “é por meio da razoabilidade das decisões tomadas que se poderá contrastar atos administrativos e verificar se estão dentro da moldura comportada pelo Direito” (2006, p. 50).

O fato de a lei conceder ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que ela lhe deferiu o encargo de adotar, ante as mais diversas situações, a providência mais adequada a cada uma delas. Ou seja, não cabe ao administrador agir ao sabor de suas paixões, de seus êxtases, de seus humores – bons ou maus.

Citando a ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, MEIRELLES assevera que “a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do intérprete, mesmo porque ‘cada norma trem uma razão de ser’” (2013, p. 96).

Para BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 112), os seus fundamentos constitucionais são os mesmos que dão sustentação aos princípios da *legalidade* (arts. 5º, II, 37 e 84) e da *finalidade* (art. 5º, LXIX). A Constituição de Sergipe consagrou-o no art. 25. E a Lei 9.784/1999 cita-o, separando-o, inclusive, do princípio da proporcionalidade, quando nem todos os autores o fazem.

Alguns autores e também intérpretes e aplicadores da lei têm exagerado na compreensão e aplicação desse princípio. É preciso estamos atentos para esta lição de CARVALHO FILHO:

Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretende imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal. Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público (2015, p. 42).

Consideramos extremamente coerente a posição do autor. Nos últimos tempos, têm-se procurado, no Brasil, cercear, por assim dizer, a ação discricionária da Administração Pública, na circunscrição que a lei lhe confere. Não se deve concordar jamais é com condutas administrativas que tentem ultrapassar essa fronteira legal. Novamente, a palavra de CARVALHO FILHO:

Dissentimos, por conseguinte, de doutrina que advoga a eliminação do poder discricionário da Administração diante da aplicação do princípio da razoabilidade. Se é verdade que este abranda o excesso de poder administrativo, não é menos verdadeiro que o administrador continua detendo o poder jurídico de valorar condutas e decisões, pois que essa é a sua atribuição. Não concordamos, pois, com as posições segundo as quais ao Judiciário seria conferida a função de praticamente substituir o juízo de valoração levado a cabo pelo administrador. Trata-se de radicalismo que mais complica que elucida a aplicação do direito.

Não custa lembrar, por outro lado, que o princípio da razoabilidade não incide apenas sobre a função administrativa, mas, ao contrário, incide sobre qualquer função pública, inclusive a função legislativa. Por isso mesmo, o STF, por mais de uma vez, já declarou a inconstitucionalidade de lei por violação ao princípio, tanto de lei federal, quanto de lei estadual, o que denota que esse tipo de ofensa afeta realmente o *plano de validade* dos atos (2015, p. 42-43).

Vide, como exemplos de decisões do STF, nesse sentido, a ADI 4.467, Rel. Min. ELLEN GRACIE, em 30.09.2010 (sobre Lei federal), e a ADI 1.158, Rel. Min. CELSO DE MELLO (sobre Lei estadual).

Sobre a questão da discricionariedade vista sob a ótica da razoabilidade, diz BANDEIRA DE MELLO:

Certamente cabe advertir que, embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetable qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que, existindo discricção, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada (2015, p. 112).

3.3.5 Proporcionalidade

Alguns estudiosos brasileiros separam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, enquanto outros não os separam, como vimos acima.

No Direito estrangeiro, o ordenamento norte-americano e o argentino, por exemplo, operam com a *razoabilidade*. Aliás, tal princípio tem origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica. Já os ordenamentos europeus continentais, sobretudo o alemão e

o suíço, utilizam o princípio da *proporcionalidade*, de logo absorvido por outros sistemas como os da Áustria, Holanda, Bélgica, França e outros. Aliás, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias afirmou este princípio como princípio doutrinário (CARVALHO FILHO, 2015, p. 43 – nota de rodapé 126). Para aqueles, o sentido de proporcionalidade está contido no princípio da razoabilidade. Para estes, o sentido de razoabilidade está contido no princípio da proporcionalidade.

Entre nós, atribui-se à razoabilidade o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins. À proporcionalidade associa-se, por conseguinte, um sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo naquelas de ordem restritiva ou sancionadora.

Logo, para os que consideram melhor englobar no princípio da proporcionalidade o sentido de razoabilidade, “o princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins”, como ensina ODETE MEDAUAR (2015, p. 163).

BANDEIRA DE MELLO considera que “este princípio enuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”. Embora reconheça que tal princípio “não é senão faceta do princípio da razoabilidade”, afirma que “merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surdir e entremostrarse sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento” (2015, p. 113). Aponta como seus fundamentos os mesmos do princípio da legalidade, ou seja, o art. 37 conjuntamente com os arts. 5º, II e 84, IV, CF.

Para CARVALHO FILHO:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o *excesso de poder*, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassam os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta

deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido (2015, p. 43).

O autor aponta três fundamentos para embasar o princípio em comento, conforme dispõe a doutrina teutônica:

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) *adequação*, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) *exigibilidade*, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) *proporcionalidade em sentido estrito*, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens (2015, p. 43).

De qualquer forma, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade levam ao caminho do princípio da *ponderação*.

3.3.6 Supremacia do interesse público sobre o interesse privado

É princípio geral de Direito em qualquer sociedade. É condição de existência da própria sociedade, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 99). Não há no texto constitucional um dispositivo específico que o embasa.

Pode-se fundamentá-lo, por exemplo, no art. 170, III, V e VI, da CF, e em tantos outros, enquanto pressuposto do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa. Nesse contexto podem ser citados os incisos XXIV e XXV, do art. 5º, CF, nos quais se evidencia a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Com base nessa supremacia a Administração Pública, que representa o interesse público tem:

I – o poder de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais, que são *imperativos* como tantos outros atos do Estado e ostentam a *exigibilidade*, que se traduz na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Muitas vezes tais atos ensejam, ainda, que a própria Administração possa, por seus próprios meios, executar a pretensão traduzida no ato, sem precisar recorrer antecipadamente às vias judiciais para obtê-la, no que se chama auto-executoriedade dos atos administrativos. A auto-executoriedade ocorre nestas duas hipóteses:

a) quando a lei determina de forma expressa tal comportamento;

b) quando urgente for a providência a ser tomada, necessitando, desta forma, a sua imediata execução, por não haver outro modo de eficácia idêntica e se verificar a existência de sério risco de perecimento do interesse público se não for adotada (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 99).

II – O poder de impor, com fundamento legal, sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los (mudança da mão no trânsito).

III – O poder de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, desde que dentro de certos limites.

IV – O dever de anular ou convalidar (quando convalidáveis) os atos inválidos que tenha praticado (princípio da auto-tutela).

Qualquer ameaça ou incorreta utilização dessas prerrogativas pode ser corrigida judicialmente.

Alguns vêm pondo resistências contra esse princípio, falando em sua “desconstrução”, dentre os quais figura o já citado HUMBERTO ÁVILA, como lembra CARVALHO FILHO. Em contestação a tais resistências este último diz:

Algumas vozes se têm levantado atualmente contra a existência do princípio em foco, argumentando-se no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrem determinadas situações específicas. Não lhes assiste razão, no entanto, nessa visão pretensamente modernista. Se é evidente que o sistema jurídico, é mais evidente ainda que, como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular. A existência de direitos fundamentais não exclui a densidade do princípio. Este é, na verdade, o corolário natural do regime democrático, calcado, como por todos sabido, na preponderância das maiorias. A “desconstrução” do princípio espelha uma visão distorcida e coloca em risco a própria democracia; o princípio, isto sim, suscita “reconstrução”, vale dizer, adaptação à dinâmica social, como já se afirmou com absoluto acerto (2015, p. 34-35).

3.3.7 Devido processo legal e ampla defesa

Tais princípios assentam-se na Constituição Federal, no art. 5º, incisos LIV e LV. A Lei nº 9.784/1999, no art. 2º, prevê expressamente a observância por parte da Administração Pública dos princípios da ampla defesa e do contraditório, regulando, desta forma, o preceito constitucional.

Estão consagrados nos citados dispositivos do art. 5º:

I – a exigência de um processo formal regular para que se possa atingir a liberdade e os bens do cidadão;

II – o oferecimento de oportunidade de contraditório e de defesa ampla, incluindo-se o direito de recurso, antes de a Administração Pública tomar decisões gravosas a determinado sujeito.

Comentando o disposto no inciso LV, diz MEIRELLES:

Ao falar em “litigantes”, ao lado dos “acusados”, a atual Carta Magna acabou por jurisdicionarizar o processo administrativo. Sem dúvida, em relação aos “acusados” a garantia da ampla defesa e do contraditório já havia; porém, quanto aos “litigantes”, não. Esta é, sem dúvida, uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988. É o fenômeno da processualidade administrativa (2015, p. 109).

A adoção desses princípios não deve ser levada ao extremo, mas com a devida prudência diante dos fatos concretos. BANDEIRA DE MELLO diz a esse respeito:

Os princípios aludidos não devem ser tomados de maneira tão desatada que impeçam a adoção imediata de providências da mais extrema urgência requeridas insubstituivelmente para salvaguardar interesses públicos relevantes que, de outra sorte, ficariam comprometidos.

Entendê-los de maneira tão radical implicaria olvidar a sempre lembrada lição de Carlos Maximiliano: “Deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo a que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Deles decorre, entretanto, que, nos casos em que a urgência demande postergação provisória do contraditório e ampla defesa, a Administração, de regra, não poderá por si mesma tomar as providências constritivas – e seria inconstitucional lei que a autorizasse –, pois deverá recorrer ao Poder Judiciário, demandando que as determine liminarmente (2015, p. 119-120).

Quando for estritamente necessário, pode a Administração Pública tomar imediatas providências da mais reconhecida urgência para salvaguardar interesses públicos relevantes que poderiam, de outra forma, ficar comprometidos (poder de polícia).

O devido processo legal (*due process of law*) remonta aos tempos do rei inglês João Sem Terra, que foi compelido pelos barões a assinar a Magna Carta, em 1215. O art. 39 deste memorável documento assegurava quem nenhum homem livre teria sua liberdade ou propriedade sacrificada salvo de acordo com a *law of the land* (lei da terra). Em 1354, no reinado de Eduardo III, a expressão foi substituída pela atual *due process of law*,

que, atravessando o Oceano, seria consagrada pela Emenda V à Constituição dos EUA, em 1789, e ratificada pelos estados federados norte-americanos em 1791.

3.3.8 Controle judicial dos atos administrativos

Como já se sabe, esse princípio decorre da *unidade de jurisdição* (sistema de jurisdição única ou sistema inglês) que adotamos, na República. Vale dizer: nenhum litígio sobre direitos pode ser excluído da apreciação do Poder Judiciário, por mandamento do art. 5º, inciso XXXV, CF. Quaisquer contendas entre a Administração Pública e os administrados acabarão na via judicial. Somente ao Poder Judiciário cabe resolver em caráter definitivo sobre tais contendas. É o que também se chama *universalização da jurisdição*.

De tal maneira, ao Poder Judiciário cabe:

- a) anular atos inválidos;
- b) impor à Administração Pública comportamentos a que esteja obrigada;
- c) proferir e impor condenações pecuniárias cabíveis.

3.3.9 Responsabilidade do Estado por atos administrativos

Estriba-se no art. 37, § 6º, CF, que adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado (que será estudada no próximo semestre letivo) por danos causados a terceiros.

Daí entender-se que:

I – aplica-se a responsabilidade do estado indistintamente a todas as funções públicas, não se limitando a danos advindos de atos administrativos;

II – cabe responsabilidade da Administração Pública até mesmo nos casos em que não se configure dolo ou culpa (há o direito de regresso contra o agente que deu causa); é a responsabilidade objetiva do Estado;

III – a responsabilidade objetiva, como alguns entendem, é só para comportamentos positivos do estado (comissivos); os atos omissivos não geram, para estes, responsabilidade objetiva, mas subjetiva (por culpa do serviço), ou seja, quando o Estado deveria legalmente agir,

mas, podendo fazê-lo, não o fez a tempo; há quem pense em sentido contrário, admitindo, em qualquer circunstância, a teoria objetiva, o que parece ser o mais acertado;

IV – esses critérios de responsabilidade alcançam as pessoas jurídicas de Direito Privado que prestam serviços públicos.

3.3.10 Boa administração

Decorre da conjugação dos princípios da eficiência e da legalidade (art. 37, CF), pois não seria aceitável que, por exemplo, na busca da eficiência viesse a Administração Pública a postergar a legalidade, que é dever da Administração Pública por excelência.

Esse princípio é tratado no Direito italiano, como resultado dos ensinamentos de GUIDO FALZONE. Lá, tem-se que eficiência é uma faceta da boa administração.

É de dizer que, quando se verificar hipóteses em que haja discricção administrativa (poder discricionário), “a norma só quer a solução excelente”, como justifica BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 126).

3.3.11 Segurança jurídica ou proteção à confiança

O princípio da segurança jurídica é da essência do Estado Democrático de Direito, integrando o sistema constitucional como um todo, e não se encontrando em qualquer dispositivo específico. Diz MEIRELLES que a “ele está visceralmente ligada a existência de maior estabilidade das situações jurídicas” (2015, p. 104).

É também um dos princípios gerais de Direito. E tais princípios, como se sabe, são vetores normativos dentro do sistema jurídico positivo. A Lei 9.784/1999, no art. 2º, determina obediência ao princípio da segurança jurídica. Tal Lei não admite, como consequência da aplicação do princípio, a “aplicação retroativa de nova interpretação”, ao referir-se à interpretação da norma administrativa (art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, parte final).

MEIRELLES explana:

Estudioso desse princípio, Almiro do Couto e Silva [...], quando trata do ato nulo frente ao princípio da segurança jurídica, ensina que, ‘no Direito Público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalhecimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas

que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país' (2015, p. 104-105).

Comentando sobre a adoção do princípio na Lei 9.784/1999, DI PIETRO afirma:

Como participante da Comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou essa lei, permito-me afirmar que o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa ideia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impõe, entre outros critérios a serem observados, “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação” (2015, p. 118-119).

A segurança jurídica tem merecido contestações por parte de juristas, jusfilósofos e outros, nos tempos de agora. Todavia, essa “segurança jurídica” coincide com uma das mais caras aspirações do homem: a da certeza possível em relação ao que o cerca.

Assim, a Administração Pública não pode sancionar, agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões sem a prévia e pública notícia. Ex: corte no fornecimento de um serviço público sem o prévio aviso legal.

CARVALHO FILHO, comentando este princípio, alude à prescrição e à decadência como “fatos jurídicos através dos quais a ordem jurídica confere destaque [...] ao princípio da segurança jurídica”. Lembra que tal princípio, aliado ao da proteção à confiança “passaram a constar de forma expressa no art. 54, da Lei nº 9.784, de 29.1.99, nos seguintes termos: ‘***O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fe***’. A norma, como se pode observar, conjuga os aspectos de tempo e boa-fé, mas se dirige essencialmente a estabilizar relações jurídicas pela convalidação de atos administrativos iniquinados de vício de legalidade (2015, p. 38).

Ademais, o citado publicista anota que “o STF, invocando a Lei nº 9.784/99, convalidou ato administrativo de transposição de carreira em favor de servidor, porquanto, embora calcado em lei supostamente

inconstitucional, já consolidara situação jurídica do destinatário e, desse modo, merecia proteção ‘**em homenagem ao princípio da segurança jurídica**’” (2015, p. 39). E lembra que:

No campo do direito positivo, merecem citação as Leis nº 9.868, de 10.11.99 (processo e julgamento de ação direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade), e 9.882, de 3.12.99 (processo e julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental), nas quais o legislador admite expressamente que a decisão nas referidas ações possa ter eficácia tão-somente após o trânsito em julgado, ou a partir de outro momento, “*tendo em vista razões de segurança jurídica*” ou de *excepcional interesse social*”, mantendo-se, por conseguinte, os efeitos pretéritos da lei declarada inconstitucional e resguardando-se a confiança depositada pelo indivíduo na lei editada pelos poderes políticos (2015, p. 39).

Observe-se, por fim, que há autores que ao princípio da segurança jurídica, na via administrativa, cingem o princípio da proteção à confiança, e, por vezes, também o da boa-fé.

3.3.12 Presunção de legitimidade ou de veracidade

Também chamado de princípio da presunção de legalidade, é mais ligado aos atos administrativos. Incorpora dois aspectos:

I – a presunção de verdade, que se refere à *certeza dos fatos*;

II – presunção de legalidade, uma vez que, como a Administração Pública se submete ao império da lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os atos por ela produzidos sejam verdadeiros e praticados sob o manto das normas legais.

A presunção é relativa (*juris tantum*), admitindo prova em contrário. Há, assim, a inversão do ônus da prova.

Dessa presunção decorrem as decisões executórias da Administração Pública, pois suas decisões são de execução imediata por ela própria, mediante meios diretos ou indiretos de coação.

3.3.13 Especialidade

Esse princípio é uma decorrência dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. É concernente à ideia de descentralização administrativa e normalmente é referido às autarquias, embora alguns doutrinadores o aplicam aos demais entes da Administração Pública indireta.

Ocorre que a lei que cria a autarquia estabelece com precisão as finalidades que lhe são inerentes, não sendo cabível aos administradores afastar-se de tais finalidades, pois não têm a livre disponibilidade dos interesses públicos.

O seu fundamento está no art. 37, incisos XIX e XX, CF.

3.3.14 Continuidade do serviço público

Como a nomenclatura já o diz, esse princípio volta-se para os serviços públicos e refere-se ao fato de que o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade e, portanto, tais serviços não devem sofrer solução de continuidade.

Por conta desse princípio, e na falta de lei específica que regulamente o direito de greve nos serviços públicos, observando o art. 37, inciso VII, CF, o STF decidiu pela extensão da aplicação da Lei nº 7.783/89, sob os protestos dos servidores públicos. É oportuno verificar que a CF, embora reconhecendo o direito de greve no setor privado, fez a ressalva do art. 9º, § 1º, para não ensejar a solução de continuidade nos serviços públicos prestados por terceiros mediante concessão ou permissão.

Em decorrência da continuidade do serviço público é que há:

I – a ocorrência de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas (ar. 37, IX, CF);

II – não invocação pelo contratado da *exceptio non adimpleti contractus* (exceção de contrato não cumprido) nos contratos que versem sobre a execução de serviços públicos;

III – a faculdade de a Administração Pública ocupar e utilizar o local, instalações, equipamentos, material e pessoal de empresa por ela contratada, a fim de garantir a continuidade do serviço (art. 80, inciso II, c/c art. 58, inciso V, da Lei 8.666/1993).

IV – a possibilidade de a Administração Pública intervir na concessão de um serviço público (art. 32 da Lei 8.987/1995) ou encampar a mesma (art. 37).

CARVALHO FILHO faz alusão ao liame existente entre o princípio da continuidade e o da eficiência:

Não é dispensável, porém, acentuar que a continuidade dos serviços públicos está intimamente ligada ao princípio da eficiência, hoje expressamente mencionado no art. 37, *caput*, da CF, por força de alteração introduzida pela Emenda Constitucional, relativa à reforma do Estado. Logicamente, um dos aspectos da qualidade dos serviços é que não sofram solução de continuidade, prejudicando os usuários (2015, p. 37).

A continuidade dos serviços públicos, embora deva constituir a regra geral, não tem caráter absoluto. Situações há que o excepcionam, inclusive com amparo legal, como se dá com a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), citada no item 3.2.6, e com a qual trabalharemos no próximo semestre, ao estudar Serviços Públicos. Pode ser citado como exemplo o caso da paralisação do fornecimento de um determinado serviço público para fins de reparos técnicos, como ocorre, com reparos feitos nas redes de distribuição de água encanada ou de energia elétrica.

3.3.15 Precaução

Esse princípio, embora ainda não seja estudado por muitos administrativistas, não escapa a alguns deles. É um princípio por enquanto mais afeito ao Direito Ambiental, como inclusive atestam ANTÔNIO CÉSAR LEITE DE CARVALHO e JOSÉ LIMA SANTANA, em livro sobre este ramo do Direito, publicado em 2009 com reiteradas reimpressões anuais (2012, p. 211-216). Tem origem na tendência de “desenvolver-se a ideia de que é necessário evitar a catástrofe antes que ela ocorra” e inspira as “condutas administrativas”, como diz CARVALHO FILHO (2015, p. 40). E acrescenta:

Esse postulado teve origem no âmbito do direito ambiental, efetivamente foro próprio para seu estudo e aprofundamento. Significa que, em caso de risco de danos graves e degradação ambientais, *medidas preventivas* devem ser adotadas de imediato, ainda que não haja certeza absoluta, fator este que não pode justificar eventual procrastinação das providências protetivas [como consta do Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, na ECO/92]. Autorizada doutrina, a propósito, já deixou consignado que, existindo dúvida sobre a possibilidade de dano, “a solução deve ser favorável ao ambiente e não ao lucro imediato” (2015, p. 40).

Esse é um princípio novo, em plena evolução, mas merecedor de acolhida na sociedade moderna, em decorrência de certas ações que se revelam devastadoras para os indivíduos. De tal forma, a *prevenção* deve sobrepor-se à *correção*. Há quem o invoque para tutelar o *interesse público*, considerando-se que se “determinada ação acarreta risco para a coletividade, deve a Administração adotar postura de precaução para evitar que eventuais danos acabem por concretizar-se”. Lembra o citado

administrativista que, nesses casos, incide a inversão do ônus da prova, cabendo ao interessado comprovar “que seu projeto não traz riscos para a coletividade, cabendo à Administração, em cada caso, aferir a existência, ou não, de reais condições de segurança para o interesse público” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 41).

4 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Estado, Governo e Administração Pública

4.1.1 Estado

I – Terminologia

O termo Estado vem do latim *status*, com o sentido de *estar firme*. No sentido de sociedade política permanente, o termo Estado surgiu no século XVI, na obra “O Príncipe”, de MAQUIAVEL, que, contudo, indicava as comunidades que formavam as cidades-estados tão comuns na Itália daquele tempo.

Para uns, o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, ainda que minimamente. Para outros, a sociedade precedeu ao Estado. O certo é que a noção de Estado não pode abstrair-se da de pessoa jurídica. Na verdade, o Estado é considerado um ente personalizado, seja no âmbito internacional, seja internamente (art. 41, do Código Civil). E quando se trata de uma Federação, como é o caso do Brasil, vigora o pluripersonalismo, pois além da pessoa jurídica central (União), existem outras pessoas jurídicas internas que compõem o sistema político, e que são os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

II – Poderes e funções

Embora o poder estatal seja reconhecidamente uno e indivisível, é comum dizer-se, seguindo a concepção de MONTESQUIEU, que o Estado compõe-se de três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si (CF, art. 2º) e “com suas funções reciprocamente indelegáveis”, segundo observa MEIRELLES, para acrescentar: “Esses poderes são imanentes e estruturais do Estado (diversamente dos poderes administrativos, que são incidentais e instrumentais da Administração), a cada um deles correspondendo uma função que lhe é atribuída com precipuidade” (2015, p. 62). É sempre bom lembrar que MONTESQUIEU jamais falou em separação de Poderes, mas em limitação ou equilíbrio entre os Poderes.

Segundo BANDEIRA DE MELLO, “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 instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica” (2015, p. 29).

E diz mais:

Onde há função [...], não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada (2015, p. 101).

Sabemos que não há exclusividade no exercício desta ou daquela função pública, por parte dos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, o sentido de independência e harmonia entre os Poderes deve ser entendido da seguinte maneira:

- de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro;
- de outro lado, devem objetivar os fins almejados pela Constituição.

a) Funções típicas

As funções normais dos Poderes estatais são também chamadas funções típicas. Assim, ao Poder Legislativo foi cometida a função normativa; ao Executivo, a função administrativa; e ao Judiciário, a função jurisdicional.

b) Funções atípicas

As funções que materialmente deveriam pertencer a um determinado Poder, mas, sob a autorização constitucional, vêm a ser desempenhadas por Poder diverso, são chamadas funções atípicas.

O Legislativo, por exemplo, além da função normativa, exerce a função jurisdicional, quando o Senado processa e julga o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade. Bem como, julga os Ministros de Estado, os Comandantes das Forças Armadas (art. 52, I, CF), os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado Geral da União, pelos mesmos crimes (art. 52, II). Exerce também a função administrativa quando organiza seus serviços internos (art. 51, IV, e 52, XIII, CF).

O Judiciário, afora a função jurisdicional, pratica atos no exercício da função normativa, como a elaboração dos regimentos internos dos Tribunais (art. 96, I, alínea “a”, CF), e no exercício da função administrativa, quando organiza os seus serviços (art. 96, I, alínea “b”, e seguintes; art. 96, II, alínea “a”, e seguintes).

Por seu turno, o Executivo, ao qual incumbe a função administrativa, desempenha também função normativa, quando produz, por exemplo, normas gerais e abstratas através de seu poder regulamentar (art. 84, IV, CF), ou, ainda, edita medidas provisórias (art. 62), ou leis delegadas (art. 68). Quanto à função jurisdicional, o sistema constitucional brasileiro vigente não deu margem a que pudesse ser exercido pelo Executivo. Afinal, as decisões administrativas não fazem coisa julgada (*res judicata*).

No que concerne à questão das funções típicas ou atípicas, é oportuno este comentário de CARVALHO FILHO:

Em relação à *tipicidade* ou *atipicidade* das funções, pode suceder que determinada função se enquadre, em certo momento, como típica e o direito positivo venha a convertê-la em atípica, e vice-versa. Exemplo elucidativo ocorreu com a edição da Lei nº 11.441, de 04.01.2007, que alterou o Código de Processo Civil. Inventário, separação consensual e divórcio consensual sempre constituíram *função jurisdicional atípica*, porque, a despeito de retratarem função administrativa, tinham que ser processados e finalizados pelo juiz, ainda que inexistisse litígio entre os interessados. A citada lei, no entanto, passou a admitir que o inventário e a partilha (quando os interessados são capazes e concordes), bem como a separação consensual e o divórcio consensual (quando não há filhos menores ou incapazes) possam ser realizados por simples escritura pública em Ofício de Notas comum, servindo de título para o registro público adequado (arts. 982 e 1.124-A, do CPC, com a alteração da Lei nº 11.441/2007). Com tal inovação, o que era *função jurisdicional atípica* passou a caracterizar-se como *função administrativa típica* (2015, p. 4).

4.1.2 Governo

Há uma tendência moderna de associar o termo governo ao Poder Executivo. E como a Administração diz respeito primordialmente a esse conjunto orgânico, é preciso esclarecer se ambos se diferenciam ou se identificam. O governo, segundo reiteradas afirmações, tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, considerando, inclusive, o seu futuro. Também é comum dizer que o governo é dotado de função precipuamente política e fixa as diretrizes da vida coletiva.

Para CARVALHO FILHO justamente “pela ilimitada projeção de seus misteres é que alguns autores têm distinguido **governo** e **administração**, e função administrativa e função política, caracterizando-

se esta por não ter subordinação jurídica direta, ao contrário daquela, sempre sujeita a regras jurídicas superiores” (2015, p. 5).

Segundo EISMEIN, “governo é a soberania posta em ação” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 65, nota de rodapé nº 13). E considerando-se o caso de uma Federação, como a nossa, governo seria também a autonomia posta em ação, levando em conta os entes federados, exceto a União.

4.1.3 Administração Pública

O termo administração, que vem do latim *administratio*, não tem uma única e inequívoca acepção. Esse vocábulo tanto abrange a atividade superior de planejar, dirigir e comandar, como a atividade subordinada de executar. Logo, tem-se presente a relação subordinado/subordinante. A administração pressupõe sempre o administrador (chefe que expede ordens e instruções) e o administrado (subalterno que acata ordens e cumpre instruções). Isso, lógico, internamente.

D’ALESSIO diz que a Administração Pública “é a atividade concreta do Estado dirigida a satisfazer as necessidades coletivas em forma direta e imediata”. E JEAN RIVERO conceitua que a “Administração é a atividade pela qual as autoridades satisfazem necessidades de interesse público utilizando prerrogativas de poder” (*Apud* MEIRELLES 2015, p. 66, continuação da nota 13).

CARVALHO FILHO esclarece que na identificação da função administrativa destaca-se o critério material:

Não custa, por fim, lembrar que, a despeito da reconhecida diversidade dos critérios identificadores da função administrativa [...], é o critério material que tem merecido justo realce entre os estudiosos; cuida-se de examinar o conteúdo em si da atividade, independentemente do Poder de onde provenha. Em virtude dessa consideração é que constituem função materialmente administrativa. Em virtude dessa consideração é que constituem função materialmente administrativa atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário, de que são exemplos decisões de processos de jurisdição voluntária e o poder de polícia do juiz nas audiências, ou no Poder Legislativo, como as denominadas ‘leis de efeitos concretos’, atos legislativos que, ao invés de traçarem normas gerais e abstratas, interferem na órbita jurídica de pessoas determinadas, como, por exemplo, a lei que concede pensão vitalícia à viúva de ex-presidente. Em relação a elas a ideia é sempre residual: onde não há criação de direito novo ou solução de conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, sob o aspecto material, é a administrativa (2015, p. 5).

4.1.4 Distinções entre Governo e Administração (MEIRELLES, 2015, p. 67).

| Nomenclatura | Governo | Administração |
|---|---|---|
| Em sentido formal (orgânico ou subjetivo) | É o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais. | É o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo. |
| Em sentido material (funcional ou objetivo) | É o complexo de funções estatais básicas. | É o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral. |
| Em sentido operacional | É a condução política dos negócios públicos. | É o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. |
| Natureza da atividade | Política e discricionária. | Neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. |
| Natureza da conduta | Independente. | Hierarquizada |
| Natureza da responsabilidade | Constitucional e política, sem responsabilidade profissional pela execução. | Técnica e legal pela execução, e sem responsabilidade constitucional e política. |
| Natureza das decisões | Política (a faculdade de opções políticas é prerrogativa do Governo). | Instrumental (apenas na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva) para pôr em prática as opções políticas do Governo. |

Em suma, pode-se dizer que a tônica do governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente, enquanto que a Administração é todo o aparelhamento do Estado, que se volta para a prestação de seus serviços e para pôr em prática as opções políticas de governo. A Administração não pratica atos de governo; pratica atos de execução (atos administrativos).

4.1.5 Uso da locução ‘Administração Pública’ no art. 37 da CF

De acordo com o precioso ensinamento de JOSÉ AFONSO DA SILVA, o art. 37 da CF emprega a locução administração pública com os sentidos formal e material. Emprega-a “como conjunto orgânico ao falar em administração pública direta e indireta dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. E “como atividade administrativa, quando determina sua submissão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, bem como “da licitação (inciso XXI) e os de organização do pessoal administrativo (diversos incisos)” (1996, p. 604).

4.1.6 Estrutura Fundamental da Administração Pública no Brasil

4.1.6.1 Considerações gerais

Na organização administrativa brasileira há uma divisão vertical e uma divisão horizontal.

I – Divisão vertical

Decorre da forma federativa e não significa hierarquia entre os níveis administrativos. De acordo com esse critério existe a Administração Pública Federal, a Estadual, a Distrital e a Municipal.

II – Divisão horizontal

Em cada uma das Administrações dispostas na divisão vertical pode existir, quando o grau de complexidade admitir, a centralização e a descentralização administrativa. Desse modo, o Estado pode desenvolver as atividades administrativas que, constitucionalmente, lhe cabem ou que ele assume:

- a) por si mesmo (art. 175, 196-197, 205 c/c 208, I);
- b) através de outros sujeitos:
 - transfere a particulares (art. 175, CF), no que se chama “delegação”;
 - cria entidades (art. 37, XIX, CF), no que se chama “outorga”.

É oportuno lembrar que alguns não distinguem delegação de outorga, como, às vezes, as leis também não o fazem.

4.1.6.2 Centralização e desconcentração

I – Centralização

É quando a atividade é exercida pelo próprio Estado, ou seja, pelos órgãos da Administração Pública (Ministérios, Secretarias etc.), “que são simples repartições interiores de sua pessoa e que por isto dele não se distinguem”. Consiste, pois, em simples “distribuições internas de plexos de competências, ou seja, em ‘desconcentrações’ administrativas” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p.154). Tem-se presente, portanto, a chamada Administração Pública direta, expressão que ingressou no ordenamento jurídico brasileiro mediante disposição do art. 4º, do Decreto-Lei 200/1967 e seria consagrada pela Constituição de 1988 (art. 37).

II – Desconcentração

O Estado e as pessoas jurídicas por ele criadas para auxiliar em suas competências repartem, “*no interior deles mesmos*, os encargos de suas alçadas, para decidir os assuntos que lhes são afetos, dada a multiplicidade deles”, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 154).

Diz o autor acima citado que “o fenômeno da distribuição interna de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas, denomina-se desconcentração”, que se opera:

- a) Em razão da matéria ou assunto (Ex: Ministério da Justiça, da Saúde, da Educação, dos Transportes etc.).
- b) Em razão do grau, ou seja, do nível de responsabilidade decisória que se confere aos escalões hierárquicos ou patamares de autoridade (Ex: Departamento, Divisão, Seção etc., com os seus respectivos diretores ou chefes).
- c) Em razão da territorialidade ou divisão geográfica (Ex: Delegacia da Receita Federal, Delegacia Regional de Polícia etc.).

Essa divisão não causa dano à “unidade monolítica do Estado, pois todos os órgãos e agentes permanecem ligados por um sólido vínculo denominado *hierarquia*” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 154).

III – Hierarquia

Pode-se definir hierarquia “como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno”, de forma

“*contínua e permanente*”, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 154).

4.1.6.3 Descentralização

Dá-se a descentralização quando a administração é exercida por pessoas jurídicas distintas do Estado. É quando o Estado atua indiretamente, pois o faz através de outras pessoas, que são seres juridicamente distintos dele, embora sejam criaturas suas, que se constituem em parcelas personalizadas da totalidade do aparelho administrativo (art. 37, XIX, CF).

Tais entidades, que compõem a chamada Administração Pública indireta, se sujeitam, contudo, ao controle do ente estatal e estão, administrativamente, vinculadas a um determinado órgão. Ex: A SABESP, que é uma entidade, posto que sociedade de economia mista vincula-se – e não *se subordina* – a uma Secretaria. Logo, há apenas um vínculo para fins de *controle* administrativo, mas não há hierarquia entre a Administração Central e a entidade ou pessoa estatal descentralizada. A primeira não *subordina* a segunda, em tese. O referido *controle*, ou *tutela*, como alguns preferem dizer, é um poder conferido pela lei, que cria ou autoriza a instituição da entidade, ao ente criador, e que deve ser exercido nos limites e na forma da própria lei. Na verdade, esse *controle* é exercido para que a entidade criada não se desvie dos fins colimados pela lei.

4.1.6.4 Distinção entre descentralização e desconcentração

Descentralização e desconcentração são conceitos que não se confundem.

A descentralização pressupõe pessoas jurídicas diversas: o ente criador que tem a titulação sobre certa atividade ou serviço e as criaturas às quais foi atribuída a execução das atividades ou serviços em foco. Os entes criados pelo Poder Público constituem, como foi visto, a Administração Pública indireta.

Por outro lado, a desconcentração refere-se sempre a uma só pessoa, pois tem em vista a distribuição de competências no interior dela, permanecendo a ligação unificadora da hierarquia, como enseja BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 155). A desconcentração, que seria própria da Administração Pública direta, também pode ocorrer nas entidades que compõem a Administração Pública indireta.

4.2 Órgãos Públicos

4.2.1 Teorias sobre as relações do Estado com os agentes públicos

Sendo o Estado uma *pessoa jurídica* e não dispondo, conseqüentemente, de vontade própria, ele atua por meio de *pessoas físicas*, que são os *agentes públicos*. Entre a pessoa jurídica em si (Estado) e as pessoas físicas (agentes), há um grande número de repartições internas, que constituem os órgãos públicos. Daí surgirem algumas teorias para explicar as relações do Estado, enquanto pessoa jurídica, com seus agentes.

I – Teoria do mandato

Essa teoria considerava que o agente público (pessoa física) era *mandatário* da pessoa jurídica (Estado). Mas seria criticada porque não explicava como o Estado, que não tem vontade própria (a vontade do Estado está na lei), podia outorgar o mandato.

II – Teoria da representação

De acordo com essa teoria, o agente público seria *representante* do Estado por força de lei, à semelhança do tutor ou do curador, que representam os incapazes. Também foi criticada, por três motivos, a saber:

- a) por equiparar a pessoa jurídica (Estado) ao incapaz;
- b) por implicar a ideia de que o Estado confere representantes a si mesmo, quando não é isso que ocorre na tutela e na curatela;
- c) por que, se o dito representante exorbitasse de seus poderes, não se poderia atribuir responsabilidades ao Estado, enquanto representado.

Ora, o incapaz pode outorgar, validamente, a sua representação? Claro que não. Como, então, se aplicaria a responsabilidade extracontratual do Estado (art. 37, § 6º, CF) Logo, a teoria do mandato e a teoria da representação acabaram ruindo.

III – Teoria do órgão

Por essa teoria, a pessoa jurídica expressa a sua vontade por meio dos órgãos, titularizados por seus agentes, como se o próprio Estado o fizesse. Substitui-se a ideia de representação pela de *imputação volitiva*, ou seja, a vontade do órgão público é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence.

Enquanto a teoria da representação considerava a existência da pessoa jurídica e do representante como dois entes distintos, a teoria do órgão funde os dois elementos, para concluir que o órgão é parte integrante do Estado.

Assim, de acordo com DIOGENES GASPARINI, “o que o agente público quer ou faz, desde que no exercício de sua atividade funcional, entende-se ser o desejo ou a atuação do Estado naquele momento, ainda que o agente público haja querido ou agido mal. O que o agente público quis é o que quis o Estado. Não há, pois, agente público e Estado desempenhando as funções de representante e representado, mas uma só unidade” (2009, p. 49).

MEIRELLES chama a atenção para a distinção entre imputação da atividade funcional e a representação legal da entidade estatal, que será objeto de estudo no **item 4.2.5**.

A teoria do órgão, inclusive, tem sido usada por alguns doutrinadores para justificar a validade dos atos praticados até mesmo por *servidor de fato* (aquele que não tem investidura legítima).

Considera-se, segundo eles, que o ato do servidor é ato do órgão e, portanto, imputável à Administração. Tem-se, como foi visto, uma relação de imputação. Nesse caso, bastariam a aparência da investidura e o exercício da atividade pelo órgão.

A título de exemplificação, tivemos, no estado de Sergipe, em passado recente, um caso que, se fosse concretizado, teria servido para ilustrar o comentário acima: o Governo do Estado nomeou um engenheiro elétrico para a direção geral de uma autarquia, quando a Lei que a criou dizia que o seu dirigente máximo deveria ser engenheiro civil, de minas ou de estradas. Portanto, a investidura de um engenheiro elétrico não seria válida. Alertado, o Governo invalidou, a tempo, o decreto de nomeação e encaminhou um projeto de lei à Assembleia Legislativa, para alterar a lei anterior, o que foi feito, possibilitando que o engenheiro elétrico pudesse dirigir a autarquia.

Ora, pela tese, aceita por alguns, do *servidor de fato*, se o nomeado tivesse tomado posse e praticasse atos administrativos, estes seriam imputados à Administração, pois se teria no dirigente empossado um servidor de fato, vez que ali se achavam a aparência de investidura e o exercício da atividade do Estado, na forma da teoria em tela. Mas há também quem entende que tais atos seriam, simplesmente, nulos. Somos dessa opinião.

4.2.2. A natureza dos órgãos públicos

Sobre a natureza dos órgãos públicos foram formuladas três teorias, a saber:

I – Teoria subjetiva

Identifica os órgãos com os agentes públicos. Assim, são entes que, exercendo suas competências, manifestam a vontade do Estado, exprimem suas decisões e agem em seu nome. Essa teoria foi combatida porque, se assim fosse, o órgão deixaria de existir caso o agente público morresse ou se desvinculasse do Estado.

II – Teoria objetiva

Essa teoria vê no órgão apenas um conjunto de atribuições, um complexo de funções, que não se confunde com o agente público. Logo, o órgão não é o secretário, mas a Secretaria, por exemplo. Tem a vantagem, sobre a teoria subjetiva, de possibilitar a subsistência do órgão, mesmo desaparecendo o agente. Foi criticada porque se o órgão é um complexo de poderes ou funções, não tem vontade própria e, assim, não explica como seria manifestada a vontade do Estado.

III – Teoria mista ou eclética

Por essa teoria, os órgãos são formados por dois elementos: o agente público e o complexo de atribuições. Apresentando esses dois elementos, conjuntamente, a teoria eclética ou mista supera as outras duas. Mas, na realidade, acabou sofrendo críticas porque agrupa os vícios que as duas anteriores apresentam.

Diz GASPARINI que assiste razão a BANDEIRA DE MELLO, para quem é preciso reconhecer a existência das duas realidades – agente público e conjunto de atribuições – “que se solicitam mutuamente, sem se fundirem em uma só unidade. Ambas são necessárias à formação e expressão da vontade do Estado” (2009, p. 47).

Para MEIRELLES, “cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica” (2015, p. 70).

Isso explica, por exemplo, por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares – os agentes públicos – não implica na extinção do órgão.

4.2.3 Conceito

Os órgãos públicos são, na verdade, e como dito antes, centros de competências do Estado. Reunidos, hierarquicamente, compõem a estrutura da Administração Pública. Somadas suas atribuições, constituem a totalidade das competências do Estado.

Os órgãos públicos não se distinguem do Estado. São partes ou componentes de sua estrutura. Ou seja, não têm personalidade jurídica, pois, se a tivessem, a própria personalidade jurídica do Estado desapareceria, porquanto os direitos e obrigações decorrentes de sua ação ou omissão pertenceriam a eles, e não ao Estado. Logo, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica (o Estado). A pessoa jurídica é o todo, enquanto o órgão é uma parcela integrante do todo. O órgão também não se confunde com a pessoa física (agente público), porque aquele congrega funções que este vai exercer.

Para MEIRELLES “órgãos públicos são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem” (2015, p. 69).

Já para BANDEIRA DE MELLO “são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”. E ainda: “Por se tratar, tal como o próprio Estado, de entidades reais, porém abstratas (seres sem razão), não têm nem vontade nem ação, no sentido de vida psíquica ou anímica próprias, que, estas, só os seres biológicos podem possuí-las. De fato, os órgãos não passam de simples repartições de atribuições, e nada mais” (2015, p. 144).

Os órgãos públicos são instrumentos das pessoas jurídicas (entidades estatais e administrativas), como afirma MEIRELLES:

Como partes das entidades que integram, os órgãos são meros instrumentos de ação dessas pessoas jurídicas, preordenados ao desempenho das funções que lhes forem atribuídos pelas normas de sua constituição e funcionamento. Para a eficiente realização de suas funções cada órgão é investido de determinada competência, redistribuída entre seus cargos, com a correspondente parcela de poder necessária ao exercício funcional de seus agentes (2015, p. 70).

Como simples instrumentos do Estado (considerando-se as três esferas federadas) e das demais pessoas jurídicas (entidades que compõem

a Administração indireta), que são corpos vivos, os órgãos não têm vontade própria. Vontade própria, na forma da lei, a têm as entidades, que são capazes de exercer direitos e contrair obrigações.

4.2.4 Criação e extinção

Sendo partes, repartições do Estado, ou, como define CARVALHO FILHO, “compartimentos internos da pessoa pública”, os órgãos públicos “não são livremente criados e extintos pela só vontade da Administração”. De tal forma, tanto “a criação como a extinção de órgãos *dependem de lei*, e nesse sentido dispõe a vigente Constituição quando inclui a exigência na relação das denominadas ‘*reservas legais*’, matérias cuja disciplina é reservada à lei (art. 48, XI)”, acresce o autor citado (2015, p. 13).

Confrontando a situação anterior dada pela redação original da CF, com a atual, decorrente da EC nº 32/2001, CARVALHO FILHO faz a seguinte e acertada explanação:

Anteriormente era exigida lei para a criação, estruturação e atribuições dos órgãos, mas com a nova redação dada ao dispositivo pela EC nº 32, de 11/9/2001, a exigência passou a alcançar apenas a criação e a extinção de órgãos. Em consequência, a estruturação e as atribuições podem ser processadas por decreto do Chefe do Executivo, como consta, aliás, no art. 84, VI, “a”, da CF, também alterado pela referida Emenda.

Não obstante, pelo evidente interesse da Administração, a Carta reserva ao Presidente da República (e, por simetria, aos demais Chefes de Executivo) iniciativa privativa para deflagrar o processo legislativo sobre a matéria (art. 61, § 1º, II, “e”, CF). A EC nº 32/2001, alterando este último dispositivo, fez remissão ao art. 84, VI, da CF, também alterado pela aludida Emenda [...], segundo o qual é da competência do Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre organização e funcionamento da Administração Federal, desde que não haja aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos. Sendo assim, são legítimas a transformação e a reengenharia de órgãos públicos por ato privativo do Chefe do Executivo (e, portanto, dispensada lei) quando tais fatos administrativos se incluam no mero processo de organização da administração pública (2015, p. 13-14).

A EC 32/2001 atendeu ao que já havia consagrado parte da doutrina, segundo a qual seria permitido ao Executivo criar “órgãos auxiliares, inferiores ou subalternos, desde que aproveitasse os cargos já existentes e tivesse a competência delegada por lei, somando-se ainda a condição de não serem praticados atos que pudessem constranger a esfera jurídica dos particulares” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 14).

É preciso atentar para o fato de que, além do art. 61, § 1º, II, “e”, da CF (iniciativa dos Chefes do Poder Executivo, nas três esferas

administrativas, por conta da simetria), essa iniciativa foi também concedida ao Poder Judiciário (art. 96, II, “c” e “d”) e ao Ministério Público (art. 127, § 2º).

4.2.5 Relações entre os órgãos públicos e capacidade processual

MARCELLO CAETANO, em Portugal, discorrendo sobre o órgão público diz:

O órgão faz parte da pessoa colectiva, pertence ao *ser*, exactamente como acontece com os órgãos da pessoa humana.

É através dos seus órgãos que a pessoa colectiva conhece, pensa e quer. O órgão não tem existência distinta da pessoa, a pessoa não pode existir sem os órgãos. Os actos dos órgãos são actos da própria pessoa e tudo quanto diz respeito às relações entre os diversos órgãos da mesma pessoa colectiva tem carácter meramente interno (1997, p. 204).

Então, existem ou não relações interorgânicas? Ou seja, os órgãos públicos relacionam-se entre si? Eis mais um problema que os especialistas tiveram que enfrentar.

Se os órgãos públicos não têm personalidade jurídica, “suas relações são de fato, dado que as jurídicas só podem existir entre sujeitos de direito, isto é, pessoas”. Ao contrário, se as relações são jurídicas, os órgãos públicos têm personalidade jurídica, isto é, são sujeitos de direito ou pessoas, como acentua GASPARINI (2009, p. 49). Mas já é sabido que os órgãos são desprovidos de personalidade jurídica.

E o que, de fato, existe? A doutrina não é coesa nessa compreensão. Para alguns, o que existe é tão somente relação entre os agentes públicos, que são incumbidos das competências ou atribuições inerentes aos órgãos, pois que estes “não passam de simples partições internas da pessoa cuja intimidade estrutural integram, isto é, não têm personalidade jurídica”, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 144).

Esclarece, ainda, o citado administrativista, que “as chamadas relações interorgânicas, isto é, entre os órgãos, são, na verdade, relações entre os agentes, enquanto titulares das respectivas competências, os quais, de resto – diga-se de passagem –, têm direito subjetivo ao exercício delas e dever jurídico de expressarem-nas e fazê-las valer, inclusive contra intromissões de outros órgãos” (2015, p. 144).

Portanto, não há falar em relação interorgânica. E “muito menos entre eles e outras pessoas, visto que, não tendo personalidade, os órgãos não podem ser sujeitos de direitos e obrigações”, sentencia BANDEIRA

DE MELLO (2015, p. 145). O que há, na verdade, é “uma relação *interpessoal* ou *intersubjetiva*, ou seja, de agente para agente”, como enfatiza GASPARINI (2009, p. 50).

Já MEIRELLES diz que:

Embora despersonalizados, os órgãos mantêm relações funcionais entre si e com terceiros, das quais resultam efeitos jurídicos internos e externos, na forma legal ou regulamentar. E, a despeito de não terem personalidade jurídica, os órgãos podem ter prerrogativas funcionais próprias que, quando infringidas por outro órgão, admitem defesa até mesmo por mandado de segurança (2015, p. 70-71).

Como foi dito no **item 4.2.1 – III**, MEIRELLES chama atenção para a distinção necessária que se deve fazer entre *imputação da atividade funcional* e a *representação legal da entidade estatal*:

A atuação dos órgãos é imputada à pessoa jurídica que eles integram, mas nenhum órgão a representa juridicamente. A representação legal da entidade é atribuição de determinados *agentes* (pessoas físicas), tais como Procuradores judiciais e administrativos e, em alguns casos, o próprio Chefe do Executivo (CPC, art. 12, I, II e VI). Não se confunda, portanto, a *imputação* da atividade funcional do órgão à pessoa jurídica com a *representação* desta perante a Justiça ou terceiros: a imputação é da atuação do órgão à entidade a que ele pertence; a representação é perante terceiros ou em juízo, por certos agentes (2015, p. 71).

Não se há de aceitar, assim, tanto a teoria do mandato, quanto a da representação, estudadas anteriormente:

Não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato, mas sim de *imputação*, porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica. Daí por que os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que eles compõem. Assim os órgãos do Estado são o próprio Estado compartimento em centros de competência, destinados ao melhor desempenho das funções estatais. Por sua vez, a vontade psíquica do agente (pessoa física) expressa a vontade do órgão, que é a vontade do Estado, do Governo e da Administração (MEIRELLES, 2015, p. 71).

Adverte o referido autor que “essa capacidade processual, entretanto, só a têm os órgãos independentes e os autônomos, visto que os demais – superiores e subalternos –, em razão de sua hierarquização, não podem demandar judicialmente outros órgãos, uma vez que seus conflitos de atribuições serão resolvidos administrativamente pelas chefias a que estão subordinados” (2015, p. 71, em nota de rodapé nº 21). A classificação dos órgãos acima declinada será vista logo adiante, no **item 4.2.6**.

EDMIR NETTO DE ARAÚJO salienta, com precisão, que a “personalidade jurídica da Administração direta é a de suas ‘Fazendas’”

(2007, p. 143). Por exemplo, não se demanda contra uma Secretaria de Estado (órgão despersonalizado), mas contra a Fazenda Pública estadual.

Discorrendo sobre a capacidade processual dos órgãos públicos, CARVALHO FILHO assevera:

Como círculo interno de poder, o órgão em si é despersonalizado; apenas integra a pessoa jurídica. A capacidade processual é atribuída à pessoa física ou jurídica, como bem averba o art. 7º do CPC, segundo o qual *toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo*. Sendo assim, o órgão não pode, como regra geral, ter capacidade processual, ou seja, idoneidade para figurar em qualquer dos polos de uma relação processual. Faltaria a presença do pressuposto atinente à capacidade de estar em juízo. Nesse sentido já decidiu o STF e têm decidido os demais Tribunais (2015, p. 15-16).

Vale destacar que o STJ não reconheceu a capacidade processual de Câmara Municipal que litigava contra o INSS a respeito de contribuições previdenciárias sobre subsídios de seus membros (REsp 1.109.840-AL, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJ 17.06.2009). Aliás, essa querela entre Câmaras Municipais e INSS se verificou no país inteiro, recentemente. A capacidade processual, nesses casos, é da Fazenda Pública Municipal, e não do órgão legislativo.

Outra, no nosso entendimento, não deve ser a compreensão. Todavia, nos tempos que correm, está se verificando a tendência de “conferir capacidade a órgãos públicos para certos tipos de litígio”, como diz, ainda, CARVALHO FILHO, que continua em sua preciosa preleção:

Um desses casos é o da impetração de mandado de segurança por órgãos públicos para certos tipos de litígio. Um desses casos é o da impetração de mandado de segurança por órgãos públicos de natureza constitucional, quando se trata de defesa de sua competência, violada por ato de outro órgão. Em consequência, para exemplificar, *a Assembleia Legislativa Estadual, a par de ser órgão com autonomia financeira expressa no orçamento do Estado, goza, legalmente, de independência organizacional. É titular de direitos subjetivos, o que lhe confere a chamada ‘personalidade judiciária’, que a autoriza a defender os seus interesses em juízo. Tem, pois, capacidade processual. Em outra hipótese, já se admitiu mandado de segurança impetrado por Câmara Municipal contra o Prefeito para o fim de obrigá-lo à devida prestação de contas ao Legislativo, tendo sido concedida a segurança* (2015, p. 16).

A segurança acima referida vem do TJ-RJ (MS 2008.004.00067, publicado em 18/09/2008).

Oportuna é a observação do publicista em foco, no que concerne ao caráter de excepcionalidade da personalidade jurídica em comento,

considerando que somente a têm os órgãos independentes (de envergadura constitucional, como ele o diz):

Repita-se, porém, que essa excepcional personalidade judiciária só é aceita em relação aos órgãos mais elevados do Poder Público, de envergadura constitucional, quando defendem suas prerrogativas e competências. Por outro lado, esse tipo de conflito se passa entre órgãos da mesma natureza, como é o caso (talvez o mais comum) de litígio entre o Executivo e o Legislativo, e, como pertencem à mesma pessoa política, não haveria mesmo outra alternativa senão admitir-lhes, por exceção, a capacidade processual. O que não nos parece tecnicamente adequado é a formação de litisconsórcio entre o órgão e a própria pessoa a que pertence, como já foi decidido [pelo STJ in Resp nº 241.637-BA, 1ª Turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, Julg. Em 17/2/2000]. Ou a personalidade jurídica é atribuída ao órgão em si para a defesa de sua competência, ou, se o problema é diverso, a capacidade deve ser da pessoa federativa, ainda que a controvérsia atinja mais especificamente determinado órgão (2015, p. 16-17).

Segundo o entendimento acima esposado, se houver conflitos entre órgãos comuns, ou seja, não constitucionais, da Administração, a solução a ser buscada deve ter caráter intestino e, assim, deverá ser processada pelos órgãos superiores, por conta do princípio da hierarquia administrativa.

Deve-se atentar para o fato de que o Código do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/1990, dispõe, no art. 82, III, que têm legitimidade para promover a liquidação e execução de indenização “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código”. É o caso, por exemplo, do PROCON.

Mas CARVALHO FILHO esclarece, com proficiência, que tal “situação processual, diga-se por oportuno, é excepcional e só admissível ante expressa previsão legal” (2015, p. 17). Está correto.

4.2.6 Classificação dos órgãos públicos

A classificação mais comum que se costuma fazer dos órgãos públicos é a que tem por critério a posição do órgão na estrutura estatal, a composição do órgão e a atuação funcional. Esta é a classificação concebida por MEIRELLES (2015, p. 72-76) e seguida por GASPARINI (2009, p. 50-52), embora CARVALHO FILHO diga que os critérios distintivos entre as categorias propostas nesta classificação lhe “parecem imprecisos os critérios distintivos entre as categorias, *venia concessa* ao grande administrativista” (2015, p. 17, nota de rodapé 40). Todavia, a classificação por ele proposta, grosso modo, não tem maiores diferenças.

Para DI PIETRO, os órgãos são classificados quanto à *esfera de ação*, em *centrais* (Ministério da Fazenda ou Secretaria de Estado da Saúde, por exemplo) e *locais* (Delegacia Regional da Receita Federal ou Hospital Regional de Itabaiana, por exemplo) e quanto à *posição estatal* (2015, p. 650-651). Nesse caso, ela adota a classificação de MEIRELLES (item 4.2.6.1). Preferimos trabalhar com a classificação dos dois primeiros autores, isto é, MEIRELLES e GASPARINI.

4.2.6.1 Quanto à posição que ocupam na estrutura estatal

I – Independentes

São os órgãos que se originam da Constituição e representam os Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário. Estão colocados no topo da pirâmide organizacional, sem qualquer subordinação hierárquica ou funcional (art. 2º, CF). Estão sujeitos apenas ao controle constitucional de um Poder pelos outros. São chamados órgãos primários do Estado, a saber:

- a) Na esfera federal: o Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal; a Presidência da República; o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores.
- b) No âmbito estadual: as Assembleias Legislativas, as Governadorias e os Tribunais de Justiça dos Estados membros e do DF (e, antes, os Tribunais de Alçada, criados pela Constituição de 1946 e extintos pela EC nº 45/2004). MEIRELLES inclui os “Tribunais do Júri, e as Varas das Justiças Comum e Especial” (2015, p. 73).
- c) Na área municipal: a Câmara de Vereadores e a Chefia do Executivo.

MEIRELLES inclui, ainda, nessa classificação o Ministério Público federal e estadual e os Tribunais de Contas (da União, dos estados e dos municípios, onde houver), que são “órgãos funcionalmente independentes”, [conforme dispõe os artigos 127, § 1º, e 73, respectivamente, da CF] “e seus membros integram a categoria dos *agentes políticos*, inconfundíveis com os *servidores* das respectivas instituições” (2015, p. 73). Já SYLVIA DI PIETRO prefere enquadrar o Ministério Público entre os órgãos autônomos (2015, p. 651), não se reportando expressamente aos Tribunais de Contas. Entretanto, ela elenca entre os órgãos autônomos o antigo Serviço Nacional de Informações – SNI. Já a atual ABIN – Agência Brasileira de Informações, sucessora do SNI, não é um órgão, mas uma entidade, posto que agência, ou seja, tem natureza autárquica.

II – Autônomos

Tais órgãos situam-se na cúpula da Administração Pública, logo abaixo dos órgãos independentes e a estes subordinados. Têm autonomia administrativa, financeira e técnica. São órgãos diretivos, com funções de planejamento, supervisão, coordenação e controle das atividades de sua competência. Vale salientar que a sua autonomia observa as diretrizes traçadas pelos órgãos independentes. São eles:

- a) Na esfera federal: os Ministérios, a Advocacia Geral da União e todos os órgãos diretamente subordinados aos Chefes de Poderes. Seus dirigentes, normalmente, são agentes políticos, nomeados em comissão.
- b) Na área estadual: as Secretarias de Estado e a Procuradoria Geral do Estado.
- c) No âmbito municipal: as Secretarias Municipais e a Procuradoria Geral do Município, onde houver.

III – Superiores

São órgãos de direção, controle, decisão e comando dos assuntos de sua competência específica, mas sempre subordinados, administrativa e financeiramente. Podem ser Gabinetes, Secretarias Gerais, Inspetorias, Procuradorias Administrativas ou Judiciais, também denominadas Sub Procuradorias do Administrativo e do Contencioso, nalgumas Administrações, Departamentos, Divisões. Pode-se encontrá-los nas três esferas de governo.

IV – Subalternos

São aqueles que têm reduzido poder decisório, realizam os serviços rotineiros, atendem ao público. São as seções, os setores, as portarias, que são encontradas em todas as esferas de governo.

4.2.6.2 Quanto à estrutura estatal (ou composição)

I – Simples ou unitários

Estes são os órgãos dotados de um único centro de competências ou atribuições. O que tipifica o órgão como simples é a inexistência de outro órgão dentro da estrutura para realizar sua função ou auxiliar no seu desempenho. Há quem confunde o órgão simples com o cargo de seu agente e com o próprio agente, de forma equivocada.

É preciso entender, como ensina MEIRELLES, que “o órgão é a unidade de ação; o cargo é o lugar reservado ao agente; e o agente é a pessoa física que exercita as funções do órgão” (2015, p. 74).

Esse tipo de órgão, apesar da nomenclatura, pode ter vários cargos e agentes, e isso não influi na unidade orgânica, desde que esta seja mantida num único centro de competência. São exemplos desses órgãos as seções, os serviços, as portarias, quando representam as últimas repartições da estrutura da Administração Pública.

II – Órgãos compostos

São os que congregam na sua estrutura outros órgãos menores, que são encarregados de exercer a mesma função principal, embora especializada (atividade fim), ou com funções auxiliares diversificadas (atividade meio). Um Ministério e uma Secretaria Estadual ou Municipal são exemplos desse tipo de órgão, pois têm em suas respectivas estruturas vários órgãos menores, como os de pessoal, transporte, material, serviço de apoio etc., responsável pela realização de suas competências, mas todos eles integrados e hierarquizados ao órgão mais alto e fiscalizados pelos chefes imediatos.

Por oportuno, deve lembrar-se que a atividade fim no Ministério da Educação é a política educacional do Governo, executada pelas Secretarias específicas, por exemplo. Já a atividade meio é complementar e serve para viabilizar aquela.

4.2.6.3 Quanto à atuação funcional

I – Singulares ou unipessoais

São os que agem e decidem pela manifestação de um único agente, que é o seu chefe e representante. Tais órgãos geralmente têm muitos outros agentes auxiliares, mas a característica de sua singularidade é o desempenho de sua função precípua por um só agente investido de titularidade. São exemplos desses órgãos a Presidência da República e as Governadorias (que concentram as funções executivas das respectivas entidades estatais, as enfeixam num só cargo de chefia suprema, além de atribuir seu exercício a um único titular).

II – Colegiados ou pluripessoais

São aqueles que agem e decidem pela manifestação da maioria de seus membros. Nesses órgãos não prevalece a vontade individual de seus respectivos dirigentes, nem a de seus integrantes isoladamente. A atuação desses órgãos segue procedimento próprio, a saber: convocação dos membros, pauta a deliberar, previamente distribuída, verificação de quorum, verificação de impedimentos, sessão, discussão, votação e proclamação do resultado. O desrespeito a tal procedimento pode conduzir à nulidade do ato final. Nas relações com a Administração e com terceiros, os órgãos colegiados são representados por seus dirigentes. Pode-se tomar como exemplo o Conselho da República (art. 89, CF) e o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, CF).

4.3 Entidades Administrativas

4.3.1 Modalidades

Como já foi estudado, o Estado descentraliza parte da Administração Pública, constituindo o que se chama Administração Pública indireta. Esta é composta das seguintes entidades administrativas: autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Vale lembrar que as atuais agências reguladoras e as agências executivas são, em regra, autarquias especiais, podendo, contudo, segundo entendem alguns, ser erigidas como fundações públicas. Sob o ponto de vista meramente técnico, alguns autores incluem as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, constituídas ou não com a participação do capital estatal, dentre as entidades administrativas. Essa visão, todavia, não nos parece correta.

4.3.2 Autarquias

4.3.2.1 Origem e utilização do vocábulo “autarquia”

A palavra autarquia origina-se da justaposição de dois elementos gregos: *autós* (= próprio) e *arquia* (=governo, comando, direção), significando autogoverno, de acordo com CRETELLA JÚNIOR (*Apud* DI PIETRO, 2015, p. 533). Parece ter sido usada, pela primeira vez, em 1897, na Itália, por SANTI ROMANO, na Enciclopédia Italiana, quando aquele mestre italiano dissertou sobre a descentralização administrativa. MARCELLO CAETANO, contudo, afirma que SANTI ROMANO apresentou a fórmula da autarquia em 1906 (1997, p. 191).

CARVALHO FILHO adverte que o termo autarquia, significando autogoverno ou governo próprio, perdeu essa noção semântica, em termos de Direito Positivo, para “ter o sentido de pessoa jurídica administrativa com relativa capacidade de gestão dos interesses a seu cargo, embora sob controle do Estado, de onde se originou”. Mas diz, em relação a esse sentido, que “o termo está ultrapassado e não mais reflete uma noção exata do instituto”. Há “outras categorias de pessoas administrativas que também procedem à gestão de seus interesses, fato que as colocaria como autarquias” (2015, p. 488).

Afiança o referido doutrinador que “é importante observar, desde logo, que não se deve fazer qualquer ligação entre a terminologia e o perfil jurídico da autarquia, devendo-se apenas considerar que se trata de uma modalidade de pessoa administrativa, instituída pelo Estado para o desempenho de atividade predeterminada, dotada, como ocorre com cada uma dessas pessoas, de algumas características especiais que as distinguem de suas congêneres” (2015, p. 488). Isso é absolutamente verdadeiro.

4.3.2.2 Autarquias territoriais e institucionais

Alguns doutrinadores costumam distinguir as autarquias em *territoriais* e *institucionais*.

As primeiras (*territoriais*) se referem “a desdobramentos geográficos em certos países”, com *regime de centralização política* ou *regime unitário*, como ocorre com os nossos Territórios (se instituídos, na forma do art. 33, CF). As segundas (*institucionais*) são pessoas jurídicas criadas pelo Estado para desenvolverem tarefas que a lei criadora lhes destinou. São meras pessoas administrativas (CARVALHO FILHO, 2015, p. 489).

4.3.2.3 Emprego do termo no Direito brasileiro

Acredita-se na existência de entidades com natureza autárquica, no Brasil, antes da elaboração do seu conceito pela doutrina e pela legislação. Entendem alguns que a primeira autarquia brasileira, nessa condição, teria sido a Caixa Econômica instituída ainda no período imperial (1861), embora haja controvérsias sobre a sua natureza jurídica (DI PIETRO, 2015, p. 534).

4.3.2.4 Não inclusão no Código Civil de 1916 (vigente em 1917)

A autarquia não foi incluída no art. 14 do Código Civil de 1916, entre as pessoas jurídicas de Direito Público interno, pois a sua aparição

entre nós somente ocorreria a partir de 1923, com a criação do Instituto de Aposentadorias e Pensões. O novo Código Civil a incluiu nessa categoria:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

...

IV – as autarquias, inclusive as associações públicas;

...

4.3.2.4 Primeiro conceito legal

O primeiro conceito legal de autarquia foi dado pelo Decreto-lei 6.016, de 22/11/1943, que a conceituou como “o serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

4.3.2.5 Conceito legal atual

Atualmente, o conceito legal de autarquia encontra-se no art. 5º, inciso I, do Decreto-lei 200, de 25/02/1967, dispondo sobre a Reforma Administrativa Federal, que diz ser a autarquia o “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Nota-se que em tal conceito não consta a natureza pública de sua personalidade jurídica, ao contrário do Decreto-lei de 1943. Essa falha lamentável seria corrigida pelo Código Civil vigente, como já foi visto.

4.3.2.6 Falhas constitucionais

A Carta de 1967 (art. 163, § 2º), em sua redação original, determinava que as empresas públicas, as autarquias e as sociedades de economia mista reger-se-iam pelas regras aplicadas às empresas privadas. Um absurdo. Essa outra falha seria corrigida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que, no art. 170, § 2º, repetiria aquele dispositivo, excluindo, contudo, as autarquias.

DI PIETRO (2015, p. 534) entende que a falha de 1967 pode ter sido repetida em 1988, quando o art. 173, § 1º da Constituição Federal de 5 de outubro, fez referência a “outras entidades que explorem atividade econômica”, pois aí podem (ou podiam) estar incluídas algumas autarquias que tivessem essa finalidade. Tal dispositivo foi consequência, talvez, do fato de o constituinte de 1988 não saber se ainda sobrevivia, à época,

alguma autarquia que explorasse atividade econômica, como a Caixa Econômica Federal e a Rede Férrea Federal, por exemplo, que foram transformadas em empresas públicas. Afinal, a autarquia não deveria explorar atividade econômica.

A falha, segundo DI PIETRO, seria corrigida pela EC nº 19/1998, que, no citado art. 173, § 1º, “implicitamente exclui as autarquias, pois faz referência expressa a empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços” (2015, p. 534). Outra falha é apontada, qual seja a alegação de que existem autarquias para a prestação de atividade econômica. Diz a mestra:

A crítica é *parcialmente* procedente, porque o estudo da história das autarquias no direito brasileiro revela que muitas foram criadas para desempenhar atividade de natureza econômica, como as Caixas Econômicas e a Rede Ferroviária Federal. No entanto, essa fase parece estar superada, porque as chamadas autarquias econômicas foram sendo paulatinamente transformadas em pessoas jurídicas de direito privado, para funcionar como sociedades comerciais (2015, p. 535).

Aliás, foi o que ocorreu, por exemplo, entre os fins da década de 1960 e o início dos anos 1970, com a maioria das autarquias estaduais que exploravam a atividade de distribuição de água encanada e coleta de esgotos, que foram transformadas em sociedades de economia mista, como foi o caso da SABESP e tantas outras. Contudo, alguns Municípios em vários estados, conservaram suas antigas autarquias, para a prestação desse tipo de serviço público.

4.3.2.7 Características

Considerando que as autarquias são prolongamentos do Poder Público, uma espécie de *longa manus* do Estado, não sendo, claro, entidades estatais, mas entidades administrativas, ou seja, desdobramentos administrativos do Estado, eis algumas das suas principais características:

I – Criação por lei: é uma exigência do art. 37, XIX, da CF, como já o era anteriormente, segundo disposições do DL 6.016/1943 e do DL 200/1967. A sua organização, todavia, “se opera por decreto, que aprova o regulamento ou estatuto da entidade, e daí por diante sua implantação se completa por atos da diretoria, na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de quaisquer registros públicos” (MEIRELLES, 2015, p. 432).

II – Personalidade jurídica pública: sendo pessoa jurídica, é titular de direitos e obrigações diferentes do ente criador, submetendo-se a regime jurídico de Direito Público. MEIRELLES assevera que:

[...] a personalidade da autarquia, por ser de Direito Público, nasce da lei que a instituiu independente de registro; a personalidade das fundações, empresas governamentais e dos entes de cooperação, por ser de Direito Privado, nasce com o registro de seu estatuto, elaborado segundo a lei que autoriza a sua criação (2015, p. 430).

Com relação à natureza da personalidade jurídica das fundações governamentais (Direito Público ou Privado) vide divergências doutrinárias no item 4.3.3.1.

III – Capacidade de autoadministração: há quem afirme que as autarquias não são autônomas, pois não criam o próprio direito, como ocorre com a União, os Estados-membros, o DF e os Municípios. Elas apenas podem se autoadministrar acerca das matérias específicas para as quais foram criadas. MEIRELLES esclarece que as autarquias “são entes autônomos, mas não são autonomias” (2015, p. 429). E diz mais: “Inconfundível é autonomia com autarquia: aquela legisla para si; esta administra-se a si própria, segundo as leis editadas pela entidade que a criou”. Para ele, “o conceito de autarquia é meramente administrativo; o de autonomia é precipuamente político”. As autarquias sujeitam-se ao controle da entidade estatal que as criou, enquanto as autonomias não se submetem a tal controle, “como ocorre com os Municípios brasileiros (autonomias) em relação aos Estados-membros e à União” (2015, p. 429), salvo a atuação política desses entes maiores.

No mesmo sentido a lição de CARVALHO FILHO: “A despeito da imprecisão de que se revestem os vocábulos quando tentam caracterizar institutos jurídicos, autarquia e autonomia têm significados diversos” (2015, p. 488). E conclui na mesma direção de MEIRELLES.

IV – Especialização dos fins ou atividades: desenvolvem capacidade específica para a prestação de serviço determinado. O reconhecimento da capacidade específica das autarquias deu origem ao princípio da especialização (ou especificidade), que as impede de executar atividades diversas daquelas para as quais foram criadas.

V – Sujeição a controle ou tutela: o controle administrativo é indispensável para assegurar que a autarquia não se desvie de seus fins institucionais, consoante se depreende do art. 71, II, CF, e do art. 4º, parágrafo único, do DL 200/1967. Chamamos atenção para o termo *tutela*, que, embora largamente usado pela doutrina, nos parece absolutamente

inadequado, pois a tutela se trata de um instituto do Direito Civil aplicado a incapazes. E a autarquia não é incapaz.

VI – Patrimônio inicial: a formação do patrimônio inicial das autarquias ocorre com a transferência de bens móveis e imóveis da entidade criadora, os quais devem se incorporar ao ativo da entidade criada. Com relação aos bens imóveis MEIRELLES lembra que:

A transferência de imóveis ou é feita diretamente pela lei instituidora, caso em que dispensa o registro, ou a lei apenas autoriza a incorporação, a qual se efetivará por *termo administrativo* ou por *escritura pública*, para a necessária transcrição no registro imobiliário competente. O que não se admite é a transferência de bens imóveis por decreto ou qualquer outro ato administrativo unilateral (2015, p. 432).

4.3.2.8 Conceito doutrinário

Diante de tais características, pode-se conceituar a autarquia como “pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei” (DI PIETRO, 2015, p. 536), ou como “pessoas jurídicas de direito público de capacidade exclusivamente administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 164). Para DI PIETRO, esse conceito sintético foi concebido “de forma muito feliz” (2015, p. 535).

Por seu lado, CARVALHO FILHO conceitua a autarquia como sendo “*a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado*” (2015, p. 490).

4.3.2.9 Relações

No que diz respeito ao seu relacionamento, sob o ponto de vista jurídico, deve-se ter em mente que as autarquias mantêm relações:

I – Com a pessoa que as criou: sujeitam-se ao seu controle, a fim de ser assegurado o cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas. Tal controle divide-se em:

- a) **Preventivo:** quando a autarquia, para praticar determinado ato, ou para que este adquira eficácia, depende de prévia manifestação do controlador. Previne-se, assim, uma atuação ilegal da autarquia (controle de legalidade) ou contrária aos interesses da Administração Pública (controle de mérito). O controle

preventivo se expressa pela autorização, aprovação ou homologação.

- b) **Repressivo:** quando só tem lugar depois da produção do ato e não é requisito condicionador de sua eficácia. O controle repressivo também pode ser de legalidade ou de mérito. Esse tipo de controle se expressa por revogação, modificação ou invalidação.

Não se deve esquecer que o controle das autarquias existe nos casos, forma e modos que a lei estabelece.

II – Com terceiros: nas relações com terceiros, a posição jurídica das autarquias, por serem pessoas de direito público, é equivalente a que corresponde à própria Administração direta, com a restrição pertinente à sua índole e ao seu campo de atividade. Assim, no que lhes cabe, desfrutam das mesmas prerrogativas genéricas, poderes e sujeições que vinculam o Estado. Logo:

- a) Seus atos, isto é, dos seus dirigentes, equiparam-se aos atos administrativos e, portanto, devem seguir os mesmos requisitos para sua expedição, atendendo-se, inclusive, especificamente, as normas regulamentares e estatutárias da própria instituição; sujeitam-se aos mesmos controles internos e ao exame de legalidade pelo Poder Judiciário, por meio das vias comuns (ações ordinárias) ou especiais (mandado de segurança e ação popular).
- b) Sua responsabilidade pelos comportamentos lesivos a terceiros é da mesma índole da responsabilidade do Estado (art. 37, § 6º, CF). No caso de extinção, o ente criador tem responsabilidade solidária até o montante do capital recebido, que era garantidor de suas obrigações. Esse é, contudo, o pensamento doutrinário, pois “a jurisprudência dominante tem sustentado que as autarquias, dispendo de patrimônio próprio, respondem individualmente por suas obrigações e sujeitam-se aos pagamentos a que forem condenados, sem responsabilidade das entidades estatais a que pertencem” (MEIRELLES, 2015, p. 433). Para este autor, o rigor da jurisprudência dominante é excessivo, porquanto “exaurindo-se os recursos autárquicos – que são também patrimônio público – , não [há] como possa a Fazenda Pública eximir-se da responsabilidade subsidiária para o resgate dos débitos restantes”. Assiste, no nosso entendimento, razão ao administrativista citado. Afinal, extinguindo-se a autarquia, o seu patrimônio reincorpora-se ao da entidade criadora. Diante disso, caberia à Fazenda Pública responder, solidariamente, pelos débitos restantes. Se o

ativo restante vai para o ente criador, nada mais justo que restando passivos deve caber ao ente criador honrá-los.

- c) Há prescrição quinquenal de suas dívidas, conforme disposições do Decreto Federal 20.910, de 05/01/1932 (sobre a Fazenda Pública) e Decreto-lei 4.597, de 19/08/1942, que a estendeu às autarquias. Assim, as ações judiciais contra elas devem ser instauradas dentro de 5 anos do evento danoso.
- d) Seus cargos e respectiva remuneração são de iniciativa privativa do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, “a”, CF).
- e) Suas dívidas externas e internas são reguladas por Lei Complementar (art. 163, II, CF).
- f) Podem participar da constituição do capital de empresas privadas (art. 37, XX, c/c o XIX, CF).
- g) Seus bens são considerados bens públicos e, por isso, protegidos na forma do regime próprio aplicado a estes (art. 144, § 1º, I, CF).

Assim sendo, as autarquias brasileiras, desde a criação, gozam de certos privilégios, “auferindo também as vantagens tributárias e as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, além dos [privilégios] que lhes forem outorgados por lei especial, como necessários ao bom desempenho das atribuições da instituição” (MEIRELLES, 2015, p. 434). Pode-se citar como exemplo dessa extensão o disposto no art. 8º da Lei 8.620/1993, que assegura ao INSS (autarquia) as mesmas prerrogativas e privilégios da Fazenda Pública. Dentre os privilégios que recaem sobre os bens das autarquias merecem destaque os seguintes:

- são alienáveis apenas nos termos e condições previstos em lei (art. 101 do CC) e artigos 17 e 19 da Lei 8.666/1993, no que couber;
- são insuscetíveis de usucapião (art. 191, parágrafo único, e 183, § 3º, CF); nesse sentido, vide art. 200 do DL 9.760/1946 e Súmula 340 do STF (todos os bens);
- não podem ser objeto de direitos reais de garantia, pois não podem ser executados (art. 100, § 1º, CF).
- têm imunidade de impostos, conforme art. 150, VI, “a” c/c § 2º, CF.

- h) Seus créditos vão para a inscrição na Dívida Ativa, e são objeto de execução fiscal.
- j) Têm prazo ampliado, inerente às repartições públicas, para desocupar prédio locado para seus serviços, quando for decretado o despejo, nos casos previstos no art. 63, § 3º, da Lei 8.245/1991.
- k) As despesas dos atos processuais por si requeridos serão pagas a final, quando vencidas (art. 91, CPC).
- l) Seus contratos são contratos administrativos, sujeitos ao art. 37, XXI, da CF e à Lei 8.666/1993 (art. 1º, parágrafo único).

III – Internas: seguem o padrão da Administração direta, a saber:

- a) Os seus procedimentos orçamentários e financeiros seguem as regras da contabilidade pública (Lei 4.320/1964), adequando-se aqueles ao art. 165, § 5º, da CF.
- b) O regime jurídico de seu pessoal é o mesmo dos servidores da Administração direta (art. 37 a 41, CF).

4.3.2.10 Autarquias em regime especial

São autarquias em regime especial, na forma da lei, o Banco Central (Lei 4.595/1964), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei 4.118/1962), dentre outras, como a Universidade de São Paulo – USP, entidade estadual, e as entidades encarregadas, por lei, dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas, como a OAB, o CONFEA e outras. Nesse particular, o art. 58 da Lei 9.649/1998 estabelece que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, mediante autorização legislativa, além de outras disposições relativas à matéria.

O STF, na ADI 1.171, examinando a Lei 9.649/1998, no dispositivo do art. 58, acima citado, ou seja, na parte em que estabelece que os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, entendeu que os conselhos profissionais são autarquias federais, porque exercitam poder de polícia, conforme DJU de 28.03.2003. Contudo, no que tange à OAB, na ADI 3.026-4 (DJU de 29.09.2006) o mesmo STF entendeu que ela não é autarquia especial e “não é entidade” da Administração indireta. É, na verdade, “um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito Brasileiro”, não se sujeitando “a controle da Administração e não

submetida à exigência de concurso público para admissão de seus empregados”, conforme relatoria do Ministro EROS GRAU (MEIRELLES, 2015, p. 438, nota 59). É a dança das decisões jurisprudenciais no sistema romano-germânico em que a lei deve (ou deveria) ter primazia como fonte formal do Direito.

Sobre a OAB, diz CARVALHO FILHO:

É importante, também assinalar que tem havido algumas controvérsias e dúvidas a respeito do regime jurídico da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil. Decidiu-se, entretanto, que tal autarquia não integra a Administração Indireta da União, configurando-se como entidade independente; assim, não está vinculada a qualquer órgão administrativo, nem se sujeita ao respectivo controle ministerial. Além do mais, é entidade que não pode ser comparada às demais autarquias profissionais, porque, além de seu objetivo básico – de representação da categoria dos advogados – tem ainda função institucional de natureza constitucional. Por outro lado, seu pessoal é regido pela CLT, mas não se submete ao art. 37, II, da CF, que exige prévia aprovação em concurso público para a contratação dos servidores (2015, p. 495-496).

O regime da OAB é mesmo especial, diferente do adotado para as autarquias em geral, ou seja, as que integram a Administração Pública indireta. As contribuições anuais dos advogados não têm caráter tributário e o processo de execução, quando preciso for usá-lo, é o comum. Não se submete ao processo contábil previsto na Lei 4.320/1964 (Direito Financeiro), próprio da Administração Pública direta, autárquica e fundacional, quando a fundação governamental for de Direito Público. Também não se submete ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União, conforme decisão do STJ, em EREsp 503.252-SC, 1ª Seção, tendo como Relator o Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 25/08/2004.

Embora reconheça a natureza especial da OAB e a sua relevância social, CARVALHO FILHO não admite que ela seja diferenciada das demais instituições congêneres, fiscalizadoras de profissões, pois isto “constitui discriminação em relação a estas últimas, já que o objetivo nuclear de todas é o mesmo – a regulamentação e a fiscalização do exercício de profissões” (2015, p. 496). E diz ainda sobre a OAB:

Causa estranheza, portanto, o entendimento segundo o qual apenas a OAB pode ter seus servidores sob regime celetista, ao passo que as demais autarquias profissionais (os Conselhos) devem sujeitar-se ao regime estatutário previsto na Lei nº 8.112/1990 [*o autor refere-se à decisão do STJ, no REsp 507.536, Min. JORGE MUSSI, em 18.11.2010, que equiparou todos os Conselhos, exceto a OAB*]. Cuida-se de tratamento jurídico discriminatório para entidades com idêntica situação jurídica, e isso sem qualquer suporte normativo. É exatamente esse tipo de solução que aumenta a confusão e causa perplexidade aos estudiosos.

Contudo, dissentimos frontalmente da dispensa de concurso público para o recrutamento de pessoal. Em nosso entender, tal orientação ofende o princípio da moralidade administrativa e, especificamente, o art. 37, II, da CF, que exige o procedimento concursal. Com tal tipo de imunidade, não deixa de passar pelo pensamento das pessoas a indagação sobre como é feita a contratação do pessoal da autarquia, ou a dúvida sobre se esta respeita, efetivamente, o sistema do mérito e o princípio da igualdade de oportunidades [*o autor lembra que na ADI 3.026/2006, foram vencidos os ministros JOAQUIM BARBOSA E GILMAR MENDES, que votaram do modo como pensa o autor*].

Enfim, a OAB merece tratamento respeitoso, mas não discriminatório. Talvez valesse a pena pesquisar a opinião e o sentimento de todos os advogados a ela vinculados, pois é provável que percebam que há algo de esdrúxulo no regime ora dispensado a essa autarquia tão relevante, reconhecida e democrática (2015, p. 497).

Bem. São igualmente autarquias em regime especial as agências reguladoras de serviços públicos, como a ANEEL (energia) – Lei 9.427/1996), ANATEL (telecomunicações) – Lei 9.472/1997), ANP (petróleo) – Lei 9.478/1997, ANVS (vigilância sanitária) – Lei 9.782/1999, ANVISA (saúde) – Lei 9.961/2000, ANA (água) – Lei 9.984/2000, a ANS (saúde suplementar) – Lei 9.961/2000, além das duas agências reguladoras criadas, na área dos transportes, pela Lei 10.233/2001: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTA) e da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) – Lei 11.182/2005. Com a privatização da prestação de alguns serviços públicos, nas três últimas décadas, as agências reguladoras vêm sendo criadas em profusão. Há outras, além das citadas.

Essas agências reguladoras “possuem aspectos comuns e alguns específicos, em face da natureza dos serviços por elas controlados” (MEIRELLES, 2015, p. 442). Elas foram criadas como autarquias especiais, tomando-se por *regime especial* o complexo de privilégios específicos que, por determinação legal, tais entidades recebem para a realização de seus fins. Esses privilégios são sintetizados nos seguintes itens:

- estabilidade de seus dirigentes, que têm mandato fixo e só são destituídos por condenação judicial transitada em julgado, improbidade administrativa ou não cumprimento injustificado das políticas estabelecidas para o setor ou pelo contrato de gestão (no caso da Administração pública federal, os dirigentes de tais entidades são nomeados pelo Presidente da República, com prévia aprovação dos nomes pelo Senado, consoante disposição do art. 52, III, “f”, da Constituição Federal;

- autonomia financeira, pois têm recursos próprios emanados de taxa de fiscalização ou de autorizações específicas referentes às suas atividades;
- edição de normas sobre matérias de sua competência;
- proibição aos ex-dirigentes, até um ano após deixar o cargo, de representar qualquer interesse perante a agência, ou de prestar serviços a empresas sob sua regulamentação;
- declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou servidão administrativa, das áreas necessárias aos concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica, no caso da ANEEL.

A Lei 9.986/2000 dispõe que, no tocante à gestão de recursos humanos das agências reguladoras, elas terão relações de trabalho regidas pela CLT e legislação correlata, em regime de emprego público. Essa compreensão foi derrubada pelo STF e, depois, revista pela Lei 10.871/2004, que regula a criação de carreiras e a organização dos cargos efetivos nessas agências reguladoras.

Por outro lado, foi estendido a tais agências o regime especial de licitação antes somente concedido à ANATEL, possibilitando que elas se utilizem das modalidades de *consulta* e *pregão*, nos termos de regulamento próprio. Ficam de fora desse regime as contratações referentes a obras e serviços de engenharia, que permanecem submetidos às normas gerais de licitação e contratação da Administração Pública (Lei 8.666/1993).

Alguns doutrinadores contestam o poder normativo conferido a essas agências reguladoras, como foi visto anteriormente. Contudo, o poder de editar normas prende-se “aos termos de suas leis instituidoras, aos preceitos legais e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo”. Tal poder normativo “visa a atender à necessidade de uma normatividade essencialmente técnica, com um mínimo de influência política” (MEIRELLES, 2015, p. 443).

Ainda pela Lei 11.107, de 06.04.2005, as associações públicas decorrentes de consórcios públicos entre os entes federados também constituem autarquias em regime especial (art. 6º, § 1º). Os consórcios públicos serão analisados no **item 4.4**. É oportuno esclarecer que os consórcios públicos podem ser erigidos como de Direito Público ou de Direito Privado (art. 1º, § 1º)

Não se pode esquecer que também integram a categoria das autarquias especiais as agências executivas, que, todavia, se distinguem das agências reguladoras “pela circunstância de não terem, como função precípua, a de exercer controle sobre particulares prestadores de serviços públicos” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 512).

Inicialmente, a previsão desse tipo de autarquia especial surgiu com a Lei 9.649/1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios na Administração Pública federal. Pelo art. 51 da Lei ato do Presidente da República poderá qualificar como *agência executiva* autarquias e fundações que tenham plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento e tenham celebrado contrato de gestão com o Ministério supervisor.

São exemplos de *agências executivas* o Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial (INMETRO) e a Agência de Inteligência, instituída pela Lei 9.883/1999. Com idêntica natureza foram reinstituídas a SUDENE e a SUDAM (CARVALHO FILHO, 2015, p. 513-514).

4.3.3 Fundações

4.3.3.1 Natureza jurídica

As fundações “sempre estiveram nos domínios do Direito Civil, sendo consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado (Decreto-Lei 200, art. 5º, IV, acrescentado pela Lei 7.596/1987)”, conforme MEIRELLES (2015, p. 444). Essa Lei “já mencionava que tais pessoas adquiriam personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas não se submetiam às demais disposições do Código Civil sobre as fundações” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 190). No entendimento de DI PIETRO, a lei em comento definiu as fundações “como pessoas jurídicas de direito privado” (2015, p. 540). Portanto, não havia dúvida quanto à natureza jurídica das fundações até pouco tempo. Mas DI PIETRO, atenta, lembra que:

Nem por isso se põe fim à discussão que se trava no direito brasileiro à respeito da sua natureza jurídica, pública ou privada. De todas as entidades da Administração Indireta, a fundação é, sem dúvida alguma, a que tem provocado maiores divergências doutrinárias no que diz respeito à sua natureza jurídica e às consequências que daí decorrem (2015, p. 540).

A Constituição de 1988, seguindo o que já pregava a Doutrina, em razão das muitas fundações que o Poder Público instituíra ao longo do

tempo, para alcançar objetivos de interesse coletivo, passou a considerar fundações públicas, ora as denominando como:

- “fundações instituídas e mantidas pelo poder público” (art. 71, II e III, 150, § 2º, 165, § 5º, I, e 169, § 1º);
- “fundação pública” (art. 37, XIX, redação original, modificada pela EC nº 19, e art. 19 das Disposições Transitórias);
- “fundação” (art. 37, XVII e XIX, e 163, II).

HELLY LOPES MEIRELLES, por exemplo, “sempre entendeu que a fundação, mesmo quando criada e mantida pelo Poder Público, não perdia a sua personalidade de Direito Privado, nem se transformava em entidade pública, ficando, simultaneamente sujeita à tutela do Ministério Público [...]”. Este entendimento “foi mantido até o advento da Constituição de 1988, quando modificou a redação para o texto atual, que foi alterado com a EC 19/98” (2015, p. 445 – nota de rodapé nº 70).

Na vigência da Constituição anterior, o STF decidiu que a fundação governamental seria “espécie do gênero autarquia” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 444). Essa é também a posição de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, que, depois, seria seguida por outros juristas (CARVALHO FILHO, 2015, p. 541, nota de rodapé 202).

A EC 19/1998, dando nova redação ao inciso XIX do art. 37, da CF, teria devolvido o entendimento de que a fundação governamental é “entidade com personalidade jurídica de Direito Privado”, ao dizer que somente por lei específica poderá ser “autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação”. O entendimento seria de que a norma constitucional colocou a fundação ao lado da empresa pública e da sociedade de economia mista, ou seja, igualou a personalidade jurídica da fundação à das duas outras entidades administrativas que são, estas sim, de Direito Privado. Ao menos, é o que pensam os atualizadores do livro “Direito Administrativo Brasileiro”, de MEIRELLES (2015, p. 444).

Não podemos concordar com esse posicionamento. Na verdade, temos que o constituinte reformador deixou corretamente por conta da lei ordinária a definição acerca da personalidade jurídica da fundação, que tanto pode ser de Direito Público, quando de Direito Privado. Por isso mesmo, deixou a fundação ao lado da empresa pública e da sociedade de economia mista, ou seja, apenas para dizer que todas elas são instituídas, e

não criadas. No caso da fundação, ficará a cargo do Poder Executivo, a escolha do molde de sua personalidade jurídica.

Repisamos, por oportuno: a lei não cria a fundação, como o faz com a autarquia porque esta, sim, terá a sua personalidade jurídica advinda diretamente da lei criadora, como vimos antes. Já a fundação tem a sua instituição autorizada por lei, e não é criada por lei. Ou seja, não é criada por lei, porque somente poderia ser assim criada se fosse apenas de Direito Público. Mas não é isso o que ocorre: também pode ser de Direito Privado. Neste último caso, a sua personalidade jurídica não poderia decorrer da lei. Aliás, em nota de rodapé os referidos atualizadores, citando vários doutrinadores, reconhecem que:

A doutrina mais recente parece voltar ao magistério antigo do Autor. A doutrina sustenta que o Poder Público pode criar, por lei, fundação com personalidade de Direito Público – *fundação pública* –, e, neste caso, ela é uma espécie de autarquia; mas pode também autorizar a instituição de fundação com personalidade de Direito Privado – *fundação privada*. É evidente que o Poder Público pode aplicar às fundações de Direito Privado, por ele instituídas, regras especiais, exorbitantes do Código Civil, desde que assim entenda conveniente [...]. Sobre a fiscalização pelo Ministério Público, o STF decidiu que as fundações públicas federais cabem ao Ministério Público Federal (MEIRELLES, 2015, p. 445 – nota de rodapé nº 70, *in fine*).

No que se refere à fiscalização pelo Ministério Público, vide **item 4.3.3.4 – III**.

Para BANDEIRA DE MELLO é “absolutamente incorreta a afirmação normativa de que as fundações públicas são pessoas de Direito Privado”. Acrescenta ele que “na verdade, são pessoas de Direito Público, consoante, aliás, universal entendimento, que só no Brasil foi contendido”. Esclarece, ainda, que para se saber “se uma pessoa criada pelo Estado é de Direito Privado ou Público é meramente uma questão de examinar o regime jurídico estabelecido na lei que a criou” (2015, p. 188).

E arremata:

Se lhe atribuiu a titularidade de poderes públicos, e não meramente o exercício deles, e disciplinou-a de maneira a que suas relações sejam regidas pelo Direito Público, a pessoa será de Direito Público, ainda que se lhe atribua outra qualificação. Na situação inversa, a pessoa será de Direito Privado, mesmo inadequadamente nominada (2015, p. 188).

BANDEIRA DE MELLO considera que as fundações governamentais “são pura e simplesmente autarquias”. E contesta a redação dada pela EC 19/1998 ao inciso XIX, art. 37, no que concerne à forma de

criação da fundação (instituição autorizada por lei, a exemplo das empresas estatais, e não criação direta pela lei, como se dá com a autarquia), considerando “pura falta de técnica” da citada EC que, na sua avaliação, “é um modelo de impropriedades jurídicas” (2015, p. 190). Assiste razão ao mestre quanto ao modelo de impropriedades, mas não endossamos a sua não aceitação do modelo traçado para a instituição das fundações (de Direito Público e de Direito Privado). É como entendemos.

Por sua vez, DI PIETRO diz que se formaram, “basicamente, duas correntes: de um lado, a que defende a natureza privatística de todas as fundações instituídas pelo poder público, e, de outro, a que entende possível a existência de fundações com personalidade pública ou privada, a primeira das quais como modalidade de autarquia” (2015, p. 540).

Quanto à posição por ela tomada, diz que se coloca “entre os que defendem a possibilidade de o poder público, ao instituir fundação, atribuir-lhe personalidade de direito público ou de direito privado” (2015, p. 540). Por fim, alega que:

Quando o Estado institui pessoa jurídica sob a forma de fundação, ele pode atribuir a ela regime jurídico administrativo, com todas as prerrogativas e sujeições que lhe são próprias, ou subordiná-la ao Código Civil, neste último caso, com derrogações por normas de direito público. Em um e outro caso se enquadram na noção categorial do instituto da fundação, como patrimônio personalizado para a consecução de fins que ultrapassam o âmbito da própria entidade (2015, p. 541).

Esta é a posição acertada, segundo entendemos. Mas DI PIETRO chega a ser mais detalhista, ao dizer:

Em cada caso concreto, a conclusão sobre a natureza jurídica da fundação – pública ou privada – tem que ser extraída do exame da sua lei instituidora e dos respectivos estatutos. Ainda que a legislação federal considere a fundação como pessoa jurídica de direito privado, nada impede que a lei instituidora adote regime jurídico-publicístico, derogando, no caso concreto, as normas gerais estabelecidas pelo Decreto-lei n° 200/67, com as alterações introduzidas pela Lei n° 7.596/87, da mesma forma como tem sido feito em relação às sociedades de economia mista e empresas públicas, instituídas, estas últimas especialmente, sob formas inéditas, não previstas em qualquer lei anterior que discipline as sociedades comerciais. Trata-se de aplicar o artigo 2°, § 2°, da Lei de Introdução ao Código Civil, em consonância com o qual “a lei nova que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior” (2015, p. 541).

Enfim, o que diz DI PIETRO, em outras palavras, embora não seja de todo necessário explicar, é que se o DL 200/1967, com a alteração posterior, definiu a fundação governamental, integrante, pois, da

Administração Pública indireta, como sendo de Direito Privado, ainda permanece a possibilidade de o Poder Público criar fundações sob este regime jurídico, e não apenas sob o regime publicista. Daí ela definir a fundação governamental:

À vista dessas considerações, pode-se definir a fundação instituída pelo poder público como o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica, de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei (2015, p. 542).

Sobre o tema, CARVALHO FILHO também tem o que dizer:

Há duas correntes sobre a matéria.

A primeira, hoje dominante, defende a existência de dois tipos de fundações públicas: as fundações de direito público e as de direito privado, aquelas ostentando personalidade jurídica de direito público e estas sendo dotadas de personalidade jurídica de direito privado. Por esse entendimento, as fundações de direito público são caracterizadas como verdadeiras autarquias, razão por que são denominadas, algumas vezes, de fundações autárquicas ou autarquias fundacionais. Seriam elas uma espécie do gênero autarquia.

O STF optou por esse entendimento, quando deixou assentado que “*nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado*”. *As fundações, instituídas pelo Poder Públicos, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito público. Tais fundações são espécie do gênero autarquia, aplicando-se a elas a vedação a que alude o § 2º do art. 99 da Constituição Federal* (2015, p. 541).

A decisão do STF foi tomada no RE nº 101.126-RJ, tendo como Relator o Ministro MOREIRA ALVES, publicada na RTJ 113/314. O dispositivo citado no acórdão refere-se à Carta de 1967, com redação dada pela EC nº 01/1969. No mesmo sentido, Agravo no RE nº 219.900-1-RS, com Relatoria da Ministra ELLEN GRACIE (DJ de 16.08.2002).

Agiu muito bem o STF. É preciso explicar que a corrente que se apegava ao regime publicista, e unicamente a este, goza de grande prestígio entre os membros do Ministério Público e do Judiciário, além de outros segmentos que defendem o ‘estatismo’, como se isto fosse a salvação da Administração Pública. Chegam a alegar, inclusive, que sendo a fundação governamental de Direito Público, a guarda dos dinheiros públicos estará mais garantida. O que pode haver, e nisto concordamos, são exemplos de gestões que deixam a desejar.

O que dizer, então, da empresa pública, cujo capital é cem por cento públicos, mas tem personalidade jurídica de Direito Privado? A guarda do seu capital não está garantida?

4.3.3.2 Principais características

SYLVIA DI PIETRO (2015, p. 542) elenca as seguintes características das fundações:

I – dotação patrimonial inteiramente pública ou semipública e semiprivada;

II – personalidade jurídica pública ou privada, atribuída por lei;

III – desempenho de atividade atribuída pelo Estado no âmbito social; com isto fica presente a ideia de descentralização de uma atividade estatal e também a de que a fundação é a forma adequada para o desempenho de funções de ordem social, como saúde, educação, cultura, meio ambiente, assistência e tantas outras; isto precisamente pelo fato de ela objetivar fins que beneficiam terceiros estranhos à entidade;

IV – capacidade de auto-administração;

V – sujeição ao controle administrativo ou tutela por parte da Administração direta, nos limites da lei.

4.3.3.3 Fundação de Direito Privado

4.3.3.3.1 Considerações quanto à instituição

DI PIETRO tece as seguintes considerações sobre as fundações governamentais de Direito Privado:

A posição da fundação governamental de Direito Privado perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação do Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora (2015, p. 542).

Difere, contudo, em alguns casos, da fundação instituída por particulares. Neste último caso, por exemplo, o ato de instituição é irrevogável. O papel do instituidor exaure-se com o ato da instituição,

como observa, ainda, a citada autora. Assim, as alterações têm que ser feitas pelos administradores da fundação, observando-se o disposto no artigo 67 do Código Civil. E o próprio estatuto é feito pela pessoa designada pelo instituidor ou pelo Ministério Público, a quem, se sabe, cabe velar pelas fundações privadas (particulares). O ato do instituidor, que reserva parte dos seus bens livres para a constituição do patrimônio da fundação, é uma liberalidade. Esta dotação patrimonial geralmente é suficiente para a consecução dos fins queridos pelo instituidor. Adquirindo personalidade jurídica, a fundação particular adquire, por consequência, vida própria.

Já na fundação governamental com personalidade de Direito Privado, o ato do poder público como instituidor é revogável, pois o ente criador pode extingui-la, como prevê o art. 178 do DL 200/1967, com a redação dada pelo DL 2.299/1986. E, claro, quem pode extinguir, pode também modificar. Trata-se do princípio da indisponibilidade do interesse público. Daí porque a fundação governamental não adquire, em geral, vida inteiramente própria, como se fosse instituída por particular. O que define a sua instituição é o interesse público. E como este varia, o destino da fundação governamental também pode variar. Por outro lado, a dotação patrimonial inicial deste tipo de fundação, na maioria das vezes, não é suficiente para a consecução dos seus fins. Ela vai depender de dotações orçamentárias posteriores (DI PIETRO, 2015, 544).

Com relação à fiscalização pelo Ministério Público, diz DI PIETRO:

Aliás, a fiscalização pelo Ministério Público, com relação às fundações governamentais, mesmo as de direito privado, é totalmente desnecessária, pois somente serve para sobrecarregar a entidade com duplicidade de controles que têm o mesmo objetivo. A tutela administrativa a que se sujeitam essas entidades, com o nome de “supervisão ministerial”, já visa assegurar a “realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade, a harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade, a eficiência administrativa e a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade” (art. 26 do Decreto-lei nº 200/67). Isto sem falar na fiscalização financeira e orçamentária prevista na Lei nº 6.223, de 14-7-75, e agora tornada indiscutível em face da Constituição de 1988 (arts. 71, 49, inciso X, 165, § 5º, 169, § 1º).

Acresce que, com relação às fundações instituídas por particulares, a função do Ministério Público justifica-se pela necessidade de atribuir a algum órgão público a função de manter a entidade dentro dos objetivos para os quais foi instituída; vale dizer, como a fundação adquire vida própria e nela não mais interfere o instituidor, o Ministério Público assume essa função (2015, p. 544-545).

Esta explicação da mestra da USP é lúcida e precisa. E a nosso ver, merece pleno acatamento.

4.3.3.3.2 Normas de natureza pública aplicadas às fundações de direito privado

No item 4.3.3.1 estão postas as formas pelas quais a Constituição de 1988 faz a designação das fundações, inclusive como foram postas na redação original, antes da EC 19/1998. A esse respeito, DI PIETRO traz-nos outra importante elucidação:

Além disso, nota-se que a Constituição, em sua redação original, fazia distinção entre fundações públicas e privadas. Em alguns dispositivos, falava, genericamente, em *administração fundacional* ou em *fundação instituída ou mantida pelo Poder Público* (arts. 22, XXVII, 37, *caput* e inciso XVII, 71, II e III, 150, VI, a, 163, II, 165, § 5º, e 169, parágrafo único). Em pelo menos dois dispositivos, usava a expressão *fundação pública*: no artigo 39, quando previa o regime jurídico único para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas; e no artigo 19 das Disposições Transitórias, quando outorgou estabilidade excepcional aos servidores não concursados que tivessem cinco anos de serviço público na data da Constituição.

A Emenda Constitucional nº 19/98 introduziu alterações em vários desses dispositivos, não mencionando mais a expressão *fundação pública*. Isto, contudo, não significa que não possam ser instituídas fundações com personalidade de direito público. Pelo contrário, a opção continua a ser do Poder Público que, ao instituir uma fundação, poderá outorgar-lhe personalidade de direito público, igual à da autarquia, ou personalidade de direito privado (2015, p. 547).

Continua a mestra:

De qualquer forma, como a Constituição não faz distinção quanto à personalidade jurídica, tem-se que entender que todos os seus dispositivos que se referem às fundações abrangem todas, independentemente da personalidade jurídica, pública ou privada.

Também é importante assinalar que, quando a Administração Pública cria fundação de direito público, ela se submete ao direito comum em tudo aquilo que não for expressamente derogado por normas de direito público, podendo essas normas derogatórias constar da própria Constituição, de leis ordinárias e complementares federais e da própria lei singular, também federal, que instituiu a entidade. Na esfera estadual, somente são cabíveis as derrogações que tenham fundamento na Constituição e nas leis federais, já que os estados, não podendo legislar sobre Direito Civil, não podem estabelecer normas que o deroguem (2015, p. 547).

Assim sendo, às fundações governamentais de Direito Privado aplicam-se, em resumo, as seguintes normas de natureza pública como salienta DI PIETRO (2015, p. 548):

I – subordinação à fiscalização, controle e gestão financeira (art. 49, X, e 71, CF);

II – instituição autorizada por lei (art. 1º, II, da Lei 7.596/1987, e art. 37, XIX, CF);

III – extinção feita somente com autorização legal (derroga-se o art. 69 do CC de 2002, não aplicável às fundações governamentais);

IV – equiparação dos seus empregados aos servidores públicos para os fins do art. 37, CF, do art. 327 do CP (fins criminais), e dos arts. 1º e 2º da Lei 8.429/1992 (improbidade administrativa);

V – sujeição dos seus dirigentes a mandado de segurança, se no exercício de funções delegadas do Poder Público (art. 1º, § 1º, da Lei 1.533/1951, e art. 5º, LXIX, CF); cabe ação popular contra atos lesivos do seu patrimônio (art. 1º da Lei 4.717/1965, e art. 5º, LXXIII, CF);

VI – juízo privativo na esfera estadual (ao menos no caso do Estado de São Paulo);

VII – submissão à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/1993, art. 1º e 119);

VIII – são aplicadas, em matéria de finanças públicas, as exigências contidas nos artigos 52, VII, 165, §§ 5º, I, e 9º, II, e 169, § 1º, todos da CF;

IX – imunidade tributária relativa ao imposto sobre o patrimônio, a renda ou serviços vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes, na forma do art. 150, § 2º, CF.

4.3.3.4 Fundação de Direito Público

As normas acima descritas, aplicadas às fundações governamentais de Direito Privado, também são aplicadas às de Direito Público, salvo o regime celetista do pessoal. Mas nestas observam-se outras características, a saber:

I – presunção de veracidade e executoriedade de seus atos administrativos;

II – inexigibilidade de inscrição de seus atos constitutivos no registro civil das pessoas jurídicas, pois sua personalidade jurídica decorre da lei que autoriza a instituição;

III – não submissão à fiscalização do Ministério Público, nos moldes previstos no CC (**vide item 4.3.3.3.1**);

IV – impenhorabilidade de seus bens e sujeição ao processo especial de execução (art. 100, § 1º, CF);

V – juízo privativo (art. 109, I, CF, por extensão);

VI – servidores com direitos e obrigações iguais aos servidores da Administração Pública direta, posto que estatutários (art. 37 a 41, CF).

DI PIETRO diz ainda que “é importante assinalar que, não obstante as opiniões doutrinárias em contrário, a jurisprudência é sensível à distinção entre fundações governamentais de direito público e privado”. E relaciona decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, publicada no Diário Oficial do Estado, de 7-5-1986, do antigo Tribunal Federal de Recursos (acórdão *in* RDA 156/226, com menção, inclusive a acórdão do STF, proferido no RE 95722-SP), e da própria Suprema Corte no RE 101.126-RJ, publicado *in* RDA 160/1985, além de acórdão da mesma Corte publicado na citada RDA 156/226 (2015, p. 549).

É ainda oportuna esta outra observação da mestra DI PIETRO, que deve merecer aplauso:

Nos últimos anos, a tendência do Supremo Tribunal Federal vem se firmando no sentido de considerar como fundações de direito público todas as que desempenham atividade estatal e se utilizam de recursos públicos. Mesmo reconhecendo a existência dos dois tipos de fundações instituídas pelo poder público, aquelas que, mesmo sendo chamadas de fundações de direito privado, prestam atividade estatal, teriam natureza jurídica de pessoas jurídicas de direito público.

Não me parece, no entanto, que esse critério decorra do direito positivo. Na esfera federal, o artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67 (com a redação dada pela Lei nº 7.596/87) expressamente estabeleceu que as chamadas fundações públicas são pessoas jurídicas de direito privado. Diante desse dispositivo, tem-se que entender que somente são fundações de direito público aquelas cujas leis instituidoras assim estabeleçam. A escolha do regime jurídico, público ou privado, cabe ao legislador; essa escolha foi feita pelo referido dispositivo legal. A opção pelo regime de direito público é praticamente obrigatória apenas para aquelas atividades típicas do Estado, como polícia, controle, fiscalização. A prestação de serviço público e a utilização de recursos públicos provenientes do orçamento do Estado não constituem critérios adequados para definir a natureza da fundação. Se assim fosse, todas as empresas públicas e sociedades de

economia mista que prestam serviço público ou são dependentes de verbas estatais teriam também que ser consideradas pessoas jurídicas de direito público, o que não tem sido defendido nem pela doutrina nem pela jurisprudência (2015, p. 549-550).

4.3.4 Empresas estatais

4.3.4.1 Uso da expressão

A expressão “empresa estatal” designa todas as sociedades civis ou comerciais sobre as quais o Estado tem o controle de seu capital social. A elas refere-se a atual Constituição (arts. 37, XIX; 71, II; 165, § 5º, III; 173, § 1º).

4.3.4.2 Distinções

4.3.4.2.1 Distinção entre as empresas estatais e outras entidades administrativas

As empresas estatais não se confundem com as autarquias ou fundações e não se identificam com as entidades estatais (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios). Dizia-se, no passado, após terminologia consagrada por MEIRELLES, na década de 1960 – e que alguns ainda continuam utilizando, como o faz, também, parte da própria legislação em vigor, de forma inadequada –, que as empresas estatais eram (ou são) *paralelas ao Estado*, ou seja, *paraestatais*.

As entidades criadas pelo Estado, com personalidade jurídica própria, integram, como por demais o sabemos, a Administração Pública indireta. Assim, MEIRELLES diz hoje pela voz dos atualizadores de sua ainda respeitada obra: “Ora, se fazem parte da Administração indireta do Estado, não podem estar ao lado deste, como entes *paraestatais*” (2015, p. 447). Entidades paraestatais são, sim, outras: aquelas estudadas no **item 4.5**. E vale, por oportuno, a advertência da obra atualizada de MEIRELLES:

Alertamos o leitor, contudo, para o fato de que muitas leis em vigor continuam a referir-se a entidades paraestatais com o conceito dado em edições anteriores, abrangendo, portanto, as empresas públicas e as sociedades de economia mista (2015, p. 447).

4.3.4.2.2 Distinção quanto ao tipo de atividade

Outra distinção que é feita por alguns doutrinadores diz respeito ao tipo de atividade exercida pela empresa estatal. Para tanto, deve-se observar o disposto no art. 173 e no art. 175, ambos da Constituição Federal.

O primeiro dispõe que “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Há que ser observado o disposto no § 1º do artigo 173. Nesse caso, o Estado “obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado”, como salienta DI PIETRO, acrescentando que “estas normas são a regra; o direito público é exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente” (2015, p. 551).

Nesse caso deve prevalecer o Direito Privado, pois a própria Constituição cuidou de estabelecer esse regime jurídico (art. 173, § 1º, inciso II). Assim, a derrogação do direito comum somente poderá ser feita pela lei ordinária se tal possibilidade for admitida pela Carta Magna. Ora, o art. 173 trata da atividade de natureza privada, embora exercida de forma excepcional pelo Estado.

Por outro lado, diz DI PIETRO que:

Se a atividade for econômica (comercial ou industrial), mas assumida pelo Estado como serviço público, tais normas [as de Direito Privado às quais se reporta o art. 173] não têm aplicação, incidindo, então, o art. 175 da Constituição, segundo o qual incumbe ao Poder Público, na forma da lei, *diretamente* ou sob regime de *concessão* ou *permissão*, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (2015, p. 551).

Nesse caso, silenciando a lei, aplica-se a norma de direito público, que versa sobre o regime jurídico administrativo. A distinção acima apontada tem merecido amparo no pensamento de alguns doutrinadores, não se registrando, contudo, um consenso na Doutrina. Logo, há doutrinadores que insistem no fato de que, tanto no caso do art. 173, quanto no caso do art. 175, são aplicadas, sobretudo, as normas de Direito Privado, e, excepcionalmente, as de Direito Público.

4.3.4.3 Espécies de empresas estatais

Sendo gênero, as empresas estatais são de duas espécies distintas, a saber:

I – empresas públicas;

II – sociedades de economia mista.

4.3.4.4 Empresas públicas

4.3.4.4.1 Surgimento

As empresas públicas são, há muito tempo, comuns na Alemanha, França, Inglaterra, Itália. Apareceram no Brasil na década de 1950.

4.3.4.4.2 Conceito

São pessoas jurídicas de Direito Privado, cuja instituição é autorizada por lei específica (art. 37, XIX, CF), como também a sua extinção (art. 84, VI, CF), sendo dotadas de capital exclusivamente público, embora podendo ter a participação de mais de um ente estatal, com o intuito de realizar atividades de natureza econômica que interessem à Administração, ou atividades de interesse coletivo, a exemplo do serviço de coleta de lixo.

4.3.4.4.3 Vinculação

As empresas públicas estão vinculadas aos fins definidos na lei que autorizou a sua instituição, como, aliás, ocorre com as demais entidades da Administração indireta. Inclusive, administrativamente, também se *vinculam* a um órgão público (Ministério ou Secretaria).

4.3.4.4.4 Forma de organização

O art. 5º do DL 200/1967, com a redação do DL 900/1968, diz que as empresas públicas podem ser estruturadas sob qualquer das formas admitidas em Direito, ou seja, podem ter estrutura de sociedade civil ou de sociedade comercial.

DI PIETRO faz a seguinte observação:

A rigor, os conceitos do Decreto-lei nº 200/67 somente são aplicáveis na esfera federal, já que ele se limita a estabelecer normas sobre a organização da Administração Federal; e realmente ele dispõe dessa forma. Ocorre que as características mencionadas nos referidos conceitos, com algumas ressalvas, são reconhecidas pela doutrina como próprias desses tipos de entidades; apenas esse

aspecto, concernente à forma de organização, parece decorrer de opção do governo federal, podendo-se então argumentar que Estados e Municípios não se sujeitam a essa exigência (2015, p. 558).

4.3.4.4.5 Patrimônio

Embora o seu patrimônio seja formado unicamente por recursos públicos – de uma ou mais entidades políticas ou administrativas, mas cabendo sempre a uma entidade política o capital majoritário –, pode ser onerado ou alienado na forma disposta no seu regulamento ou estatuto, sem precisar de autorização legislativa especial. Mas no caso de bens imóveis, atender-se-á ao que dispõe o art. 17, I, da Lei 8.666/1993, que é *válido para todos os bens imóveis da Administração Pública, em geral*. Atuando como qualquer empresa privada, seus bens estão sujeitos a execução pelos débitos contraídos, obedecendo, inclusive, ao que preceitua o art. 173, § 1º, II e III da CF (vide item 4.3.4.2.2).

No que tange a certos aspectos relativos aos bens e, ainda, à falência das empresas públicas, é de observar também o conteúdo dos itens 4.3.4.5.5 e 4.3.4.5.6, concernente às sociedades de economia mista, como veremos adiante.

4.3 4.4.6 Privilégios fiscais

Quanto a privilégios fiscais, as empresas públicas sujeitam-se aos ditames do art. 173, § 2º, CF, ou seja, não podem gozar de privilégios além dos concedidos às empresas privadas.

4.3.4.4.7 Controle

Estão sujeitas ao controle estatal, como todas as entidades criadas pelo Estado, e se sujeitam, ainda, ao controle legislativo (art. 49, X, CF) e ao controle do Tribunal de Contas (art. 71, II, CF), como, ademais, toda a Administração Pública, direta e indireta.

4.3.4.4.8 Foro

Têm foro especial, conforme dispõe o art. 109, I, da Magna Carta. Há quem defende esse privilégio, argumentando que isso se dá porque o seu patrimônio é formado por recursos públicos. Outros, porém, contestam tal privilégio, alegando que, sendo regidas pelo Direito Privado, deveriam também, nesse particular, seguir o regime do art. 173, § 1º, da CF.

4.3.4.4.9 Previsão de rubrica orçamentária

O seu orçamento de investimento será compreendido na lei orçamentária anual do ente estatal criador, na forma do art. 165, § 5º, II, da CF.

4.3.4.4.10 Pessoal

Embora regido pela CLT, o seu pessoal incorre nas disposições do art. 37 da Constituição Federal, no que se refere ao concurso público (inciso II) e acumulação de cargos e empregos (inciso XVII). Incorre também em outras disposições constitucionais e infraconstitucionais relativas aos servidores públicos, a exemplo do disposto no art. 173, § 1º, II, CF, e no art. 327 “*caput*” e § 1º, do Código Penal.

4.3.4.4.11 Licitação e contratos

Sujeitam-se aos ditames do estatuto de licitações e contratos administrativos (Lei 8.666/1993), podendo ter regulamentos próprios (art. 119).

4.3.4.5 Sociedades de economia mista

4.3.4.5.1 Surgimento

Para alguns, a aparição da sociedade de economia mista data do século XV, com a fundação do Banco de Gênova, na Itália. Para outros, data do século XVI, com a criação da Companhia das Índias Orientais, que antecedeu a Companhia das Índias Ocidentais, esta tão conhecida dos brasileiros, por conta das invasões holandesas no Nordeste.

4.3.4.5.2 Conceito

São pessoas jurídicas de Direito Privado, cujo capital é formado pelo poder público, de forma majoritária – conforme previsão do art. 4º, II, “c”, DL 200/1967 –, e por particulares, objetivando realizar atividades de natureza econômica, ou, ainda, de interesse coletivo, como a prestação de certos serviços públicos, mediante outorga ou delegação do Estado. Integram a descentralização administrativa. E qual o seu objetivo? MEIRELLES responde:

O objetivo dessa descentralização administrativa é o de utilizar o modelo empresarial privado, seja para melhor atendimento aos usuários do serviço público, ou para maior rendimento na exploração da atividade econômica. Além

disso, a sociedade de economia mista permite a captação de capitais privados, assim como a colaboração desse setor na direção da empresa.

Conciliam-se, deste modo, a estrutura das empresas privadas com os objetivos de interesse público. Vivem, portanto, em simbiose o empreendimento particular com o amparo estatal (2015, p. 459).

Com relação à composição do capital da sociedade de economia mista, MEIRELLES explana que “o que define a sociedade de economia mista é a participação ativa do Poder Público na vida e realização da empresa”. E diz: “Não importa seja o Estado sócio majoritário ou minoritário; o que importa é que se lhe reserve, por lei ou convenção, o poder de atuar nos negócios sociais” (2015, p. 460). Mas a composição majoritária do capital estatal tem sido a tônica nesse tipo de entidade.

Como já temos amplo conhecimento, a CF só permite a instituição da sociedade de economia mista por meio de autorização legal específica, o mesmo ocorrendo com suas subsidiárias e sua participação em outras companhias (art. 37, XIX e XX).

4.3.4.5.3 Forma de organização

Organizam-se de acordo com as normas das sociedades comerciais, com as adaptações impostas pela lei que autoriza sua instituição. A forma usual da sociedade de economia mista tem sido a de sociedade anônima, como manda o art. 5º, do DL 200/1967. Lembra DI PIETRO que, a rigor, os preceitos do mencionado Decreto-Lei “somente são aplicáveis na esfera federal, já que ele se limita a estabelecer normas sobre a organização da Administração Federal”, como, aliás, o sabemos (2015, p. 558). Enquanto a empresa pública pode ser uma sociedade comercial ou civil, a sociedade de economia mista deve ser uma sociedade comercial.

O seu estatuto deve ser aprovado na forma societária própria e arquivado no registro competente, condição essencial para adquirir personalidade jurídica, de acordo com o art. 45, combinado com o art. 44, II, todos do Código Civil.

O art. 235 da Lei 6.404/1976 – Lei das Sociedades Anônimas – estabelece que as sociedades de economia mista ficam sob os ditames de seus preceitos, sem prejuízo de disposições especiais de lei federal. Logo, tanto os Estados quanto os Municípios também devem organizar suas sociedades de economia mista sob a denominação de sociedades anônimas. No caso das sociedades que exploram atividades econômicas a Constituição Federal, com a redação da EC 19/1998, já previu a edição do respectivo estatuto jurídico, com as condicionantes ancoradas no art. 173, § 1º, anteriormente citado.

A entidade estatal instituidora, entretanto, pode estabelecer:

[...] *normas administrativas* para a consecução dos objetivos estatutários e para o controle finalístico da sociedade, que é empresa estatal, integrante da Administração indireta ou descentralizada do Estado. Esses *preceitos administrativos* devem ser estabelecidos na lei que autoriza a criação da sociedade, para sua reprodução no *estatuto* a ser aprovado nos moldes societários próprios e arquivado no Registro competente. Só após esse registro é que a sociedade de economia mista adquire personalidade, como as demais pessoas jurídicas de Direito Privado (MEIRELLES, 2015, p. 460-461).

Tudo isso na forma do que estabelece os arts. 44, II e 45, do Código Civil, e como, aliás, já foi dito.

Por fim, as sociedades de economia mista, assim como as empresas públicas não gozam de privilégios estatais, pois isto contraria os ditames constitucionais estabelecidos na ordem econômica. Só podem obter prerrogativas administrativas, tributárias e processuais conferidas de forma específica na lei que autorizou a instituição ou em normas especiais. É o que tem entendido a doutrina e a jurisprudência. Ademais, seguem o ritmo do art. 173, § 2º, CF.

4.3.4.5.4 Objeto

A par do texto do **item 4.3.4.2.2**, a sociedade de economia mista pode ter como objeto um serviço público ou uma atividade econômica empresarial. É pena, como anota BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 196), que o conceito desse tipo de entidade, extraído do DL 200/1967, tenha se prendido à “exploração de atividade econômica”, para designar o seu campo de atuação. Na verdade, pode abranger tanto uma atividade econômica como a prestação de um serviço público.

Salienta MEIRELLES que:

Quando for serviço público, sua liberdade operacional é ampla e irrestrita; quando for atividade econômica, fica limitada aos preceitos constitucionais da *subsidiariedade* e da *não competitividade* com a iniciativa privada, sujeitando-se às normas aplicáveis às empresas congêneres particulares e ao regime tributário comum, pois é dever do Estado dar preferência, estímulo e apoio à iniciativa privada para o desempenho da atividade econômica (2015, p. 461), como preceitua a CF (art. 173 e §§).

MEIRELLES adverte:

Entretanto, a realidade vem demonstrando que as empresas estatais vêm sendo criadas com desrespeito aos mandamentos constitucionais, invadindo a área reservada ao empresariado particular e fazendo-lhes aberta concorrência. Com o início do *Programa Nacional de Desestatização* foi posto um paradeiro a essa situação, devolvendo-se à iniciativa privada várias empresas que vinham explorando atividades econômicas (2015, p. 461).

Essa advertência contraria o pensamento de muita gente que se acostumou a ver o Estado como o intervencionista direto de todos os momentos e em todas as áreas da vida sócio-econômica. Na verdade, a intervenção do Estado, na atividade econômica, quando for preciso, deve voltar-se, normalmente, para os aspectos da regulação.

4.3.4.5.5 Patrimônio

O patrimônio dessas empresas é formado com recursos públicos e particulares como já o sabemos daí dizer-se “de economia mista”, em regra com a prevalência do capital público. Na visão de MEIRELLES, tais empresas admitem lucro, mesmo quando se voltarem para a prestação de serviço público, embora o lucro não seja “o objetivo principal da empresa, nem mesmo quando explore atividade econômica, pois a atuação do Estado nesta área só se justifica quando haja relevante interesse coletivo ou seja imprescindível à segurança nacional”, conforme disposição da CF, art. 173 (2015, 450). O mesmo se diga das empresas públicas nesse particular.

Sobre os bens dessas empresas, MEIRELLES (2015, p. 450-451) chama a atenção para os seguintes aspectos, que também podem alcançar, a depender do caso, as *empresas públicas* (vide item 4.3.4.4.5):

I – Destinação especial: os “bens públicos recebidos para formação de seu patrimônio e os adquiridos no desempenho de suas atividades, passam a formar uma outra categoria de *bens públicos, com destinação especial, sob administração particular da empresa a que foram incorporados, para a consecução de seus fins estatutários*”.

II – Alienação sem autorização legislativa especial: por conta da qualificação anteriormente apontada, esses bens “podem ser utilizados, onerados ou alienados, sempre na forma estatutária e independentemente de autorização legislativa especial” (art. 17, I, da Lei 8.666/1993), visto que “tal autorização está implícita na lei que autorizou a [instituição] da empresa”, outorgando-lhe “os poderes necessários para realizar as atividades, obras ou serviços” que constituem seus objetivos.

III – Garantia de empréstimos e obrigações: a totalidade do patrimônio – bens e rendas – “serve para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se a execução pelos débitos da empresa, no mesmo plano dos negócios da iniciativa privada, pois sem essa igualdade obrigacional e executiva seus contratos e títulos de crédito não teriam aceitação e liquidez na área empresarial” (MEIRELLES, 2015, p. 450).

IV – A não oneração, penhora ou alienação de bens vinculados ao serviço prestado pela empresa: as empresas estatais que prestam serviços públicos “apresentam situação diferente [daquelas que exploram atividade econômica], pois os bens vinculados ao serviço não podem ser onerados, nem penhorados, nem alienados (salvo autorização de lei específica), em face do princípio da continuidade do serviço” (MEIRELLES, 2015, p. 451). CARVALHO FILHO, todavia, não concorda com esta posição, pois entende que o “fato de estarem alguns bens de tais entidades afetados à eventual prestação de serviços públicos não os converte em bens públicos, pois que nenhuma ressalva em tal sentido mereceu previsão legal” (2015, p. 531). Estende-se o autor:

A questão da impenhorabilidade dos bens dessas entidades [ele se reporta às empresas públicas e às sociedades de economia mista] tem gerado profunda confusão e decisões divergentes [...]. O sistema de precatório é aplicável apenas à Fazenda Pública (art. 100, CF), e no sentido desta evidentemente não se incluem pessoas administrativas de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista. A extensão da aplicabilidade do sistema a tais entidades provoca irreversível prejuízo aos seus credores, já que se trata de mecanismo injusto e anacrônico, ao mesmo tempo em que beneficia devedores paraestatais recalcitrantes. Provoca também inegável perplexidade na medida em que o devedor privilegiado é *pessoa jurídica de direito privado*... Não obstante, tal posição não pacífica, havendo, inclusive, decisões judiciais em sentido contrário (2015, p. 531).

O assunto é, de veras, polêmico. O próprio STF tem alterado a sua posição a respeito. Em 1998, por exemplo, sendo Relator o Ministro ILMAR GALVÃO, entendia a Suprema Corte que legislação especial anterior não teria sido recepcionada pela Constituição de 1988, em caso relativo à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Em 2000, todavia, com Relatoria do Ministro MAURÍCIO CORRÊA, adotou entendimento oposto, isto é, de que a Constituição teria recepcionado dispositivos de lei anterior que continha o privilégio. Vencidos os Ministros ILMAR GALVÃO, MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE. Ainda sobre o assunto, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citado por CARVALHO FILHO, em decisão sumular considerou que: “A regra do art.

100 da Constituição Federal não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista” (2015, p. 531 – nota de rodapé 177).

É de notar, ainda, que o Código Civil, no art. 98, dispõe que são bens públicos os que pertencem a pessoas jurídicas de direito público, sendo particulares todos os demais. Logo, se as empresas públicas e as sociedades de economia mista “têm personalidade jurídica de direito privado, seu patrimônio há de caracterizar-se como privado” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 532).

Em 2006, o STJ entendeu que bem pertencente a sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião (REsp 647.357-MG, 3ª Turma, Rel. Ministro CASTRO FILHO). Ora, os bens públicos são insuscetíveis de usucapião, não os bens privados. O entendimento do STJ é no sentido de que os bens das sociedades de economia mista não são públicos. Longe, pelo visto, há de ir a polêmica.

Mas, a despeito disso, a doutrina e a jurisprudência, majoritariamente, têm se encaminhado para o entendimento esposado por MEIRELLES.

V – Formalização da transferência inicial de bens públicos imóveis para constituição do patrimônio da empresa e consequentes majorações do capital: essa transferência “tem sido feita por decreto, com avaliação prévia e posterior recebimento pela diretoria, a título de integralização, transcrevendo-se, após, a respectiva ata no Registro Imobiliário competente”. Nesse mister MEIRELLES dá como exemplo o que ocorre na cidade de São Paulo, com as transferências de imóveis públicos municipais para a Empresa Municipal de Urbanização, que é *empresa pública*. Contudo, o publicista considera “que mais adequada é a transferência desses bens por ato bilateral – termo administrativo ou escritura pública – após a autorização legislativa especial ou geral da lei instituidora da empresa e respectiva avaliação dos imóveis a serem incorporados ao patrimônio da empresa pública, transcrevendo-se oportunamente o título translativo da propriedade” (2015, p. 451 – nota de rodapé nº 75).

VI – Destinação do patrimônio quando da extinção da empresa: no caso da empresa estatal de economia mista, ocorrendo a extinção da mesma, “seu patrimônio – deduzida a parte dos particulares [...] – reincorpora-se à entidade estatal-matriz, como consequência natural da dominalidade pública de tais bens”. Daí porque “os atos lesivos ao patrimônio da empresa estatal sujeitam-se a anulação por ação popular”,

consoante dispõe o art. 5º, LXXIII, da CF, a par do art. 1º, da Lei 4.717/1965.

4.3.4.5.6 Sujeição à falência

A sujeição, ou não, das empresas governamentais (sociedades de economia mista ou empresas públicas) à falência sempre causou divergências doutrinárias.

Parece-nos oportuna a lição de MEIRELLES acerca do assunto:

A rigor, sendo a criação de empresa governamental expressamente autorizada por lei, somente outra lei poderia autorizar a sua extinção, o que de fato tem ocorrido com a implantação do Programa Nacional de Desestatização. Coloque-se, porém, a indagação: possuindo forma mercantil, pode a empresa estatal desaparecer em virtude de falência?

Hão de ser distinguidas, aqui, as empresas exploradoras de atividade econômica das que prestam serviço público. As primeiras, quer sejam empresas públicas, quer sociedades de economia mista, ficam sujeitas a falência, pois é preceito constitucional sua submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis e comerciais (CF, art. 173, § 1º, II). De igual modo, não responde a entidade criadora, nem mesmo subsidiariamente, pelas obrigações da sociedade falida (2015, p. 451-452).

A Lei 11.101, de 09.02.2005 – nova Lei de Falências –, que “regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária” dispõe expressamente, no art. 2º, inciso I, que a falência não se aplica às empresas públicas e às sociedades de economia mista. Ao generalizar, entendemos que o dispositivo não foi preciso, como, aliás, também sustenta CARVALHO FILHO:

Como o legislador foi peremptório a respeito e não distinguiu as atividades de tais entidades, deve concluir-se que não se aplica o regime falimentar a essas pessoas paraestatais, independentemente da atividade que desempenhem. Sejam, pois, prestadoras de serviços públicos ou voltadas a atividades econômicas empresariais, estão excluídas do processo falimentar aplicável às sociedades empresárias do setor privado em geral.

Em nosso entendimento, não foi feliz (para dizer o mínimo) o legislador nessa opção. De plano, o dispositivo não parece mesmo consentâneo com a *ratio* inspiradora do art. 173, § 1º, da Constituição (2015, p. 537).

Para MEIRELLES, esse “dispositivo só incidirá sobre as empresas governamentais que prestam serviço público; as que exploram atividade econômica ficam sujeitas às mesmas regras do setor privado, nos termos do art. 173, § 1º, II, da CF” (2015, p. 452). Ou seja, a falência recairá sobre as empresas públicas e sobre as sociedades de economia mista que estiverem na segunda situação (exploração de atividade econômica). Parece-nos

razoável o entendimento do mestre. A lei citada dispõe no art. 195 que a falência de uma empresa concessionária de serviço público extingue o contrato de concessão.

Ora, é de observar que a Lei 8.987/1995, que trata das concessões e permissões de serviços públicos, já assim decidira no art. 35, inciso VI.

4.3.4.5.7 Outros traços iguais às empresas públicas

Com relação aos aspectos de vinculação, privilégios fiscais, controle, previsão de rubrica orçamentária, pessoal e licitação, seguem as sociedades de economia mista as regras aplicadas às empresas públicas.

4.4 Consórcios públicos

4.4.1 Considerações gerais

A complexidade da Administração Pública, ou, mais precisamente, das necessidades públicas a serem atendidas pelos órgãos públicos e entidades administrativas levou o Estado a “buscar novas formas e meios de prestação de serviços” que lhe são afetos. E isso tem abalado “os fundamentos da Administração clássica” (MEIRELLES, 2015, p. 461), merecendo o apoio de alguns e a crítica de outros.

De qualquer forma, para quem tem a lucidez de enxergar as dificuldades do Estado, tornou-se necessária a conjugação de esforços técnicos e financeiros públicos – às vezes de entes diferentes – e privados para a consecução de objetivos públicos que venham a satisfazer as necessidades mediatas e imediatas da coletividade. Como enfatiza MEIRELLES, “daí o surgimento dos *convênios públicos*, dos *consórcios administrativos*, e, ultimamente, das *parcerias público-privadas* e dos *consórcios públicos*, como solução para tais situações” (2015, p. 462).

Inegável é que a prestação dos serviços públicos (a ser estudada em Direito Administrativo II) tem passado por um processo evolutivo ao longo dos tempos, notadamente a partir do século XX. Com razão, diz MEIRELLES:

Cronologicamente, dos serviços públicos centralizados passamos para os serviços delegados a particulares; destes para os serviços outorgados a autarquias; daqui defletimos para os serviços transpassados a fundações e empresas estatais; chegamos aos serviços de interesse recíproco de entidades públicas e organizações particulares realizadas em mútua cooperação, sob as formas de convênios e dos antigos, então denominados consórcios administrativos; veio, depois, a concessão na forma de parcerias público-

privadas e, finalmente, chega-se à gestão associada de serviços públicos por meio dos consórcios públicos, personalizados como de direito público ou de direito privado, na forma prevista pela Lei 11.107, de 6.4.2005, que afeta a tradicional doutrina sobre consórcios. Essa lei foi regulamentada pelo Dec. 6.017/2007 (2015, p. 462).

4.4.2 O que são consórcios públicos

Parece-nos consentâneo o conceito de MEIRELLES:

Consórcios públicos são pessoas de direito público, quando associação pública, ou de direito privado, decorrentes de contratos firmados entre entes federados, após autorização legislativa de cada um, para a gestão associada de serviços públicos e de objetivos de interesse comum dos consorciados, através de delegação e sem fins econômicos. Trata-se de gestão associada ou cooperação associativa de entes federativos, para a reunião de recursos financeiros, técnicos e administrativos – que cada um deles, isoladamente, não teria –, para executar o empreendimento desejado e de utilidade geral para todos (2015, p. 462).

CARVALHO FILHO salienta que “os *consórcios*, tradicionalmente, nada mais eram do que *convênios*, instrumento em que pessoas públicas ou privadas ajustam direitos e obrigações com o objetivo de alcançar metas de interesse recíproco” (2013, p. 228). E acrescenta:

Em outras palavras, sempre foram negócios jurídicos pelos quais se pode expressar a vontade de cooperação mútua dos pactuantes. A diferença apontada entre ambos [...], era despida de fundamentação normativa. A disciplina da Lei nº 11.107/2005, entretanto, demonstra que os consórcios públicos passaram a espelhar nova modalidade de negócio jurídico de direito público, com espectro mais amplo do que os convênios administrativos, muito embora se possa considerá-los como espécies destes (2015, p. 231).

4.4.3 Fundamento constitucional

A Lei 11.107/2005 tem como fundamento os artigos 22, XXVII, e 241 da Magna Lex. O art. 241, com a redação dada pela EC 19/98 dispõe que os entes federativos disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre si, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. Tem-se presente uma “modalidade de delegação de serviços públicos *distinta* da autorização, permissão ou concessão, por meio de contrato”. Dessa forma, “por ser contratual, a União tem competência legislativa para editar suas normas gerais (art. 22, XXVII, da CF)”, como diz MEIRELLES (2015, p. 462).

4.4.4 Algumas disposições da Lei 11.107/2005

Dentre as disposições da Lei 11.107/2005 merecem destaque, dentre outras, as seguintes:

- a União, os Estados, o DF e os Municípios podem constituir consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum (art. 1º), por meio de *contrato*, cuja celebração dependerá de prévia *subscrição de protocolo de intenções*, devidamente publicado na imprensa oficial e *ratificado*, através de lei de cada um dos entes contratantes; sem a ratificação referida que equivale à *autorização*, é *nula* a participação do ente federado.
- o protocolo de intenções deve consignar diversas *cláusulas necessárias* (art. 4º);
- fica proibida a celebração de contrato ou outro instrumento, como o acordo, que objetive a prestação de serviços públicos por meio de gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei, sob pena de caracterizar ato de improbidade administrativa (art. 18, que introduziu os incisos XV e XVI no art. 10, da Lei 8.429/1992);
- respeitando o princípio federativo, a União somente poderá participar de consórcios públicos do qual, também, façam parte os Estados em cujos territórios estejam situados os Municípios consorciados (art. 1º, § 2º);
- a participação de cada ente federativo dar-se-á mediante autorização legislativa (art. 5º);
- cada ente federado deve observar seus limites constitucionais, na determinação dos objetivos dos consórcios (art. 2º).

4.4.5 Natureza jurídica e competências dos consórcios públicos

Os antigos consórcios administrativos não tinham personalidade jurídica, impedindo, assim, “o exato alcance das finalidades do instituto, especialmente em razão da instabilidade institucional”, como diz MEIRELLES (2015, p. 463).

Já DI PIETRO afirma que, antes da Lei nº 11.107/2005, havia “certo consenso no entendimento de que o consórcio administrativo” não adquiria “personalidade jurídica”, admitindo-se apenas a melhor forma de administrá-lo (2015, p. 582).

Corrigindo esse defeito, o art. 6º, incisos I e II, da Lei 11.107/2005, estabelece que o consórcio público terá personalidade jurídica de *direito público* – por meio da vigência das *leis de ratificação* do respectivo protocolo de intenção –, ou de *direito privado, através do registro do contrato de consórcio* celebrado pelos entes estatais, após a devida autorização legislativa de cada um, com base nos ditames da legislação civil.

Assim considerando, “os consórcios públicos têm capacidade para exercer direitos e assumir obrigações em nome próprio, com administração própria”. E uma vez que “a norma fala em leis de ratificação ou autorização legislativa, conforme o caso, enquanto pelo menos dois entes não ratificarem o protocolo de intenção não é possível cogitar da existência da pessoa jurídica de direito público ou da constituição da de direito privado, bem como da celebração do contrato de consórcio público” (MEIRELLES, 2015, p. 463).

Se o consórcio for de *direito público* (art. 1º, § 1º), constituirá “*associação pública*”. Nesse sentido, o art. 16 deu nova redação ao inciso IV do art. 41, do Código Civil que ficou assim: (...) “IV – as autarquias, *inclusive as associações públicas*”. Logo, “quando de direito público, o consórcio público constitui *associação pública autárquica*, regendo-se pelas disposições das autarquias” e pelas normas especiais da própria Lei 11.107/2005, passando a integrar “a *administração indireta* de todos os entes da Federação consorciados (§ 1º do art. 6º)”. É, portanto, “uma *autarquia interfederativa*, de dois ou mais entes federados” (MEIRELLES, 2015, p. 463).

Entrementes, caso seja pessoa de *direito privado*, o consórcio público estará também adstrito às normas de direito público, como não poderia deixar de ser, no que diz respeito à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela CLT (art. 6º, § 2º), embora a lei não o tenha inserido na administração indireta, “fato que deve ser levado em conta na fixação das competências a serem transferidas ao consórcio (cf. art. 4º, XI, “a”)”, como salienta MEIRELLES (2015, p. 464).

Ainda com relação ao pessoal, o inciso IX, do art. 4º (que trata das cláusulas necessárias, como visto no **item 4.4.4**), dispõe sobre “o número, as formas de provimento e a remuneração dos empregados públicos, bem como os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. Dissertando sobre o assunto, MEIRELLES diz:

O inc. IX, acima, merece atenção especial. Assim, ao se referir a ‘empregados públicos’ indica que, salvo os servidores oriundos dos entes federados, como permite o § 4º do art. 4º, o consórcio poderá contratar outros, mas pela CLT, como, aliás, deixa claro o § 2º do art. 6º, na hipótese de ele ser de direito privado. É preciso, aqui, fazer distinção importante: se o consórcio não for autárquico, seus empregados não serão servidores públicos. Serão empregados, mas não empregados públicos. E os ‘casos de contratação por tempo determinado’ só poderão ser os já previstos pela lei exigida pelo art. 37, IX, da CF (Lei 8.745, de 9.12.1993, com as alterações introduzidas pelas Leis 9.849/1999 e 10.973/2004) (2015, p. 466).

Os consórcios públicos poderão realizar licitação que, nos termos do respectivo edital, ensejarão a celebração de contratos administrativos pelos órgãos ou entidades dos entes federados consorciados; faculta-se à entidade interessada o acompanhamento da licitação e a execução do contrato, que, inclusive, poderá ser celebrado por apenas uma parcela dos entes da Federação que subscreverem o protocolo de intenções (art. 5º e § 1º).

A transferência de recursos pelos entes consorciados ao consórcio público somente se dará mediante *contrato de rateio*, que deverá ser formalizado em cada exercício financeiro. Caso o ente consorciado não consigne, em sua lei orçamentária ou em créditos adicionais, as dotações necessárias para arcar com as despesas assumidas através do contrato de rateio, ele poderá ser excluído do consórcio (art. 8º, § 5º).

A responsabilidade dos entes consorciados deve ser *subsidiária*, pois com o veto ao *caput* do art. 10 caiu a responsabilidade *solidária*, o que foi acertado. Ressalva-se a *solidariedade* pelas *obrigações remanescentes*, no caso de extinção do consórcio público.

As obrigações que um ente federado constituir para com outro ente ou para com o consórcio público, “no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos como condição de sua validade, deverão ser constituídas e reguladas por *contrato de programa*” (MEIRELLES, 2015, 467).

A retirada do ente federado do consórcio depende de lei, com vistas a dar estabilidade e segurança jurídica ao consórcio e seus consorciados. A retirada deve ser comunicada pelo representante do ente que se retira à assembleia geral (art. 11). Os casos de alteração e extinção contratuais dependem, antes, de instrumento aprovado pela assembleia geral, ratificado mediante lei por todos os entes consorciados (art. 12).

O Decreto 5.507, de 5.8.2005, que regulamentou a Lei 11.107/2005, determinou a utilização obrigatória de *pregão*, como modalidade licitatória para a aquisição de bens e serviços comuns, quando os consórcios públicos utilizarem recursos repassados pela União.

4.5 Entes de cooperação ou entidades paraestatais

Embora não integrem a Administração Pública indireta, os *serviços sociais autônomos* e as *organizações sociais* são entes de cooperação com o poder público, dotados de administração e patrimônio próprios. São pessoas jurídicas de Direito Privado. E são entidades *sui generis*, como se costuma dizer, que formam “um *tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas” (DI PIETRO, 2015, p. 598).

Na visão atual da obra de MEIRELLES “são as verdadeiras *entidades paraestatais*”, pois estão “*dispostas paralelamente* ao Estado, ao lado do Estado, para executar cometimentos de interesse do Estado, mas não privativos do Estado” (2015, p. 470).

Às organizações sociais DI PIETRO acrescenta as organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, embora alerte que os “teóricos da Reforma do Estado incluem essas entidades no que denominam de *terceiro setor*, assim entendido aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos; esse *terceiro setor* coexiste com o *primeiro setor*, que é o Estado, e o *segundo setor*, que é o mercado” (2015, p. 602). Também GASPARINI as acrescenta (2009, p. 471-472). Concordamos com isso.

4.5.1 Serviços sociais autônomos

4.5.1.1 Conceito

De acordo com MEIRELLES, “são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por doações orçamentárias ou por contribuições parafiscais”, conforme disposições do art. 240, da CF. São “*entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público*, com administração e patrimônio próprios, revestindo a forma de instituições particulares convencionais (fundações, sociedades civis ou associações) ou peculiares ao desempenho de suas incumbências estatutárias”. Sua estrutura e organização especiais são genuinamente brasileiras (2015, p. 470).

CARVALHO FILHO afirma que a denominação “serviços sociais autônomos” é utilizada por alguns autores e também “tem sido adotada por leis mais recentes que autorizaram a instituição de tais entidades”. Ele se reporta às Leis n^os 10.668/2003 e 11.080/2004, que autorizaram a criação da APEX-BRASIL – Agência de Promoção de Exportações do Brasil – e da ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial –, respectivamente, como veremos no item 4.5.1.2 (2015, p. 556).

Oportuna é a lembrança de DI PIETRO acerca do modo de instituição dos serviços autônomos, que os distinguem dos entes integrantes da Administração Pública indireta:

Muitas dessas entidades foram criadas na vigência da Constituição de 1946, com base em autorização dada por meio de decretos-leis. Estes não as criaram diretamente, nem autorizaram o Poder Executivo a fazê-lo, como ocorre com as entidades da Administração Indireta. Eles apenas atribuíram a Confederações Nacionais o encargo de fazê-lo, tal como ocorreu com os decretos-leis n^os 4.048, de 22-1-42 (Senai), 8.621, de 10-1-46 (Senac), 9.403, de 25-6-46 (Sesi) e 9.853, de 13-9-46 (Sesc). Paralelamente, pelos mesmos decretos-leis, o Poder Público garantiu a manutenção das entidades por meio de contribuições parafiscais recolhidas pelos empregadores (2015, p. 610).

4.5.1.2 Exemplos

São exemplos desses entes os diversos serviços sociais da indústria, do comércio, como acima citados, e dos transportes, além de outros, como:

I – SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (criado pelo DL 4.048, de 22/01/1942 e destinado à formação profissional e educação para o trabalho com vistas ao setor industrial);

II – SESI – Serviço Social da Indústria (criado pelo DL 9.403, de 25/06/1946, destina-se à assistência social a empregados do setor industrial);

III – SESC – Serviço Social do Comércio (criado pelo DL 9.853, de 13/09/1946, destinado à assistência social a empregados do setor comercial);

IV – SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (DL 8.621, de 10/01/1946, que se destina à formação profissional e educação para o trabalho dos empregados do comércio);

V – SENAR – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (previsto no art. 62, ADCT/CF e regulado pela Lei 8.315, de 23/12/1991, com o objetivo

de organizar, administrar e executar o ensino da formação profissional rural e a promoção social do trabalhador rural);

VI – SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (criado pela Lei 8.029, de 12/04/1990, com o nome de CEBRAE, que era órgão federal, e transformado pela Lei 8.145, de 28/12/1990, para a execução de programas de auxílio e orientação a empresas de pequeno porte);

VII – SEST – Serviço Social do Transporte (criado pela Lei 8.706, de 14/09/1993, destinados a fins idênticos ao SESI e SESC, na área dos transportes);

VIII – SENAT – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (criado pela Lei 8.706, de 14/09/2003 e também voltado para a área dos transportes);

IX – APEX-Brasil – Agência de Promoção de Exportações do Brasil (desmembrada do SEBRAE pela Lei 10.668, de 14/05/2003, para atuar na promoção, no fomento e na execução de políticas relacionadas a exportações, em colaboração com o Poder Público, especialmente quando beneficiam empresas de pequeno porte e propiciam a geração de empregos).

X – ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (criada pela Lei 11.080, de 30/12/2004, destinada a promover a execução de políticas de desenvolvimento do setor industrial).

Cumprido salientar que as duas últimas entidades, embora “tenham sido qualificadas nas respectivas leis como ‘serviços sociais autônomos’, têm regime e perfil jurídicos bem diversos dos atribuídos tradicionalmente às entidades da mesma natureza”. E anota-se, ainda, que “esses serviços sociais autônomos mais recentes afastaram-se do modelo clássico e mais se aproximaram do sistema de Administração Pública descentralizada” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 557).

Apenas para citar um exemplo de distinção em relação aos serviços sociais autônomos anteriores, estas últimas entidades têm o seu presidente nomeado pelo Presidente da República, ao passo que nas anteriores a autoridade maior é eleita por colegiados internos. Há outras distinções.

4.5.1.3 Recursos financeiros

Os recursos auferidos pelas entidades de cooperação governamental são oriundos de contribuições parafiscais, recolhidas compulsoriamente pelos contribuintes, conforme previsão legal. Aliás, a própria Constituição, no art. 240, refere-se expressamente a tais contribuições, que são pagas por empregadores sobre a folha de salários. CARVALHO FILHO pontua que:

Esses recursos não provêm do erário, sendo normalmente arrecadados pela autarquia previdenciária (o INSS) e repassados diretamente às entidades. Nem por isso deixam de caracterizar-se como *dinheiro público*. E isso por mais de uma razão: primeiramente, pela expressa previsão legal das contribuições; além disso, essas contribuições não são facultativas, mas, ao revés, compulsórias, com inegável similitude com os tributos; por fim, esses recursos estão vinculados aos objetivos institucionais definidos na lei, constituindo desvio de finalidade quaisquer dispêndios voltados para fins outros que não aqueles (2015, p. 557).

4.5.1.4 Fiscalização e vinculação

Embora não estejam hierarquicamente subordinados a qualquer autoridade pública, pois “não integram a Administração direta nem a indireta”, os serviços sociais autônomos, vicejando sob o mando protetor do Estado, sujeitam-se à fiscalização deste. Vinculam-se ao “órgão estatal mais relacionado com suas atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas dos dinheiros públicos recebidos para sua manutenção” (Lei 2.613/1955, arts. 11 e 13; Dec.-lei 200/1967, art. 183; Decretos 74.000/1974 e 74.296/1974; art. 70, parágrafo único, CF), consoante preleciona MEIRELLES (2015, p. 471). Nesse sentido também a lição de GASPARINI (2009, p. 467).

4.5.1.5 Regime jurídico de seus empregados

Seus empregados sujeitam-se à legislação trabalhista (CLT), só se equiparando aos servidores públicos para fins de responsabilização criminal dos delitos funcionais (art. 327, § 1º, do Código Penal), embora se sujeitem “à exigência de processo seletivo para contratação” (DI PIETRO, 2015, p. 611). Em nota de rodapé, a autora alude à decisão do STF de que esses serviços autônomos, “por terem natureza jurídica de direito privado e ficarem de fora da administração indireta, não são obrigadas a contratar pessoal por concurso público” (2015, p. 611, nota nº 5).

Mas CARVALHO FILHO diz que “não procede o entendimento de algumas vozes do TCU no sentido de ser exigido para os entes de cooperação governamental o sistema de concurso público adotado para a Administração Pública” (art. 37, II, CF), do mesmo modo que, segundo ele,

não se aplica aos dirigentes desses entes as regras de limitação remuneratória prevista no mesmo artigo, inciso XI (2013, p. 541). Entendemos que está certo o eminente professor. Tanto é que, em 2006, a Primeira Câmara do próprio TCU, por maioria de votos, excluiu do limite remuneratório os salários dos dirigentes do SEBRAE, tornando extensiva a decisão aos demais serviços sociais autônomos (2015, p. 562).

4.5.1.6 Sujeição à lei licitatória

Alguns admitem a sua sujeição à lei licitatória (Lei 8.666/1993), como diz DI PIETRO (2015, p. 611). Corroborando com esse entendimento, GASPARINI cita decisões do Tribunal de Contas da União (2009, p. 467). Sobre o assunto, comenta CARVALHO FILHO:

Por outro lado, estão obrigadas a realizar licitação antes de suas contratações, como o exige a Lei nº 8.666/93, que, de forma clara, consigna que se subordinam a seu regime jurídico, além das pessoas da Administração Indireta, “*as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*” (2015, p. 559).

É a previsão do art. 1º, parágrafo único, da citada Lei. Sobre a posição do Tribunal de Contas da União, acerca da obrigatoriedade de licitar que recai (ou recairia) sobre essas entidades de cooperação, emenda o autor acima referido:

O Tribunal de Contas da União perfilhava esse mesmo entendimento, adotando-o em várias decisões proferidas em processos relativos às entidades em foco. Posteriormente, no entanto, mudou radicalmente tal pensamento, excluindo-as da incidência da Lei nº 8.666/93. Foram invocados, basicamente, os seguintes argumentos: a) o art. 22, XXVII, da CF, só dirige o princípio da obrigatoriedade da licitação à administração direta e indireta, na qual não estão as pessoas de cooperação governamental; b) a lei nº 8.666/93 não poderia alargar o seu alcance para abrangê-la em seu raio de incidência; c) a expressão “entidades controladas” só é aplicável a empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 243, § 2º, da Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) (2015, p. 559).

CARVALHO FILHO diz, claro, respeitar a nova posição do TCU, mas dela diverge. Entende que o art. 22, XXVII, CF, não exclui a possibilidade de o legislador exigir que essas entidades de cooperação com o poder público se submetam ao regime licitatório, pois se a lei as cria, também pode exigir certos controles. Por outro lado, considera que a expressão “*controladas indiretamente*” não se refere somente às sociedades reguladas pela Lei nº 6.404/76. Lembra, todavia, que o TCU não deixou essas entidades totalmente livres, impondo-lhes a observância dos princípios gerais e básicos da licitação pública, a serem seguidos pelos

regulamentos próprios, dotados de menor complexidade procedimental, como o admite a lei de licitações, no art. 119 e seu parágrafo único. (2015, p. 559-560).

4.5.1.7 Mandado de segurança, ação popular e atos de improbidade administrativa

No desempenho de suas funções, os dirigentes dos serviços sociais autônomos podem ser passíveis de mandado de segurança (Lei 1.533/1951, art. 1º, § 1º).

Ocorrendo a prática de ato ou celebração de contrato lesivo do patrimônio da entidade, enseja ação popular com responsabilização pessoal de quem praticou ou ordenou sua prática (Lei 4.717/1965, arts. 1º e 6º).

E, na conformidade da Lei 8.429/1992, os dirigentes de tais serviços sociais autônomos são considerados agentes públicos (art. 2º), para fins de sanção por atos de improbidade administrativa, devendo, inclusive, apresentar declaração de bens antes da posse e depois do exercício (art. 13).

As posições defendidas neste item parecem ser pacificadas na doutrina e na jurisprudência.

4.5.1.8 Privilégios

Os serviços sociais autônomos só podem gozar de privilégios administrativos ou fiscais que estiverem expressamente concedidos em lei especial.

4.5.1.9 Competência da Justiça Comum

No que tange à competência para julgar as questões judiciais envolvendo os serviços sociais autônomos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, reiterou que cabe à Justiça Comum, e não à Justiça Federal. A decisão foi tomada nos autos do RE 366168, interposto pelo Ministério Público Federal, em demanda que envolvia o SEBRAE, em Santa Catarina, tendo sido Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE.

O Ministério Público Federal, nos autos do processo acima mencionado, entendeu que “apesar de se caracterizar como pessoa jurídica privada, o SEBRAE tem por finalidade a execução de serviço de interesse social ou utilidade pública”. Assim, acreditava “que pela sua ligação intrínseca com a Administração Pública [estaria] submetido à fiscalização federal. Daí dever ser caracterizado como entidade autárquica”. Ledo

engano. Como poderia uma entidade constituída por escritura pública, sob regime privatístico, ser equiparada a uma entidade autárquica, que, como sabemos, é criada por lei específica, sob regime de Direito Público? O Relator fulminou a questão dizendo que “na jurisprudência do STF, o acento mais adequado ao caso é o da Súmula 516 [...]. É patente a similitude da natureza jurídica do SESI e congêneres à do SEBRAE” (newsletter@.sintese.com Acesso em 04.02.2004).

A Súmula 516 acima mencionada dispõe: “O Serviço Social da Indústria – SESI – está sujeito à jurisdição da Justiça Estadual”. Tal regra, obviamente, aplica-se aos demais entes congêneres (MEIRELLES, 2015, p. 471).

4.5.2 Organizações sociais

4.5.2.1 Conceito

São “pessoas jurídicas de Direito Privado, sem fins lucrativos, cujas atividades estatutárias devem ser dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos na lei”, conforme dispõe a Lei 9.637, de 18.05.1998.

4.5.2.2 Apenas um qualificativo

A organização social não constitui uma nova entidade administrativa, mas apenas uma qualificação “que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.), para a realização de atividades necessariamente de interesse coletivo”, como sustenta MEIRELLES (2015, p. 471). Ou seja, já pode existir, recebendo, portanto, o *qualificativo* “organização social”, ou pode ser criada para esse fim.

4.5.2.3 Interesse estatal

O interesse do Estado em relação a tais entidades é a transferência para elas de certas atividades exercidas pelo Poder Público e que seriam prestadas de forma mais eficaz pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão. É uma “nova forma de *parceria*, com a valorização do chamado *terceiro setor*, ou seja, serviços de interesse público mas que não necessitam ser prestados pelos órgãos e entidades governamentais ” (MEIRELLES, 2015, p. 472).

4.5.2.4 Possibilidade de desqualificação

O Poder Executivo poderá desqualificar a entidade privada, suprimindo-lhe o título de organização social, desde que descumpridas as disposições contidas no contrato de gestão, cuja apuração deverá ser feita por meio de processo administrativo.

4.5.2.5 Contrato de gestão

É o instrumento jurídico fundamental dessa forma de parceria entre o Poder Público e o setor privado. Mas o que a lei denomina contrato, não passa de “um *acordo operacional* entre a Administração e a entidade privada”, conforme entende MEIRELLES (2015, p. 473). O ajuste celebrado com as Organizações Sociais é, pois, o *contrato de gestão*.

Esse tipo de contrato deverá ser estudado em Direito Administrativo II, no rol dos contratos administrativos.

4.5.2.6 O caráter da Lei 9.637/1998

A Lei 9.637/1998, que autorizou o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais as pessoas jurídicas anteriormente referidas (item 4.5.2.2), não tem caráter nacional, ou seja, suas normas não são aplicáveis aos Estados e Municípios, mas ela pode servir de modelo a esses entes estatais, caso almejem se servir de tal forma de parceria.

4.5.3 Organização da Sociedade Civil de Interesse Público

Criadas pela Lei n° 9.790, de 23 de março de 1999, e regulamentadas pelo Decreto n° 3.100, de 30 de junho de 1999, as OSCIPs, como são chamadas, dizem respeito a “uma qualificação jurídica dada a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas por iniciativa de particulares, para desempenhar serviços sociais não exclusivos do Estado com inventivo e fiscalização pelo Poder Público, mediante vínculo jurídico instituído por meio de **termo de parceria**” (DI PIETRO, 2015, p. 624).

Há algumas semelhanças entre a Organização Social (OS) e a OSCIP. Ambas são entidades privadas, sem fins lucrativos, que recebem uma qualificação do Poder Público. A diferença fundamental entre elas é que a OS recebe ou pode receber delegação para a gestão de **serviço público**, ao passo que a OSCIP exerce **atividade de natureza privada**, com a ajuda do Estado. Esta se assemelha às entidades privadas que recebiam o título de “entidade de utilidade pública”. Ocorre, contudo, que a OSCIP acha-se bem mais estruturada, pois a lei impõe requisitos mais

rígidos para a obtenção da qualificação perante o Ministério da Justiça, consoante dispõe o art. 5º, da Lei citada. A ampla área de atuação da OSCIP está delineada no art. 3º.

O *termo de parceria* deve prever o respectivo objeto, com especificação do programa de trabalho, as metas e os resultados a serem alcançados, os prazos respectivos de execução e os critérios objetivos de avaliação de desempenho. E também a previsão de receitas e despesas, obrigatoriedade de apresentação de relatório anual, com comparativos entre as metas e os resultados, prestação de contas, publicação na imprensa oficial do extrato do termo de parceria e de demonstrativo de sua execução física e financeira (DI PIETRO, 2015, p. 625-626).

Pelo art. 11, o Poder Público deverá supervisionar a execução do termo de parceria, através do órgão da área de atuação correspondente à atividade fomentada e dos Conselhos de Políticas Públicas da mesma área de atuação. Pelo art. 7º, a qualificação poderá ser perdida, a pedido ou por decisão proferida em processo administrativo, no qual se assegura os princípios constitucionais da ampla defesa e o contraditório.

Comprovada malversação de bens ou recursos públicos repassados, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia Geral da União ou à Procuradoria da entidade administrativa, para os fins previstos no art. 13 (pedido de decretação da indisponibilidade dos bens da entidade, sequestro dos bens de seus dirigentes e, se for o caso, de agentes públicos ou terceiros, que possam ter enriquecido de forma ilícita ou causado dano ao patrimônio público). O § 2º, do art. 13, prevê, ainda, a possibilidade de investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no país e no exterior.

Há que ser observado o disposto no art. 2º da Lei nº 9.790/1999, que exclui da abrangência da lei, tenham ou não fins lucrativos, várias entidades, como associações comerciais, sindicatos, associações de classe, instituições religiosas etc.

Sejam, ainda, observados os decretos 5.504/2005 e 6.170/2007, aplicáveis à esfera federal, no caso da OSCIP.

Estados e Municípios devem ter legislação própria acerca da OSCIP.

4.5.4 Organizações da Sociedade Civil

Por outro lado, normas da Lei nº 13.019/2014 são aplicadas às Organizações Sociais e à OSCIP. Inclusive, esta é uma lei que contém

normas gerais inerentes à licitação, logo, cabíveis de aplicação aos três entes federados.

Esta Lei, como tão bem salienta DI PIETRO, “veio disciplinar de forma mais rigorosa as parcerias entre o Poder Público e as entidades do terceiro setor, chamadas genericamente de Organizações da Sociedade Civil” (2015, p. 630). A Lei merece especial atenção, inclusive no que tange a determinadas configurações ali contidas, como *chamamento público* (art. 2º, inciso XII), *termo de colaboração*, que é proposto pela Administração Pública, *termo de fomento*, que é proposto pela Organização da Sociedade Civil etc.

5 PODERES ADMINISTRATIVOS

5.1 Aspectos gerais

Para CARVALHO FILHO “é impossível conceber que o Estado alcance os fins colimados sem a presença de seus *agentes*, estes [...], o elemento físico e volitivo através do qual atua no mundo jurídico”. Assim sendo, diz ele, “o ordenamento jurídico há de conferir a tais agentes certas prerrogativas peculiares à sua qualificação de prepostos do Estado, prerrogativas estas indispensáveis à consecução dos fins públicos. Constituem elas os *poderes administrativos*” (2015, p. 45).

Depreende-se, assim, que dos *princípios* que fundamentam a função administrativa do Estado decorrem para as autoridades administrativas alguns *poderes*. É por meio desses poderes que a *vontade da lei* sobrepõe-se à *vontade individual*, que o interesse público prevalece sobre o interesse particular. São os *poderes administrativos*, que se distinguem dos *poderes políticos*. Enquanto estes (os poderes políticos) são orgânicos, *imanes* e *estruturais*, porquanto “compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional”, aqueles (os poderes administrativos) são contingentes e “considerados poderes instrumentais”, pois que “são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”, como ensina MEIRELLES (2015, p. 131). Aqueles, os poderes estatais, decorrem diretamente da Constituição, enquanto estes, os poderes administrativos, emanam, sobretudo, da legislação infraconstitucional.

Aos poderes administrativos, porém, o ordenamento jurídico impõe, em contrapartida, “deveres específicos para aqueles que, atuando em nome do Poder Público, executam as atividades administrativas”, diz CARVALHO FILHO. E arremata: “São os *deveres administrativos*” (2015, p. 45).

5.2 As expressões “poderes”, “poderes-deveres” ou “deveres-poderes”

Os ditos poderes administrativos não se traduzem por uma faculdade da Administração. São, na verdade, como foram vistas, *prerrogativas*. Para BANDEIRA DE MELLO, “as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam e melhor se designam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações” (2015, p. 73).

Diz, ainda, BANDEIRA DE MELLO:

Segue-se que tais poderes são instrumentais: *servientes* do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não ‘poderes’, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘poderes-deveres’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano.

Com efeito, fácil é ver-se que a tônica reside na ideia de *dever*, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade (2015, p. 101).

As prerrogativas administrativas são irrenunciáveis e devem ser exercidas pelos respectivos titulares de forma compulsória.

5.3 Uso e abuso de poder

O poder administrativo é uma prerrogativa especial de direito público conferida aos agentes do Estado, que têm a seu cargo a execução de determinadas funções. Estas devem ser exercidas em benefício da coletividade e sempre dentro dos limites definidos em lei, configurando-se, assim, o uso normal do poder. Como diz CARVALHO FILHO: “Uso do poder, portanto, é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere” (2015, p. 46).

O exercício dos poderes administrativos deve ser pautado na conformidade das disposições legais. Às vezes, contudo, tais poderes não são usados de forma adequada, configurando o abuso de poder. Diz CARVALHO FILHO que o “abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei” (2015, p. 48).

Duas causas levam ao abuso de poder, segundo o mesmo autor:

1^a) o agente atua fora dos limites de sua competência; e

2^a) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo (2015, p. 48).

Na primeira hipótese o agente agiu com “*excesso de poder*”, enquanto na segunda, com “*desvio de poder*”. No desvio de poder o agente atua em busca de fim diferente daquele que a lei lhe conferiu. Logo, denomina-se também “*desvio de finalidade*”. Normalmente, o desvio de poder está mais presente nos atos discricionários.

5.4 Classificação dos poderes administrativos

Os poderes administrativos, considerando-se a liberdade da Administração para praticar os atos de sua competência, são classificados em *poder vinculado* e *poder discricionário*; e quando objetivam o ordenamento da Administração ou a punição dos que a ela estão vinculados, classificam-se em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; em face de sua finalidade normativa, em *poder regulamentar*; e, por fim, considerando seus objetivos de limitação dos direitos individuais, em *poder de polícia*. Com a grade curricular vigente, o poder de polícia passaria a ser estudado em Direito Administrativo II. Todavia, entendemos que o viável é estudá-lo ao lado dos outros poderes administrativos.

5.4.1 Poder vinculado

Tem-se como *poder vinculado* ou *regrado* aquele que a lei atribui à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Assim, o agente público fica preso ao enunciado da lei em todos os aspectos, ou seja, a liberdade do administrador é mínima. Se qualquer dado expresso na lei deixar de ser atendido, o ato é nulo, pois fugiu ao seu tipo-padrão.

Não será custoso lembrar que raramente há de encontrar-se “um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização.” (MEIRELLES, 2015, p. 133). A predominância das especificações legais sobre os elementos deixados livres para a Administração é o que caracteriza o ato *vinculado*.

Os elementos que vinculam o ato administrativo são a *competência*, a *finalidade* e a *forma*, além daqueles *outros* que a lei indicar para a sua realização. Descumprido qualquer desses elementos, nulo é o ato, cuja declaração de nulidade poderá ser feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, visto que a vinculação é matéria de legalidade.

5.4.2 Poder discricionário

Poder discricionário é aquele que a norma jurídica confere à Administração, explícita ou implicitamente, para a prática de atos administrativos. Assim, age a Administração com liberdade na escolha de sua conveniência e a oportunidade. Alguns autores acrescentam o conteúdo. Isso se dá porque a lei “não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo”. E “ainda que procure definir

alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade da valoração da conduta” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 51).

Convém esclarecer, todavia, que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário, como ensina JÈZE: “*Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire*” (Apud MEIRELLES, 2015, p. 134). Não pode haver conformidade entre ambos. O poder discricionário implica liberdade a ser exercida na fronteira da lei, ou seja, nos limites e na forma que ela estabelece. Só assim é válido, é legal. O ato arbitrário, por sua vez, há de ser sempre ilegítimo e inválido.

MEIRELLES insiste na distinção entre discricionariedade e arbitrariedade “para que o administrador público, nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio, como também não se arreceie de usar plenamente de seu poder discricionário quando estiver autorizado e o interesse público o exigir” (2015, p. 134).

A discricionariedade facultada pela lei à Administração é sempre relativa e parcial, uma vez que a autoridade administrativa, mesmo na prática de ato discricionário, há de ater-se à *competência legal* para praticá-lo, à *forma legal* para a sua realização, e à *finalidade legal*, que há de ser pública em qualquer circunstância. Não é sem razão que MEIRELLES adverte:

O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal, portanto (2015, p. 134).

Para o controle da legalidade basta o confronto entre o ato e a lei. Se não houver adequação entre ambos, o ato será ilegal. Logo, passível de controle judicial. Mas o juiz deve ater-se ao exame da legalidade, não examinando a conveniência nem a oportunidade. Em outras palavras, não cabe ao julgador substituir o discricionarismo do administrador pelo seu próprio. Como sustenta MEIRELLES, citando trecho de decisão do Ministro CEZAR PELUSO, em MC na AO 772-I, DJU de 3.5.2005, “não pode, assim, ‘invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração’. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração” (2015, p. 136).

Há, contudo, uma corrente doutrinária, no Brasil, que busca ampliar o poder do controle jurisdicional no âmbito do discricionarismo administrativo. Esta corrente vem ganhando fôlego, mas não a consideramos plausível, com todo o respeito aos que a defendem. Nesse sentido, diz CARVALHO FILHO:

Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a *reserva do possível*, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo (2015, p. 54).

Essa intervenção maior, embora indevida, no nosso entendimento, do Judiciário sobre a Administração, fora da raia da discussão da legalidade ou não dos atos administrativos, tem merecido o aplauso da sociedade, mas tem dividido a doutrina:

Nesse passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o *controle de políticas públicas*, como resultado do desenvolvimento das ideias de “*judicialização da política*” (ou “*politização da justiça*”), segundo as quais se admite o que se tem denominado de “*ativismo judicial*”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência. A matéria é delicada e, como é de se esperar, ainda aguarda maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para solver o problema (CARVALHO FILHO, 2015, p. 54).

Ponderada é a visão do autor. Não vemos, da nossa parte, por que com ele não concordar. E, lúcido, ele prossegue:

Assinale-se, no que concerne a essa temática, que moderna doutrina, em análise científica sobre o tema, advoga a interpretação de que deve rechaçar-se o “*ativismo judicial*” disfarçado em “*constitucionalismo da efetividade*”, fincando estacas no sentido de que ao Judiciário, especialmente, cabe desempenhar seu efetivo papel, qual seja, o da guarda da Constituição, sem que, para tanto, tenha que invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas. Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os *aspectos de legalidade* dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador. Um exemplo mostra bem a hipótese: em virtude de o Município do Rio de Janeiro ter alterado

paradas e itinerários de certas linhas de ônibus, foi proposta hierárquico ação contra tal fato, e o STJ, apreciando a matéria, *decidiu tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência*. Corretamente, portanto, a Egrégia corte considerou inviável que razões meramente administrativas fossem objeto de apreciação pelo Judiciário.

Modernamente como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder (2015, p. 55).

A decisão acima citada deu-se nos autos do RMS nº 11.050-RJ, 2ª Turma, Relatora Ministra ELIANA CALMON, julgado em 22/02/2000.

Alguns doutrinadores têm levado em conta os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* “como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade” (vide item 5.4.2.2). Em tais circunstâncias, a *aparência de legalidade*, às vezes, tem retratado verdadeiro *abuso de poder*. Sob o manto desses dois princípios, o *controle* só pode ser feito à luz de *hipótese concreta*. Verificando-se, pois, se a Administração agiu com equilíbrio no que diz respeito “aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo da motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 55). Por fim, o *excesso* desse tipo de *controle* ofende ao princípio republicano da *separação dos Poderes*. O *equilíbrio* entre eles, que aprendemos desde o século XVIII (*checks and balances*), é o seu *axioma fundamental*.

5.4.2.1 Redefinição da discricionariedade

GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, em alentado estudo sobre o controle jurisdicional da Administração Pública, discorre acerca da redefinição da discricionariedade. Para ela, citando eminentes autores indígenas e alienígenas, deve-se atentar para a principialização do Direito:

A principialização do Direito, antes de abolir a categoria da discricionariedade administrativa, de erradicar a margem de liberdade de decisão como nota que a caracteriza ou de identificá-la à esfera do mérito do ato administrativo, modificou as conexões entre discricionariedade, lei e Direito; forneceu novos parâmetros jurídicos – não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade e destacou o mérito como o “núcleo político” da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Desse modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito, além de guarnecer a Administração Pública de critérios norteadores de ação, os quais consubstanciam parâmetros orientadores do exercício daquela

liberdade de decisão e delimitadores de dose variável dessa liberdade, maior ou menor, em cada caso vertente.

Urge abandonar a antiga concepção de discricionariedade, plasmada sob a égide do “direito por regras”, em função do princípio da legalidade administrativa, e redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo da fase pós-positivista, a partir da nova noção do princípio da juridicidade e à luz da compreensão filosófica contemporânea do “direito por princípios” (1999, p.37).

5.4.2.2 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Há, na doutrina quem inclua, numa só unidade, a *discricionariedade* e os *conceitos jurídicos indeterminados*. Entre ambos, há aspectos comuns, mas autores modernos vêm procurando distinguir os dois institutos. E o fazem muito bem.

Na lição de CARVALHO FILHO:

Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero. Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles “cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito” (2015, p. 55-56).

O autor cita o jurista português SÉRVULO CORREIA, por sua vez citado por GERMANA DE O. MORAES, na obra referida no **item 5.4.2.1**.

É de ver que a *discricionariedade* “não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos *conceitos jurídicos indeterminados*, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis”. Ou seja, a própria norma “oferece ao aplicador a oportunidade de fazer a subsunção do fato à hipótese normativa mediante processo de escolha, considerando necessariamente o fim a que se destina a norma” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 56). O objeto colimado pela norma é, pois, o parâmetro de legitimidade. Não há, portanto, opção absolutamente livre.

Os institutos não devem ser confundidos. O *conceito jurídico indeterminado* “situa-se no plano de **previsão** da norma (antecedente), vez que a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido”. Já a *discricionariedade* abriga-se na **estatução** da norma (consequente), posto que “o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos”. Assim

sendo, na discricionariedade o processo de escolha é mais amplo do que ocorre no instituto jurídico indeterminado. Em ambos os casos, contudo, os mecanismos de controle utilizados são os princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade* (vide item 5.4.2), evitando-se, por conseguinte, *excesso de poder* e procurando adequar a *conduta* ao *fim* a que a norma se destina. A *razoabilidade*, enfim, deve funcionar como uma espécie de “barreira de contenção” contra “condutas irrazoáveis” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 56-57).

Grosso modo falando, outro não foi o temor dos franceses quanto a possível “*ditadura do Parlamento*”, que, então, exercia funções jurisdicionais, nos anos revolucionários, daí advindo o *contencioso administrativo*, como foi visto no item 1.1.5.1. Agora, não se trata de buscar alternativa à *jurisdição única*, adotada na República, mas de fazer valer o cumprimento de caríssimo preceito constitucional: o respeito às funções típicas de cada Poder, feito pelos demais Poderes.

5.4.3 Poder hierárquico

Poder hierárquico é que está à disposição da Administração para distribuir e escalonar as funções inerentes aos seus órgãos, determinar e rever a atuação dos agentes públicos, a fim de estabelecer a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal.

O poder hierárquico e o poder disciplinar não devem ser confundidos, mas não se desvinculam. CARVALHO FILHO não admite a existência dos poderes hierárquico e disciplinar. Para ele, “falta-lhes a fisionomia inerente às prerrogativas de direito público que cercam os verdadeiros *poderes administrativos*”. Ele estuda a *hierarquia* e a *disciplina* como *atos* ou *fenômenos administrativos* (2015, p. 69). A maioria da doutrina, no entanto, pensa de modo contrário.

Do poder hierárquico advêm faculdades para a autoridade superior, tais como:

- I – ordenar as atividades administrativas, dividindo e escalonando as funções entre os agentes públicos, a fim de cada um venha a exercê-las de forma eficiente;
- II – dar ordens aos subordinados, implicando o dever de obediência por parte destes, exceto se as ordens forem manifestamente ilegais;
- III – coordenar e entrosar funções e agentes, com o fito de obter o funcionamento harmônico dos serviços inerentes ao mesmo órgão;

IV – vigiar e controlar as atividades dos órgãos inferiores e dos agentes subordinados, com vistas a verificar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo, assim, rever os atos administrativos praticados, revogando os inconvenientes ou inoportunos, *ex officio* ou mediante provocação, e anulando os ilegais.

V – delegar, ou seja, atribuir a outrem atribuições que originariamente sejam da competência do delegante, mas que possam ser delegadas, na forma da lei.

VI – avocar, isto é, chamar a si funções que, em regra, sejam atribuídas a um subordinado, desde que haja motivo relevante para tal conduta.

VII – corrigir erros ocorridos no interior da Administração, por meio da ação revisora dos superiores sobre os atos dos inferiores hierárquicos.

Por fim, é importante a seguinte lição de MEIRELLES, até para dirimir alguma dúvida que ainda possa restar acerca da subordinação e da vinculação (lembrar-se da vinculação a que se sujeitam as entidades da Administração Pública indireta):

Não se confunde *subordinação* com *vinculação administrativa*. A *subordinação* decorre do poder hierárquico e admite todos os meios de controle do superior sobre o inferior; a *vinculação* resulta do poder de supervisão ministerial sobre a entidade vinculada (Dec.-lei 200/1967, arts. 19 a 21) e é exercida nos limites que a lei estabelecer, sem suprimir a autonomia conferida ao ente supervisionado (2015, p. 139).

Por sua vez, CARVALHO FILHO assim preleciona, acerca da subordinação e da vinculação:

A primeira [subordinação] tem caráter *interno* e se estabelece entre *órgãos* de uma mesma pessoa administrativa como fator decorrente da hierarquia. A vinculação, ao contrário, possui caráter *externo* e resulta do controle que pessoas federativas exercem sobre as pessoas pertencentes à Administração Indireta (2015, p. 70).

5.4.4 Poder disciplinar

Poder disciplinar é o que cabe internamente à Administração para apurar infrações funcionais e aplicar penalidades aos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa, a exemplo das que por ela são

contratadas. Esse poder é correlato com o poder hierárquico, mas com ele não se confunde, como, aliás, já foi visto.

Também “não se deve confundir tal poder da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal”, como lembra MEIRELLES (2015, p. 140). Aquele só abrange as infrações relativas ao serviço público. Este é aplicado com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções penais, na forma da lei. O mesmo autor diz:

A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra *bis in idem*. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um *minus* em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal (2015, p. 140).

Aos servidores públicos são aplicadas as penalidades previstas nos respectivos estatutos, a saber:

I – Se federais: Lei 8.112/1990.

II – Se estaduais (São Paulo): Lei nº 10.261/1968 (com inúmeras alterações).

Quanto aos contratados pela Administração, aplicam-se as sanções previstas na Lei 8.666/1993.

Em qualquer caso, há de seguir-se o princípio da motivação e o devido processo legal. Caso contrário é, inclusive, cabível mandado de segurança.

O assunto relativo ao poder disciplinar será estudado mais amiúde na Parte II, no capítulo relativo ao Processo Administrativo.

5.4.5 Poder regulamentar

5.4.5.1 Sentido e natureza

O poder regulamentar diz respeito à faculdade conferida aos Chefes de Executivo, nas três esferas administrativas (federal, estadual e municipal) “de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei” (MEIRELLES, 2015, p. 143). Como se vê, é um poder privativo do Chefe do Executivo, consoante dispõe o art. 84, inciso IV, CF,

não podendo ser delegado a qualquer subordinado. Trata-se de prerrogativa.

A esse respeito diz CARVALHO FILHO:

A prerrogativa, registre-se, é apenas para *complementar* a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá *abuso de poder regulamentar*, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação (2015, p. 57).

A *natureza* do poder regulamentar é *derivada* (ou *secundária*). Vale dizer: somente é exercida à luz de lei preexistente. Ao passo que as leis, como sabemos, são atos de *natureza originária* (ou *primária*), emanando diretamente da Constituição.

Há de ser observado que o *poder regulamentar típico* é aquele que decorre da “atuação administrativa de complementação de leis, ou atos análogos a elas”. Aí reside seu caráter *derivado* ou *secundário*.

Embora o art. 103-B, § 4º, da CF, inserido pela EC 45/2004, tenha conferido ao Conselho Nacional de Justiça atribuição para “*expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*”, tais atos, a despeito dos termos da expressão “*atos regulamentares*” não se enquadram no âmbito do verdadeiro poder regulamentar. Eles serão *autônomos* e de *natureza primária*, pois têm escopo na própria Constituição (CARVALHO FILHO, 2015, p. 58). O mesmo se diga com relação ao Conselho Nacional do Ministério Público, conforme disposição do art. 130-A, § 2º, inciso I, da CF.

5.4.5.2 Formalização

O poder regulamentar formaliza-se por meio de decretos e regulamentos, a par do que dispõe o art. 84, IV, da CF, que confere ao Presidente da República competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Aplica-se o princípio da simetria constitucional para estender essa competência a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos, interventores), para os mesmos fins.

Há outros atos normativos que, emanados de outras autoridades administrativas, podem ser inseridos no poder regulamentar. É o caso das instruções normativas, resoluções, portarias etc. Sobre esses atos falaremos no **item 5.4.5.7**.

É de bom alvitre salientar “que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei –, não invada as chamadas ‘reservas da lei’, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º)”, como explicita MEIRELLES (2015, p. 143).

5.4.5.3 Decretos (ou regulamentos) autônomos

Diverge a doutrina sobre a possibilidade, ou não, de, entre nós, o Poder Executivo editar os chamados *regulamentos autônomos*, atos que se destinam a prover situações não previstas na lei.

Uma primeira corrente defende essa possibilidade como decorrência dos poderes administrativos, implicitamente. A essa corrente, à primeira vista, parece filiar-se MEIRELLES, quando ele fala na faculdade de “expedir decretos autônomos” (2015, p. 143), ao conceituar o poder regulamentar. Mas ele acrescenta: “*sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei*” (vide itens 5.4.5.1 e 5.4.5.4). Logo, não nos parece que ele siga essa corrente que admite, no direito brasileiro, a possibilidade de expedir decretos autônomos, nos mesmos moldes como se dá em certos ordenamentos europeus.

Outra corrente entende que, embora possam teoricamente existir, os *regulamentos autônomos* não são admitidos no nosso ordenamento jurídico, porque a Constituição Federal só teria admitido os *regulamentos de execução*. Diferente da Carta de 1967, a Constituição atual atribuiu competência ao Presidente da República para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal “*na forma da lei*”. A EC 32/2001, todavia, alterou a redação do art. 84, VI, da CF, possibilitando, na visão de alguns, a expedição de *decretos* ou *regulamentos autônomos*. Agora, o Presidente da República pode “dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

DI PIETRO afiança que com a alteração do “dispositivo constitucional, fica restabelecido, de forma muito limitada, o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea *a*” (2013, p. 93). A autora enxerga uma possibilidade *limitada*. Adiante, diz:

Portanto, no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI, 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 (2015, p. 127).

CARVALHO FILHO alinha-se na corrente contrária à edição dos *regulamentos autônomos*, ao dizer que não consegue “encontrar no vigente quadro constitucional respaldo para admitir-se a edição de regulamentos autônomos”. Ainda que a EC 32/2001 tenha modificado o art. 84, VI, da CF, retirando a expressão “*na forma da lei*” ele afirma permanecer “fiel ao pensamento expressado acima” (2015, p. 64).

Achamos acertada a posição defendida pelo autor citado. Afinal, a nova redação do dispositivo constitucional limita a competência do Chefe do Poder Executivo ao dizer que ele pode, por decreto, dispor sobre “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Essa autonomia é “capenga”. E autonomia “capenga” não é autonomia, na escorreita acepção da palavra.

Consideramos oportuno trazer a lume o entendimento de BANDEIRA DE MELLO no que concerne à compreensão do que vêm a ser *regulamentos autônomos*. No seu entendimento não seria correto, no direito pátrio, falar-se em regulamentos autônomos. Diz ele:

Advirta-se que vem se disseminando entre algumas pessoas – inclusive entre estudiosos ilustres – o equívoco de imaginar que o art. 84, VI, da Constituição do País introduziu em nosso Direito os chamados ‘regulamentos independentes ou ‘autônomos’ encontrados no Direito europeu. Pedimos vênias para expressar que, a nosso ver, esse entendimento não é minimamente exato (2015, p. 349).

Nesse ponto, parece assistir razão ao professor BANDEIRA DE MELLO, pois em França, por exemplo, o art. 34 da Constituição de 1958 relaciona as questões que são “matéria de lei”, e no art. 37 está previsto que tudo que não estiver incluso como matéria de lei é matéria de poder autônomo do Executivo, ou seja, de regulamento autônomo. Voltaremos ao assunto adiante.

5.4.5.4 Distinção entre lei e regulamento

Tem-se, entre nós, que o regulamento é um complemento da lei naquilo que dela não é privativo. Há, contudo, como todos sabem, diferença entre *lei* e *regulamento*. Lei, como já foi estudado no início do Curso de Direito, é, *formal* e *materialmente* falando, *norma geral* e *abstrata* de conduta [ou de organização] aprovada pelo [Poder] Legislativo e sancionada pelo [Poder] Executivo; em *sentido material* apenas, lei é

toda norma editada pelo Poder Público, especialmente os decretos regulamentares expedidos pelo Executivo.

Lei em sentido restrito e próprio é, portanto e unicamente, a norma legislativa, e, em sentido amplo e impróprio, é toda manifestação geral do Estado, provinda de qualquer órgão de seus Poderes, sobre matéria de sua competência normativa. Já regulamento “é ato administrativo geral e normativo, expedido privativamente pelo Chefe do Executivo (federal, estadual ou municipal), através de decreto, com o fim de explicar o modo e forma de execução da lei (*regulamento de execução*) ou para prover situações não disciplinadas em lei (*regulamento autônomo ou independente*)” (MEIRELLES, 2015, p. 144).

O autor acima citado lembra que nem “toda lei depende de regulamento para ser executada, mas toda e qualquer lei pode ser regulamentada se o Executivo julgar conveniente fazê-lo”. Mas o regulamento, que é norma inferior à lei, não a pode contrariar, nem restringir ou ampliar as disposições desta. Na verdade, a lei traça limites para a explicitação por meio do regulamento, que fixa critérios técnicos e procedimentos necessários para a aplicação da lei. Lembra ainda MEIRELLES que na “omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei” (2015, p. 144).

Para BANDEIRA DE MELLO, além da diferença quanto à origem, ou seja, a lei vem do Legislativo ao passo que o regulamento emana do Executivo, e o fato de a lei ser superior ao regulamento, há que se observar que a lei inova em caráter inicial no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o faz. Diz o mestre, citando o mestre OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, seu pai:

A distinção deles segundo a matéria, diz o citado mestre, “está em que a lei inova originalmente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...). É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior” (2015, p. 352).

5.4.5.5 Controle dos atos de regulamentação

Ao Congresso Nacional cabe a competência para sustar atos normativos do Executivo que exorbitem do *poder regulamentar* (art. 49, V, CF).

Se a norma legal traz a recomendação de ser regulamentada não se torna exequível antes da expedição do decreto regulamentar. O

regulamento é, assim, condição suspensiva da execução da lei, ficando seus efeitos pendentes até a expedição do ato regulamentar. Contudo, é preciso atentar para o fato de a lei fixar data para sua regulamentação:

[...] quando a própria lei fixa o prazo para sua regulamentação, decorrido este sem a publicação do decreto regulamentar, os destinatários da norma legislativa podem invocar utilmente seus preceitos e auferir todas as vantagens dela decorrentes, desde que possa prescindir do regulamento, porque a omissão do Executivo não tem o condão de invalidar os mandamentos legais do Legislativo (MEIRELLES, 2015, p. 145).

Se o regulamento for imprescindível para a execução da lei, poder-se-á fazer uso do mandado de injunção para obter a norma regulamentadora (art. 5º, LXXI, CF).

5.4.5.6 Breve apreciação sobre o regulamento previsto no art. 84, VI, da CF

É preciso distinguir os dois tipos de regulamento previstos no art. 84, inciso VI, da CF, quais sejam os contidos nas alíneas “a” e “b”.

No primeiro caso (“a”), compete ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre “organização e funcionamento da Administração Federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Trata-se da conferência ao Presidente de poderes a ele circunscritos, ao contrário “do que ocorre nos regulamentos independentes ou autônomos do Direito europeu”, isto é, “mera competência para um arranjo intestino dos órgãos”, tendo-se em vista “competências já criadas por lei”, como alega BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 350).

No segundo momento (“b”), como afiança o autor acima mencionado, “está contemplado um caso em que é permitido ao Executivo expedir ato concreto de sentido contraposto a uma lei, pois ali se prevê a possibilidade de o Presidente da República extinguir cargos vagos. Como os cargos públicos são criados por lei, sua extinção por decreto, tal como ali prevista, implica desfazer o que por lei fora feito” (2015, p. 351).

Vê-se claramente que, nesse segundo caso, o Presidente pode desfazer, de forma expressa, algo que a lei fizera (extinguir cargos vagos, que, claro, foram criados por lei), mas não pode fazer o que somente seria feito pela lei (não pode criar cargos). Por isso, BANDEIRA DE MELLO não considera tal regulamento como autônomo, como foi visto antes. Daí concluir o citado autor:

Com efeito, os dispositivos constitucionais caracterizadores do princípio da legalidade no Brasil impõem ao regulamento o caráter que se lhe assinalou, qual seja, o de ato estritamente subordinado, isto é, meramente subalterno e, ademais, dependente de lei. Logo, com a ressalva acima feita, entre nós, só podem existir regulamentos conhecidos no Direito alienígena como ‘regulamentos executivos’. Daí que, em nosso sistema, de direito, a função do regulamento é muito modesta (2015, p. 351-352).

5.4.5.2 Resoluções, instruções e portarias

As restrições referidas aos regulamentos aplicam-se, com maior razão, como assevera BANDEIRA DE MELLO, “a instruções, portarias, resoluções, regimentos ou quaisquer outros atos gerais do Executivo”. Isto por que, “na pirâmide jurídica, alojam-se em nível inferior ao próprio regulamento”, pois enquanto este é ato do Poder Executivo, os demais competem a autoridades de escalões inferiores, que, por conseguinte, têm “poderes menores” (2015, p. 377).

O mestre da PUC (SP) arremata:

Tratando-se de atos subalternos e expedidos, portanto, por autoridades subalternas, por via deles o Executivo não pode exprimir poderes mais dilatados que os suscetíveis de expedição mediante regulamento.

Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas [diz-se quejanda o que é da mesma natureza ou qualidade]. Desatendê-los implica inconstitucionalidade [...].

Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais [sejam] instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta (2015, p. 377-378).

Para nós, esta lição não merece reparos.

5.4.6 Poder de polícia

5.4.6.1 Introdução

De acordo com DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, o vocábulo “*polícia* deriva-se das vozes grega *politeia* e latina *politia*, que

procedem do étimo grego *polis*, daí a sua conotação à *ordem da cidade antiga*” (2003, p. 385).

Como sabemos, os cidadãos recebem da Constituição e das leis uma série de direitos, que devem ser exercidos de forma compatível com o bem-estar social. Diz BANDEIRA DE MELLO que “é necessário que o uso da *liberdade* e da *propriedade* esteja entrosado com a utilidade coletiva, de tal modo que não implique uma barreira capaz de obstar à realização dos objetivos públicos” (2015, p. 842).

Como diz MEIRELLES,

[...] o Estado é dotado de *poderes políticos* exercidos pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos que surgem secundariamente com a administração e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade (2015, p. 144).

O *ato de polícia*, assim chamado, nada mais é do que um mero *ato administrativo*, sujeitando-se, enfim, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Diz CARVALHO FILHO que quando “o Poder Público interfere na órbita do interesse privado para salvaguardar o interesse público, restringindo direitos individuais, atua no exercício do poder de polícia” (2015, p. 76).

5.4.6.2 Conceito

Poder de polícia “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”, como preleciona MEIRELLES (2015, p. 146).

5.4.6.3 Poder de polícia no Direito Positivo

I – Constituição Federal (instituição de taxas pelo exercício do poder de polícia, cf. art. 145, II).

II – Código Tributário (art. 78): “É a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas

dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos”.

5.4.6.4 Razão e Fundamento

Tem-se como razão do poder de polícia o *interesse social* e como seu fundamento o princípio da “supremacia geral que o Estado exerce em seu território sobre todas as pessoas, bens e atividades, supremacia que se revela nos mandamentos constitucionais e nas normas de ordem pública, que a cada passo opõem condicionamentos e restrições aos direitos individuais em favor da coletividade, incumbindo ao Poder Público o seu policiamento administrativo” (MEIRELLES, 2015, 149).

A atual Constituição Federal elenca diversas limitações às liberdades pessoais (art. 5º, VI e VIII); ao direito de propriedade (art. 5º, XXIII e XXIV); ao exercício das profissões (art. 5º, XIII), ao direito de reunião (art. 5º, XVI); aos direitos políticos (art. 15); à liberdade de comércio (arts. 170 e 173); à política urbana (art. 182 e §§); ao meio ambiente (art. 225 e §§).

Já o Código Civil condiciona o exercício dos direitos individuais ao “exercício regular de um direito reconhecido” (art. 188), proibindo, desta forma, o abuso. E no que diz respeito ao direito de construir, além de sua normalidade, condiciona-o ao respeito às normas administrativas e ao direito de vizinhança (arts. 1.277 e 1.299). Há outras leis que dispõem sobre restrições idênticas (Código de Mineração, Código Florestal, Código de Caça e Pesca, Lei do Meio Ambiente etc.), com vistas à proteção dos interesses gerais da sociedade contra abusos dos direitos individuais.

MEIRELLES leciona:

A cada restrição de direito individual – expressa ou implícita em norma legal – corresponde equivalente *poder de polícia administrativa* à Administração Pública, para torná-la efetiva e fazê-la obedecida. Isto porque esse poder se embasa [...] no interesse superior da coletividade em relação do direito do indivíduo que a compõe (2015, p. 150).

É preciso lembrar que as liberdades podem ser limitadas e os direitos podem ser condicionados para que seja sobrelevado o bem-estar social. Isto cabe à polícia administrativa. Todavia, o poder de polícia não pode anular as liberdades públicas ou aniquilar direitos fundamentais do indivíduo, dispostos na Constituição.

5.4.6.5 Competência

Tem competência para exercer o poder de polícia, a princípio, a entidade que dispõe do poder de regular a matéria. Contudo, como se sabe, há atividades concorrentes, ou seja, que interessam a mais de uma esfera de poder, como saúde pública, por exemplo, e, nesse caso, o poder de regular e de policiar se difunde entre as entidades interessadas (artigos 22, parágrafo único, 23 e 24, CF).

5.4.6.6 Objeto

O objeto do poder de polícia administrativa, como diz MEIRELLES “é todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público” (2015, p. 150).

Assim, a Administração pode:

- condicionar o exercício de direitos individuais;
- delimitar a execução de atividades;
- condicionar o uso de bens que causem dano à coletividade, ou sejam contrários à ordem jurídica estabelecida ou, ainda, se oponham aos objetivos permanentes da Nação.

5.4.6.7 Finalidade

É a proteção ao interesse público no sentido amplo, englobando os valores materiais, os valores morais e espirituais do povo, que se expressam nas tradições, nas instituições e nas aspirações nacionais da maioria dos membros da sociedade, na forma do que dispuser a Constituição.

5.4.6.8. Extensão

Com o passar do tempo a extensão do poder de polícia foi ampliada, “abrangendo a proteção à moral e aos bons costumes, a preservação da saúde pública, o controle de publicações, a segurança das construções e dos transportes até a segurança nacional em particular” (MEIRELLES, 2015, p. 151), daí resultando as diversas atividades desenvolvidas pela polícia administrativa.

5.4.6.9 Limites

Como podem ser demarcados os limites do exercício do poder de polícia? Ora, é comum afirmar que os limites têm como parâmetro o interesse social em conciliação com os direitos fundamentais do indivíduo, de acordo com o que dispõe o Estatuto Político do país (art. 5º).

Os princípios de liberdade e os ideais de solidariedade humana têm inspirado os Estados Democráticos de Direito, como é o caso do Brasil, que enseja o equilíbrio entre “a fruição dos direitos de cada um e os interesses da coletividade, em favor do bem comum”, como assinala o supracitado autor. E o que vem a ser o bem comum? Para MIGUEL REALE o bem comum é a “composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos” (2002, p. 59).

Deve-se entender que o cidadão cede uma parcela de seus direitos e de sua liberdade em favor da coletividade, ao passo que o Estado lhe oferece, em troca, segurança, ordem, higiene, moralidade e outros benefícios públicos, que propiciam o conforto individual e o bem-estar coletivo. O Estado, a fim de efetivar as restrições acima mencionadas, vale-se do poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Mas o ato de polícia há de ficar sempre sujeito a invalidação pelo Poder Judiciário, caso venha a ser praticado com abuso de poder.

O *abuso de poder* pode ser caracterizado como *excesso* ou *desvio*. Dá-se o *excesso* de poder quando a autoridade ultrapassa os limites de sua atribuição, excedendo na competência, no descumprimento da lei ou contornando a mesma. Tem-se presente o *desvio* quando a autoridade se desvia de suas atribuições.

5.4.6.10 Características (ou atributos)

I – Discricionariedade

Tem-se por certo que o legislador não pode prever todas as hipóteses possíveis a merecer a atividade de polícia, e, assim, em muitos casos concretos a Administração Pública terá que decidir qual o melhor momento de agir, qual o meio de ação mais adequado, qual a sanção cabível diante daquelas previstas na norma legal. Nesses casos o poder de polícia será discricionário.

Contudo, há momentos em que o poder de polícia poderá ser vinculado, desde que a norma que o rege estabeleça o modo e a forma de

sua realização. Nesse caso, a autoridade somente poderá praticá-lo validamente em obediência às exigências de lei.

O jurista alemão OTTO MAYER ensina que “a regra de direito não pode ser violada por disposição de polícia; esta não pode autorizar o que aquela proíbe, nem proibir o que aquela permite” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 153).

II – Auto-executoriedade

É a faculdade de que dispõe a Administração para decidir e executar diretamente suas decisões, servindo-se de seus próprios meios, sem a necessidade da intervenção do Poder Judiciário. Nesse sentido há decisões tanto do STF como do STJ. A exigência de prévia autorização do Poder Judiciário seria a negação do próprio poder de polícia administrativa, cujos atos devem ser diretos e imediatos.

Não é custoso lembrar que a auto-executoriedade das sanções de polícia não se confunde com punição sumária e sem defesa. A punição sumária e sem defesa só pode ser aplicada pela Administração quando se constatar flagrante ou em casos de urgência que coloquem em risco a segurança ou a saúde pública.

III – Coercibilidade

É a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração Pública. O ato de polícia é imperativo (*jus imperii*), obrigatório para seu destinatário. Não pode haver ato de polícia facultativo para o administrado.

O presente atributo, inclusive, justifica o emprego da força física (*manu militari*) quando houver oposição do infrator, mas não legaliza a violência desnecessária ou desproporcional à resistência.

5.4.6.11 Meios de atuação

A polícia administrativa age através de ordens e proibições, o que se dá por meio de normas limitadoras e sancionadoras da conduta daqueles que, usando bens ou exercendo atividades, possam afetar a coletividade. Assim, decorrem as chamadas limitações administrativas. Então, o Poder Público edita leis e os órgãos executivos expedem regulamentos e instruções determinando as condições e requisitos para o uso da propriedade e o exercício das atividades carecedoras de policiamento, para, enfim, expedir-se o competente alvará de licença ou autorização, quando for o caso, seguindo-se a fiscalização devida.

5.4.6.12 Sanções

Como elemento de coação e intimidação, o poder de polícia serve-se das sanções, que geralmente principiam com multa e podem chegar à interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, demolição de construções, embargo administrativo de obras, inutilização de gêneros, destruição de objetos, vedação de localização de indústrias ou de estabelecimentos comerciais ou outros, em determinadas zonas etc. Mas a Administração deverá ater-se à legalidade da sanção e sua proporcionalidade em relação à infração cometida ou ao dano causado à coletividade ou ao Estado.

As sanções do poder de polícia não são aplicáveis aos atos que constituam crimes, mas àqueles que sejam inconvenientes ou nocivos à coletividade, conforme previsão da norma legal.

5.4.6.13 Condições de validade

Para ter validade, o ato de polícia administrativa deve ter as mesmas condições do ato administrativo comum: competência, finalidade e forma, além da proporcionalidade da sanção e da legalidade dos meios utilizados pela Administração.

A competência, a finalidade e a forma são, como diz MEIRELLES, “condições gerais de eficácia de todo ato administrativo, a cujo gênero pertence a espécie *ato de polícia*” (2015, p. 157).

A proporcionalidade entre a restrição que é imposta pela Administração aos particulares e o benefício social que se busca, constitui requisito específico para que o ato de polícia seja válido, bem assim a correspondência entre a infração cometida e a sanção imposta, quando se tratar de medida punitiva.

A desproporção do ato de polícia ou seu excesso equipara-se a abuso de poder, tipificando, destarte, ilegalidade que nulifica a sanção.

5.4.6.14 A não delegação do poder de polícia a particulares

É vedada “a delegação do poder de polícia a *particulares* não por alguma qualidade essencial ou peculiar à figura, mas porque o Estado Democrático de Direito importa o monopólio estatal da violência”, enfatiza MARÇAL JUSTEN FILHO (2006, p. 400).

O autor anteriormente citado continua:

Não se admite que o Estado transfira, ainda que temporariamente, o poder de coerção jurídica ou física para a iniciativa privada.

Isso não significa vedação a que algumas atividades materiais acessórias ou conexas ao exercício do poder de polícia sejam transferidas ao exercício de particulares. O que não se admite é que a imposição coercitiva de deveres seja exercida por terceiros, que não os agentes públicos (2006, p. 400).

Embora não seja possível delegar a *particulares* o exercício do poder de polícia, a delegação poderá ser acometida a *entidades criadas pelo Estado*, e integrantes da Administração indireta, como assevera CARVALHO FILHO, ao falar sobre o poder de polícia originário e delegado:

O Estado, porém, não age somente por seus agentes e órgãos internos. Várias atividades administrativas e serviços públicos são executados por pessoas administrativas vinculadas ao Estado. A dúvida consiste em saber se tais pessoas têm idoneidade para exercer o poder de polícia.

E a resposta não pode deixar de ser positiva, conforme proclama a doutrina mais autorizada. Tais entidades, com efeito, são o prolongamento do Estado e recebem deste o suporte jurídico para o desempenho, por delegação, de funções públicas a ele cometidas.

Indispensável, todavia, para a validade dessa atuação é que a delegação seja feita por lei formal, originária da função regular do Legislativo. Observe-se que a existência da lei é o pressuposto de validade da polícia administrativa exercida pela própria Administração Direta e, desse modo, nada obstará que sirva também como respaldo da atuação de entidades paraestatais, mesmo que sejam elas dotadas de personalidade jurídica de direito privado. O que importa, repita-se, é que haja expressa delegação na lei pertinente e que o delegatário seja entidade integrante da Administração Pública (2015, p. 80).

5.4.6.15 Polícia administrativa e polícia judiciária

A polícia administrativa e a polícia judiciária são atividades do Poder Público, mas não se confundem.

Não se deve confundir o *poder de polícia*, que é administrativo, com o *poder da polícia*, que “significa o poder (na verdade, *poder-dever*) empregado pelo organismo denominado *Polícia* (força pública, seus agentes, inspetores etc., ou seja, o aparelhamento policial) para, fundamento e em decorrência do Poder de Polícia (administrativa ou judiciária), tomar as providências necessárias visando assegurar o bem-estar e tranquilidade ameaçados, e para responsabilizar e punir os infratores (por isso a menção à polícia eclética). Ou seja, ‘em virtude do *poder de polícia*, o *poder da polícia* é empregado pela polícia’, para garantir tais objetivos” (EDIMIR NETTO DE ARAÚJO, 2007, p. 1.003).

I – Polícia administrativa

Esta é, na essência, preventiva, embora, se preciso for, os seus agentes podem atuar repressivamente, como é o caso da apreensão de mercadorias impróprias para o consumo. O seu exercício está a cargo de vários órgãos e agentes da Administração Pública. O seu objeto é a propriedade e a liberdade do indivíduo, cabendo-lhe, inclusive, impedir ou paralisar atividades antissociais. Rege-se por normas administrativas.

Tem-se dividido a polícia administrativa em:

- a) **Polícia administrativa geral:** cuida, de forma genérica, da segurança, da salubridade e da moralidade públicas;
- b) **Polícia administrativa especial:** cuida de setores específicos da atividade humana que dizem respeito ao interesse coletivo, a exemplo da construção, da indústria de alimentos, do comércio de medicamentos, do uso das águas, da exploração das florestas e das minas, havendo para tais atividades restrições próprias e regime jurídico peculiar.

II – Polícia judiciária

Já a polícia judiciária é especialmente repressiva, embora também possa – e deve – agir de forma preventiva. O seu exercício está a cargo de certo e determinado órgão, que é a Secretaria de Segurança Pública. O seu objeto é a pessoa, na medida em que lhe cabe apurar as infrações penais, exceto as militares (art. 144, § 4º, CF). É do seu encargo “descobrir e conduzir ao Judiciário os infratores da ordem jurídica penal”, na forma do dispositivo acima mencionado (GASPARINI, 2009, p. 131). É regulada por normas processuais penais.

5.4.6.16 Distinção entre as polícias administrativa e judiciária

Na visão de BANDEIRA DE MELLO, citando ROLLAND, não é “a oposição caráter preventivo/caráter repressivo [o] critério de distinção entre as duas polícias – judiciária e administrativa” (2015, p. 858). Afinal, como está dito acima, as duas agem preventivamente e repressivamente, em maior ou em menor grau. Esclarece o autor:

O que efetivamente aparta polícia administrativa de polícia judiciária é que *a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades anti-sociais* enquanto a segunda se preordena à responsabilização dos violadores da ordem jurídica (2015, p. 859).

5.4.6.17 O poder de polícia e as microempresas e empresas de pequeno porte

Para as microempresas e as empresas de pequeno porte, a Lei Complementar nº 123/2006, instituindo-lhes regime especial, contém capítulo específico acerca do exercício do poder de polícia no que tange aos “aspectos trabalhista, metrológico, sanitário, ambiental e de segurança”, dispondo no art. 55 e seus §§ 1º a 4º que a fiscalização dessas empresas “deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento”.

Assim sendo, “será observado o critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, salvo quando for constatada infração por falta de registro de empregado ou anotação da CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização” (§ 1º), não se aplicando o disposto nesse artigo “ao processo administrativo fiscal relativo a tributos, que se dará na forma dos arts. 39 e 40” da Lei Complementar 123 (§ 4º).

5.4.6.18 Setores de atuação da polícia administrativa

Há vários setores de atuação da polícia administrativa, destacando-se, dentre outros, os seguintes: polícia de costumes, polícia de comunicação, polícia sanitária, polícia de viação, polícia de comércio e indústria, polícia das profissões, polícia ambiental, polícia de estrangeiros e polícia edilícia.

5.4.6.18.1 Polícia de costumes

Busca combater a corrupção dos costumes, que possam afetar a sociedade. E a “competência para legislar e executar a polícia dos costumes, como espécie de polícia administrativa, se estende a todos os graus federativos, mas cabe, notadamente, à autoridade municipal a responsabilidade de mantê-la, dada a predominância de sua atuação local” (MOREIRA NETO, 2003, p. 393).

5.4.6.18.2 Polícia de comunicação

Volta-se para os aspectos gerais da comunicação, a partir da Constituição, como a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), as convicções filosóficas e políticas (art. 5º, VIII) a informação, com as ressalvas devidas (art. 5º, XIV e XXXIII), as correspondências e as comunicações

telegráficas, telefônicas e de dados, assegurando-se, de um lado, a liberdade, mas, do outro, o sigilo (art. 5º, IX).

Embora não haja censura (art. 220, § 2º), cabe ao Estado a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (art. 220, § 3º, I).

Além de outras atividades de polícia administrativa, cabe também a fiscalização nos locais e casas onde os espetáculos públicos se produzem, quer no que diz respeito à ordem pública, quer no tocante aos aspectos administrativos de trânsito, ruído, circulação de pessoas etc., a cargo das municipalidades (art. 30, I, CF).

5.4.6.18.3 Polícia sanitária

Vastíssimo é o campo de atuação da polícia sanitária, dispondo o Poder Público de amplo “discricionarismo na escolha e imposição das limitações de higiene e segurança, em defesa da população” (MEIRELLES, 2015, p. 159).

No tocante aos assuntos de saúde e assistência pública, o sistema constitucional brasileiro aponta para a tríplice regulamentação federal, estadual e municipal, uma vez que interessam a todas as entidades estatais, simultaneamente. É o que dispõe o art. 23, II, CF, que estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Daí a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS, organizado nos termos dos arts. 198 e 200, da mesma *Magna Lex*. Atente-se para a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece as diretrizes do SUS.

Para atuação efetiva em torno dos assuntos relativos à saúde e à assistência pública, foram instituídas a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (Lei nº 9.782/1999, com alterações posteriores), e a Agência Nacional de Saúde Complementar – ANS (Lei nº 9.961/2000). Ambas foram criadas em regime de autarquia especial e são vinculadas ao Ministério da Saúde.

Além disso, temos os códigos sanitários estaduais, que complementam ou suprem a legislação federal, nos assuntos da base territorial de cada estado-membro, e os regulamentos sanitários municipais, que o fazem quando o assunto é de interesse local, na forma do art. 30, V, da CF. Esses regulamentos municipais “consubstanciam-se no Código de Obras e em normas editalícias complementares” (MEIRELLES, 2015, p. 163).

5.4.6.18.4 Polícia de viação

Surgiu para disciplinar os meios e as vias de transporte, visando ao interesse da segurança das pessoas e dos respectivos bens. Distinguem-se, assim, as polícias de *trânsito* e de *tráfego*, em suas modalidades terrestre, marítima (e fluvial) e aérea.

A *polícia de trânsito* rege a circulação de pessoas e veículos, ao passo que a *polícia de tráfego* disciplina o deslocamento de veículos quando realizam transporte.

5.4.6.18.5 Polícia do comércio e da indústria

Muitas são as atividades administrativas envolvidas com esse tipo de polícia, com vistas à disciplina das atividades comerciais e industriais, com vistas à confiabilidade e à garantia dos consumidores, principalmente. Como dispõe a Constituição Federal, cabe à União legislar privativamente sobre o sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais (art. 22, VI). Em 1967 foi definido o Sistema Nacional de Metrologia, criando órgãos e estabelecendo padrões, infrações e sanções (DL 240).

São, também, competências privativas da União: a) dispor sobre o comércio exterior e interestadual (art. 22, VIII); b) ordenar a polícia do setor comercial de transporte (art. 22, IX e XI), da metalurgia (art. 22, XII), do sistema estatístico (art. 22, XVIII) e da propaganda comercial (art. 22, XXIX).

Concorrentemente, cabe à União e aos Estados-membros legislar sobre juntas comerciais (art. 24, III), cabendo à União legislar sobre normas gerais e aos Estados, as normas específicas (art. 24, §§ 1º, 2º e 3º).

Aos Municípios cabem os ordenamentos de interesse local, como os que dispõem sobre a localização e o estabelecimento de atividades comerciais e industriais, bem como das atividades ambulantes etc. Para tanto, os Municípios expedem os competentes *alvarás de localização e funcionamento*.

5.4.6.18.6 Polícia das profissões

A União tem competência para legislar sobre o desempenho das profissões, objetivando preservar a segurança e a confiabilidade públicas (art. 22, XVI, CF). Daí decorrem as legislações especiais que regulamentam as diversas profissões, a exemplo da profissão de advogado, que, sendo essencial à justiça, como determina a Constituição, é regradada

pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

5.4.6.18.7 Polícia ambiental

A proteção ambiental tornou-se o grande tema universal dos últimos anos, dada a preocupação com a extrema devastação promovida pelo homem, milênios a fio.

No Brasil, a competência para o exercício da polícia ambiental é comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 24, VI, CF). E para legislar sobre a matéria (art. 24, VI, para a União, Estados e DF, e art. 30, I, II e VIII, para os Municípios).

Podemos destacar os seguintes setores tutelados pela polícia ambiental: polícia da atmosfera, polícia das águas e dos oceanos, polícia da flora e da fauna, que contam com legislação apropriada e específica para cada setor.

5.4.6.18.8 Polícia de estrangeiros

Trata-se de um problema de polícia administrativa que se reporta diretamente à segurança do Estado, envolvendo, ainda, alguns aspectos sanitários e econômicos. Atente-se para o art. 5º, XV, CF. O preceito ressalva as *limitações de polícia*, quando se refere à lei.

Para os estrangeiros, no Brasil, os diversos tipos de *vistos* foram disciplinados no DL nº 941/1969. A devida fiscalização cabe à Polícia Federal, em sua atribuição de executar os serviços de polícia marítima, aérea e de fronteira (art. 23, XXII, CF).

5.4.6.18.9 Polícia edilícia

Como leciona MOREIRA NETO, nos centros urbanos “são impostas limitações de toda espécie, para tornar mais segura, mais salutar, mais digna e mais agradável a vida nas cidades, regulando as construções públicas e particulares” (2003, p. 399).

Assim, a polícia edilícia ou das construções tem-se, há séculos, se tornado um instrumento eficaz do Direito Urbanístico, que se tornou autônomo, no nosso caso, na forma do art. 24, I, CF. A competência para o exercício da polícia edilícia distribui-se pelos três níveis federativos, embora o tema seja predominantemente de interesse municipal (art. 30,

VIII, CF), destacando-se, dentre seus institutos, algumas limitações e servidões administrativas.

6. LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

6.1 Breve evolução do sentido de propriedade

Através dos tempos, a propriedade, como o mais amplo direito real que se conhece, evoluiu do sentido individual, de forma absoluta, exclusiva e perpétua, para o social. Encontramos, no Direito antigo, os traços daquelas características da propriedade individual, tanto na legislação mesopotâmica, quanto na legislação divina dos israelitas e, sobretudo, na velha Roma.

Aliás, na concepção de JEAN JACQUES ROUSSEAU, no “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”, o homem primitivo era um selvagem bom, livre e feliz. Mas a sociedade o corrompera, sobretudo quando ele passou a acumular bens. Concepção bastante discutida. Todavia, diz o contratualista:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, atreveu-se a dizer: *Isto é meu*, e encontrou pessoas simples o suficiente para acreditar nele, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil (1993, p. 181).

Adiante, diz ele:

Enquanto os homens se contentaram com suas cabanas rústicas, enquanto se limitaram a costurar suas roupas de peles com espinhos de plantas ou espinhas de peixes, a enfeitar-se com penas e conchas, a pintar o corpo com diversas cores, a aperfeiçoar ou embelezar seus arcos e flechas, a talhar com pedras cortantes algumas canoas de pescadores ou alguns instrumentos grosseiros de música, em suma, enquanto se aplicaram apenas a obras que um homem podia fazer sozinho e a artes que não precisavam do concurso de várias mãos, viveram tão livres, sadios, bons e felizes quanto o poderiam ser por sua natureza e continuaram a usufruir entre si as doçuras de um relacionamento independente. Mas, a partir do instante em que um homem necessitou do auxílio do outro, desde que percebeu que era útil a um só ter provisões para dois, desapareceu a igualdade, introduziu-se a propriedade, o trabalho tornou-se necessário e as vastas florestas se transformaram em campos risonhos que cumpria regar com o suor dos homens e nos quais logo se viu a escravidão e a miséria germinarem e medrarem com as searas (1993, p. 189-190).

Na vigência do Feudalismo, tomava-se a terra dos pobres endividados e esta passou a ser retida por uns poucos, na Europa. Já no Brasil, o velho sistema feudal seria introduzido pelos portugueses, disfarçadamente, como alegam diversos autores, sob a forma de capitânicas hereditárias.

Em repúdio ao sistema feudal que a Revolução Francesa combateu, os franceses reviveram a concepção individualista dos romanos acerca da

propriedade. E a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, proclamava ser a propriedade um “direito inviolável e sagrado”.

Após o furor revolucionário, o Código Civil de 1804 (Código de Napoleão, vigente a partir de 1805), consagrou o princípio da legitimidade do Estado sobre a propriedade, ao dispor no art. 544 que o proprietário tinha “o direito de gozar e de dispor das coisas de modo absoluto, contanto que isso não se torne uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos”. A partir daí, começou a aparecer um crescente número de restrições impostas pelo Estado à propriedade privada, não apenas em França, mas também em outros países.

6.2 O caso do Brasil (atualmente)

Hoje, no Brasil, embora se reconheça o direito à propriedade privada, prevalece o princípio da função social da propriedade, inspirado, segundo entendem alguns estudiosos, na doutrina social da Igreja, exposta nas encíclicas “*Mater et Magistra*”, do Papa JOÃO XXIII, de 1961, e “*Populorum Progressio*”, do Papa PAULO VI, de 1967, segundo as quais a propriedade teria a função de servir de instrumento à criação de bens necessários à subsistência de toda a humanidade. Essas encíclicas vieram no rastro da encíclica “*Rerum Novarum*”, do Papa LEÃO XIII, de 1891, que se reportava à condição social dos trabalhadores em geral.

A Constituição de 1967 incluiu a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e social (art. 160, III), que coexiste com o princípio da propriedade como direito individual consagrado no art. 153, § 22, com a redação dada pela EC nº 01/1969. Na vigência dessa Carta, o princípio da função social da propriedade teve aplicação restrita à desapropriação para reforma agrária, levada a efeito pelo regime militar, e realizada, aliás, de forma pífia (art. 161).

Na Constituição de 1988, o art. 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade, mas o inciso XXIII determina que a propriedade atenderá a sua função social. Além disso, volta ao assunto nos arts. 170, III, 182, § 2º, e 184, de forma específica.

6.3 Fundamentos da intervenção

Sabemos que a propriedade é direito individual, que assegura a seu titular uma série de poderes (ou direitos), cujo conteúdo constitui objeto do Direito Civil. Mas existem interesses maiores, cuja tutela é exercida pelo Poder Público, mesmo em prejuízo de interesses individuais. Logo, saímos da esfera do Direito Privado e ingressamos na órbita do Direito Público.

Assim, o direito de propriedade submete-se a regime jurídico derogatório e exorbitante do Direito comum. Faz-se presente o poder de polícia do Estado. Temos, então, dois fundamentos da intervenção em estudo: de um lado, como fundamento *político*, a proteção dos interesses coletivos contra condutas antissociais da iniciativa privada, e, do outro, como *fundamento jurídico*, as disposições sobre essa proteção, consignadas na Constituição ou na legislação infraconstitucional.

6.4 Competência para intervir

A competência para intervir na propriedade privada não se distribui igualmente entre as entidades estatais. Por exemplo: legislar sobre direito de propriedade e intervenção (desapropriação, por exemplo) é privativo da União (art. 22, II e III). Mas o poder de polícia administrativa, em geral, como no caso da submissão de um bem ao regime expropriatório é competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 2º, DL 3.365/1941). Em suma, as competências cabem a quem a Constituição e a lei indicarem.

6.5 Modalidades de intervenção

De um modo em geral, podemos listar, no Brasil, sete modalidades de intervenção do Estado na propriedade privada, embora alguns administrativistas relacionem apenas seis. CARVALHO FILHO, por exemplo, elenca seis modalidades, sendo cinco referentes à chamada intervenção restritiva (servidão, requisição, ocupação, limitações e tombamento) e uma, a desapropriação, inerente à intervenção supressiva (2015, p. 818).

Alguns doutrinadores acrescentam como sétima modalidade de intervenção a edificação e o parcelamento compulsórios, que é enquadrada por outros como sendo tipo de limitação administrativa, como o faz o autor acima citado (2015, p. 833). **Vide item 6.5.5.**

6.5.1 Limitação administrativa

É uma imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem pública, que condiciona o exercício de direitos ou de atividades particulares em benefício do bem-estar social. Derivando do poder de polícia, exterioriza-se em imposições unilaterais e imperativas (art. 1.299, CC), sob tríplice modalidade:

- **Positiva (fazer):** o particular se obriga a fazer o que a Administração lhe impõe. Ex: construir um muro, obedecendo ao alinhamento estabelecido, limpar terrenos baldios particulares etc.
- **Negativa (não fazer):** o administrado abstém-se do que lhe é proibido. Ex: não desmatar acima do limite permitido, ou não construir além da altura determinada (limitação conhecida como *gabarito* de prédios) etc.
- **Permissiva (deixar fazer):** o particular permite algo em sua propriedade. Ex: vistoria no elevador de um edifício, colocação de para-raios, ingresso de agentes para fins de vigilância sanitária etc.

Há autores, como DI PIETRO, que consideram apenas as obrigações de não fazer ou de deixar de fazer, nas limitações administrativas (2015, p. 172), deixando as obrigações de fazer para o âmbito das servidões administrativas.

As limitações administrativas não se confundem com as restrições civis, as chamadas restrições de vizinhança (art. 1.277 e seguintes, CC), que servem para proteção da propriedade particular, a fim de resguardar a segurança, o sossego e a saúde dos que a habitam. Estas protegem os vizinhos, individualmente, ou seja, são *uti singuli*, enquanto aquelas são impostas por normas de ordem pública – leis e regulamentos – em benefício do bem-estar social, tendo como base a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF). Protegem a coletividade, ou seja, são *uti universi*.

Segundo entende BANDEIRA DE MELLO, as limitações diferem das servidões administrativas, que serão estudadas logo a seguir, porque aquelas alcançam “toda uma categoria abstrata de bens”, enquanto estas alcançam “bens concreta e especificamente determinados”; nas servidões há um ônus real, ao contrário das limitações; nas limitações há uma obrigação de não fazer, ao passo que nas servidões há uma obrigação de suportar; embora as limitações e as servidões decorram diretamente da lei, “toda vez que uma propriedade sofre restrições em decorrência de *ato concreto* da Administração, isto é, injunção decorrente do chamado *jus imperii*, estar-se-á diante de uma servidão” (2015, p. 932).

6.5.2 Servidão administrativa

É, no dizer de MEIRELLES, “o ônus real de uso imposto pela Administração à propriedade particular para assegurar a realização e

conservação de obras e serviços públicos ou de utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados pelo proprietário” (2015, p. 739). A indenização não se refere à propriedade, mas aos danos causados à propriedade pelo uso por parte do Poder Público.

Não é custoso advertir que as servidões administrativas, embora nelas existindo todos os elementos que caracterizam a servidão, diferem das servidões de Direito Privado, definidas no art. 1.378, do Código Civil. Nestas (servidão de passagem, por exemplo), a *res serviens* e a *res dominans* são particulares. Elas são de utilidade singular (*uti singuli*). Naquelas (administrativas), a *res dominans* tem caráter público (pode ser o serviço público, como no caso da servidão de energia elétrica, ou o prédio onde funciona o serviço público, como no caso da servidão ao redor de aeroportos). Elas são, pois, de serventia pública (*publicae utilitatis*).

DI PIETRO, considerando a servidão administrativa dentro do regime jurídico de direito público a que se submete, conclui “que ela constitui uma prerrogativa da Administração Pública agindo com o poder de império que lhe permite onerar a propriedade privada com um *direito real de natureza pública*, sem obter previamente o consentimento do particular ou título expedido pelo Judiciário” (2015, p. 191).

De qualquer forma, trata-se de um ônus para o proprietário e de um direito para o Poder Público. E o fundamento disso? Ela explica:

O seu fundamento é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. No exercício dessa prerrogativa, deve a Administração respeitar as restrições decorrentes da lei ou dos princípios publicísticos que informam a sua atividade, não devendo ultrapassar aquilo que seja necessário e suficiente para os fins públicos que se pretende atingir com a instituição da servidão (2015, p. 191).

Daí, a mestra paulista conceitua a servidão administrativa como “o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública” (2015, p. 192).

A constituição da servidão administrativa faz-se mediante acordo, precedido de ato declaratório de utilidade pública, ou por sentença judicial, na falta de acordo ou quando seja adquirida por usucapião. Sustenta-se também que ela pode decorrer da lei (**vide modalidades I e V, a seguir**). Tem-se como fundamento o art. 40 do DL 3.365/1941.

Embora alguns poucos sustentem o contrário, a servidão administrativa depende de registro imobiliário, como, aliás, indica o art. 167, I, 6, da Lei 6.015/1973, para conhecimento e validade *erga omnes*. Os que sustentam tese contrária, afirmam que a eficácia desse instituto resulta do ato instituidor.

Às vezes, as servidões administrativas são suportadas sem indenização, quando não causam dano à propriedade particular, nem lhe impede o uso normal. Ex: colocação de placas denominando ruas, nas paredes das casas; colocação de postes de energia elétrica nas calçadas etc.

O caráter da servidão administrativa é a perpetuidade. Mas incumbe ao Poder Público extingui-la caso a coisa dominante venha a perder a função pública sobre ela estabelecida. Cessa, do mesmo modo, se a coisa dominante for desafetada ou for afetada a fim diverso para o qual não seja necessária a servidão, como é o exemplo de uma fortificação que passa a ter outra destinação.

Afirma-se também que sobre a servidão administrativa não pesa a prescrição, pela mesma razão de que não se pode adquirir bens do domínio público por usucapião.

São modalidades de servidão administrativa:

I – Servidão sobre terrenos marginais, que compreende as margens dos rios navegáveis, compreendendo uma faixa de sete braças craveiras – 15, 40m –, que se conta a partir do ponto médio das enchentes comuns (Lei 1.507, de 26.09.1867 e Decreto 4.107, de 22.02.1868). Quando o rio não for navegável, a servidão incide sobre uma faixa de 10 metros, cf. art. 12 do Código de Águas (Decreto 24.643/1934). A medida estabelecida em 1867 tem causado polêmica, como é o caso dos terrenos de marinha em Aracaju, inclusive com ações judiciais propostas por proprietários de imóveis situados nesses terrenos, em curso na Justiça Federal.

II – Servidão de aqueduto decretada pelo Governo, conforme art. 120 do Código de Águas, que será de direito público, cujo titular é empresa concessionária de serviço público, para atender o público em geral. Há quem considera que tal modalidade de servidão também está prevista no art. 1.293 do Código Civil.

III – Servidão de energia elétrica, que se destina às obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica, na forma

da alínea “c” do art. 151 do Código de Águas. Vide art. 21, XII, “b”, c/c art. 176, CF.

IV – Servidão sobre prédios vizinhos de obras ou imóvel pertencente ao P.H.A.N., que proíbe fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade de imóvel ou coisa tombada, bem como a colocação de cartazes ou anúncios, sob pena de ser mandado destruir a obra ou retirado o objeto, de acordo com o art. 18 do DL 25/1937. No caso da retirada de objeto, há a aplicação de multa de 50% do valor do tal objeto.

V – Servidão em torno de aeródromos e heliportos, impedindo a edificação, instalação, culturas agrícolas ou colocação de objetos que possam embaraçar as manobras de aeronaves ou causar interferência nos sinais de auxílio a radionavegação ou, ainda, dificultar a visibilidade de auxílios visuais. Cabe indenização quando as limitações impostas por esse tipo de servidão administrativa determinarem demolição ou impedirem construções de qualquer natureza.

VI – Servidão militar, que diz respeito à fixação de áreas de restrições em torno de fortificações, cf. DL 3.437/1941.

VII – Servidão a favor das fontes de água mineral, termal ou gasosa e dos recursos hídricos, instituída por meio do DL 7.841/1945, que no art. 12 definiu que “às fontes de água mineral, termal ou gasosa, em exploração regular, poderá ser assinalado, por decreto, um perímetro de proteção, sujeito a modificações posteriores se novas modificações o exigirem”.

A instituição da servidão administrativa pode ser feita mediante acordo administrativo ou por sentença judicial. Deve ser precedida de ato declaratório da servidão, como ocorre com a declaração para desapropriação. Vide art. 40 do DL 3.365/1941.

6.5.3 Ocupação temporária

Trata-se da utilização temporária, remunerada ou não, de bens particulares pela Administração Pública, com o intuito de executar obras, serviços ou atividades públicas de interesse público, cf. dispõe o art. 5º, XXV, da CF.

Normalmente, o seu fundamento é a necessidade de local para depósito de equipamentos e materiais destinados à execução de obras e serviços públicos nas vizinhanças da propriedade particular.

Há quem diga que a ocupação temporária é desapropriação de uso ou servidão administrativa a prazo certo. Na verdade, não se confunde com a desapropriação, nem com a servidão.

Ainda sobre a ocupação temporária, é preciso observar o disposto nas seguintes normas ordinárias:

- DL 3.365/1941, art. 36: ocupação de terrenos não edificados, vizinhos a obras e necessários à sua realização;
- Lei 3.924/1961, art. 13: permite ocupação para fins de escavações e pesquisa em sítios considerados arqueológicos;
- Lei 8.666/1993, art. 80, II: ocupação provisória do local, instalações, equipamentos, material e pessoal do construtor inadimplente, no caso de rescisão contratual;
- Lei 8.987/1995, art. 35, §§ 2º e 3º: ocupação das instalações e utilização dos bens reversíveis.

6.5.4 Requisição administrativa

É a utilização coativa de bens ou serviços particulares pela Administração Pública mediante ato unilateral, autoexecutório e oneroso, para atendimento de necessidades coletivas urgentes e transitórias. Fundamenta-se, constitucionalmente, no mesmo dispositivo que fundamenta a ocupação temporária, ou seja, art. 5º, XXV. A competência legislativa para efetuar requisição civil e militar, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra é da União (art. 22, III, CF).

No passado, a requisição era usada em tempos de guerra, mas se transformou em instrumento civil, ou, mais propriamente, administrativo. Hoje, convive-se com a requisição civil e com a militar. Aquela objetiva evitar danos à vida, à saúde e aos bens da coletividade, enquanto esta visa a resguardar a segurança interna e externa.

A requisição civil ou administrativa é autorizada pela Lei Delegada nº 4/1962, regulamentada pelo Decreto 51.644-A/1962. Assim, a União pode intervir no domínio econômico fazendo requisições necessárias. Do mesmo modo, o DL nº 2/1966, regulamentado pelo Decreto 57.844/1966, faculta a requisição de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população. Em ambos os casos, a efetivação das medidas requisitórias é de competência do Ministério da Fazenda, na forma da Lei 9.618/1998. A Lei 8.080/1990, dispendo sobre o SUS (Sistema Único de Saúde) também

expressamente cuidou da hipótese de requisição administrativa destinada à promoção, proteção e recuperação da saúde (art. 15), notadamente quando ocorrerem necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemia.

BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 930) alude também às seguintes requisições, dentre outras:

I- de serviços:

- a) prestação de serviço militar (art. 5º da Lei 4.375/1964);
- b) prestação de serviço eleitoral nas mesas receptoras de votos (art. 120 e § 4º, do Código Eleitoral, Lei 4.737/1965);
- c) prestação de assistência, desde que se possa fazê-lo sem riscos, a partir da simples informação do evento, em caso de acidente com aeronave (art. 51 e 52 do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/1986).

II- de bens:

- a) locais para a instalação de mesas receptoras de votos (art. 135, §§ 2º e 3º e 137 do Código Eleitoral);
- b) veículo alheio que passe por local em que veículo transportador de mala postal haja se acidentado sem condições de prosseguir, devendo aquele conduzir tal mala para a agência postal mais próxima no sentido de sua marcha (art. 80 e parágrafo único do DL 5.405/1943).

6.5.5 Edificação e parcelamento compulsórios

São imposições feitas ao proprietário que não utiliza adequadamente a sua propriedade, de acordo com o art. 182, § 4º, da CF. Segundo o entendimento de DI PIETRO, tais imposições “ferem o caráter absoluto e perpétuo do direito de propriedade” (2015, p. 166).

Já CARVALHO FILHO, que tem a edificação e o parcelamento compulsórios como tipo de limitação administrativa, como foi visto, diz:

Muitas limitações administrativas têm sua origem em leis e atos de natureza urbanística. A própria Constituição destina capítulo específico à política urbana (arts. 182 e 183) e contempla institutos apropriados à sua execução. A Lei nº

10.257, de 10.07.2001 – o Estatuto da Cidade – instituiu diversos instrumentos que se configuram como limitações administrativas. É o caso, por exemplo, do parcelamento e da edificação compulsórios, impostos a proprietários de terrenos urbanos não edificados, subutilizados ou não utilizados, em situação de contrariedade ao plano diretor da cidade, hipótese que estampa obrigação de fazer (*facere*) (art. 5º) (2015, p. 833). **Vide item 6.5.**

6.5.6 Tombamento

6.5.6.1 Conceito e fonte normativa

É uma forma de intervenção do Estado na propriedade privada, objetivando a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, na forma da legislação pertinente. Trata-se de uma restrição parcial ao direito de propriedade.

O alicerce normativo inicial para o tombamento encontra-se na própria Constituição Federal, a par do disposto no art. 216, § 1º, que diz: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação”.

6.5.6.2 Caracteres

Não impede ao proprietário o exercício dos direitos inerentes ao domínio. Logo, não enseja, normalmente, direito à indenização, a não ser que o proprietário demonstre que realmente sofreu um dano decorrente do tombamento.

Caso o poder público queira proteger o bem, impondo ao proprietário uma restrição total que lhe impossibilite “o exercício de todos os poderes inerentes ao domínio, deverá desapropriar o bem e não efetuar o tombamento, uma vez que as restrições possíveis, nesta última medida, são apenas as que constam da lei, nela não havendo a previsão de qualquer imposição que restrinja **integralmente** o direito de propriedade” (DI PIETRO, 2015, p. 181).

O vocábulo tombamento vem do velho Direito português, que emprega a palavra *tombar* no sentido de registrar, inventariar, inscrever nos arquivos do Reino, que ficavam na Torre do Tombo, em Lisboa (MEIRELLES, 2015, p. 685 – nota de rodapé nº 88). “Por extensão semântica, o termo passou a representar todo registro indicativo de bens sob a proteção especial do Poder Público” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 837).

6.5.6.3 Objeto

O tombamento pode recair sobre bens de qualquer natureza, quer sejam móveis ou imóveis, materiais ou imateriais, públicos ou privados, incluídos os monumentos naturais e os sítios e paisagens naturais que devem ser conservados e protegidos, quer assim dotados pela natureza, quer constituídos pelo homem (art. 1º, § 2º, DL nº 25/1937). O art. 3º do citado DL exclui do tombamento algumas obras de origem estrangeira, que pertençam às representações diplomáticas, que adornem quaisquer veículos pertencentes a empresas estrangeiras, que façam carreira no país, que sejam trazidas para exposições comemorativas, educativas ou comerciais, dentre outras.

6.5.6.4 Modalidades

O tombamento apresenta as seguintes modalidades:

1. Quanto à constituição ou procedimento:
 - de ofício: quando incide sobre bens públicos, na forma do art. 5º, processando-se mediante simples notificação à entidade a quem pertencer ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada;
 - voluntário ou compulsório: o que tem por objeto bens particulares, consoante dispõe o art. 6º; o voluntário (art. 7º) ocorre quando o proprietário pede o tombamento, dentro das condições legais e a juízo do órgão técnico competente ou quando o proprietário anuir, por escrito, à notificação que lhe for feita para a inscrição da coisa num dos quatro Livros do Tombo; dá-se o compulsório (arts. 8º e 9º) quando é feito por iniciativa do poder público, mesmo sem a concordância do proprietário.
2. Quanto à eficácia (art. 10):
 - provisório: ocorre com a notificação do proprietário, produzindo os mesmos efeitos que o definitivo, exceto quanto à transcrição no Registro de Imóveis, que somente se exige para o tombamento definitivo;
 - definitivo: ocorre quando se conclui pela inscrição dos bens no competente Livro de Tombo (art. 10, p. único).

3. Quanto aos destinatários:

- geral: quando alcança todos os bens localizados em um bairro ou uma cidade;
- individual: quando atinge um bem determinado.

6.5.6.5 Procedimento

O DL 25/1937 traça as regras gerais aplicáveis ao fato jurídico-administrativo do tombamento. Quando o procedimento for iniciado pelo Poder Público há de se observar algumas fases, que tem início com a manifestação do órgão técnico sobre o valor do bem para fins de tombamento e, passando por outras, culmina a inscrição. O art. 1º, § 1º, diz que os bens só podem ser considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico brasileiro depois da referida inscrição em um dos quatro Livros de Tombo, previstos no art. 4º do citado dispositivo legal, a saber:

1. Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico;
2. Livro do Tombo das Belas Artes;
3. Livro do Tombo das Artes Aplicadas;
4. Livro do Tombo Histórico.

As decisões acerca do processo de tombamento ocorrerão no prazo de até sessenta dias, fazendo-se por meio de procedimento administrativo. Pode ser uma restrição individual (um prédio, p. ex.) ou restrição geral (o respeito aos padrões urbanísticos ou paisagísticos, como é o caso, por exemplo, do Parque Teophilo Dantas, conhecido como Parque da Catedral, em Aracaju, que é tombado).

Concluído o tombamento definitivo, no caso de bens imóveis, comunica-se ao Registro Imobiliário para a devida averbação, a fim de produzir efeitos perante terceiros (art. 13, do DL 25/1937).

Caso o Poder Público torne-se omissivo às questões relativas ao tombamento, cabe ação civil pública (art. 129, III, CF) ou ação popular (art. 5º, LXXIII, CF).

Sobre o patrimônio histórico, artístico e cultural, a CF apresenta a fundamentação para a competência legislativa através dos seguintes dispositivos: art. 23, III (competência comum), art. 24, VII (competência concorrente), art. 30, IX (proteção municipal) e art. 216 (constituição do patrimônio cultural e outras normas).

6.5.6.6 Recurso e cancelamento

De acordo com o DL 25/1937 não podia haver recurso contra o tombamento (art. 10, parte final). Contudo, o DL nº 3.866/1941 estabeleceu que o Presidente da República poderá determinar, de ofício ou em grau de **recurso**, interposto por qualquer legítimo interessado, o cancelamento do tombamento de bens, feito no IPHAN, na forma do DL 25/1937. A esse respeito afirma DI PIETRO:

Esse dispositivo tem sido criticado pelo fato de dar ao Presidente da República o poder discricionário de cancelar o tombamento, passando por cima de parecer do órgão técnico competente para manifestar-se (Cf. Carlos Augusto A. Machado, 1987:35).

Não nos parece procedente a crítica em vista que o dispositivo só autoriza o cancelamento “por motivos de interesse público”, o que exige motivação, construtável perante o Judiciário, por parte do Presidente da República. Se é verdade que a proteção do patrimônio cultural é dever do Estado precisamente pelo seu interesse público, não é menos verdade que esse interesse pode, em determinado momento, conflitar com outros, também relevantes e merecedores de proteção; um deles terá que ser sacrificado, a critério da autoridade a quem a lei conferiu o poder de decisão (2015, p. 185).

O que deve mover o professor da UFS, Carlos Augusto A. Machado, citado por DI PIETRO, à insurgência é o fato de que o parecer técnico pode ser vinculante, “quando a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração”, como diz MEIRELLES, aditando que em tal “modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica”. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o STF (*In Revista de Direito Administrativo* nº 80, p. 136). (2015, p. 214) (**vide item 7.8.4 – III**).

6.5.6.7 Efeitos

O capítulo III do DL 25/1937 é dedicado aos efeitos do tombamento, que se referem a obrigações para o proprietário do bem tombado, para os vizinhos e para o IPHAN.

I – Obrigações a que se sujeita o proprietário:

- positivas (de fazer):

- fazer as obras de conservação necessárias à preservação do bem, ou se não tiver condições para tal, comunicar a sua necessidade, sob pena de multa (art. 19);

- assegurar o direito de preferência da União, Estados e Municípios, nessa ordem, no caso de alienação do bem, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem por qualquer dos titulares do direito de preferência e multa de 20% do valor do bem, que recai sobre as pessoas do transmitente e do adquirente; as punições devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário (art. 22); caso o bem tombado seja público, torna-se inalienável, ressalvada a possibilidade de transferência entre a União, Estados e Municípios (art. 11);

- **negativas (de não fazer):**

- não pode destruir, demolir ou mutilar as coisas tombadas nem, sem prévia autorização do IPHAN, fazer restaurações, reparos ou pintura, sob pena de multa (art. 17).

- no caso de bens móveis, não pode retirá-los do país, a não para fins de intercâmbio cultural, a juízo do IPHAN, por pequeno lapso de tempo (art. 14); caso seja tentada sua exportação, o bem fica sujeito a sequestro e o proprietário sujeita-se às penalidades previstas para o crime de contrabando e multa (art. 15).

- **e de suportar (deixar fazer):**

- o proprietário sujeita-se à fiscalização do bem pelo órgão técnico competente; caso se oponha indevidamente à fiscalização, sofrerá a pena de multa.

II – Obrigações suportadas pelos vizinhos

- não podem, sem prévia autorização do órgão competente, fazer construção que impeça ou reduza a visão da coisa tombada nem nela colocar anúncios ou cartazes, sob pena de destruição da obra ou retirada do objeto e, ainda, sob pena de multa, no último caso (art. 18). Trata-se, assim, de servidão administrativa em que é dominante a coisa tombada, e serviente, os prédios vizinhos, impondo-se aos proprietários destes uma obrigação negativa. Cabe, todavia, para assegurar a boa-fé de terceiros, a “fixação de critério objetivo na delimitação do conceito de vizinhança, mediante determinação da área dentro da qual qualquer construção ficaria dependendo de aprovação do IPHAN”; como também a “imposição de averbação no Registro de Imóveis da área onerada com a servidão ou notificação às Prefeituras interessadas para que, ao conferirem licença para construção, não ajam em desacordo com o IPHAN, com evidente

prejuízo, ainda, para terceiros interessados na construção”, como avalia DI PIETRO (2015, p. 187).

III – Obrigações do IPHAN

- mandar realizar as obras de conservação do bem, quando o proprietário não tiver recursos para tal ou tomar providências no sentido de que se faça a devida desapropriação da coisa (art. 19, § 1º); caso tais providências não seja adotadas, o proprietário pode requerer seja cancelado o tombamento (§ 2º);
- exercer permanente fiscalização sobre as coisas tombadas (art. 20);
- providenciar, no caso de bens particulares, a transcrição do tombamento no Registro de Imóveis e a averbação ao lado da transcrição do domínio (art. 13); caso essa providência não seja tomada, os entes federativos perderão o direito de preferência previsto no art. 22 do DL 25/1937.

6.5.6.8 Natureza jurídica

Quando à natureza jurídica, é preciso analisar dois aspectos: a) se o ato de tombamento é discricionário ou vinculado; b) se a restrição imposta pelo tombamento constitui servidão ou limitação administrativa à propriedade.

A maioria da doutrina inclina-se para considerar o tombamento um ato discricionário, posto que “o patrimônio cultural não é o único bem que compete ao Estado proteger”. Logo, “entre dois valores em conflito, a Administração terá que zelar pela conservação daquele que de forma mais intensa afete os interesses da coletividade”, no dizer de DI PIETRO (2015, p. 188).

A posição acima contradita a tese contrária de que seria vinculado o ato de tombamento, uma vez que a autoridade pública não pode deixar de efetuar o tombamento do bem “quando o parecer do órgão técnico reconhecer o valor cultural do bem para fins de proteção” (DI PIETRO, 2015, p. 188).

Acreditamos que é consentânea a posição da maioria, ou seja, a de que o ato de tombamento é discricionário, embora a autoridade deve motivar a decisão de não tomar o bem, sob pena de praticar ato arbitrário, afrontando a própria Constituição, naquilo em que a mesma estabelece a proteção dos bens de interesse público.

No que concerne ao segundo aspecto, alguns têm entendido, que o tombamento constitui modalidade de servidão administrativa, conforme foi visto anteriormente, porque individualiza o bem. Alguns, contudo, entendem que se trata de limitação administrativa. Na verdade, o tombamento tem em comum com a limitação o fato de que ambos os institutos são impostos em benefício de interesse público, mas também difere desta porque individualiza o imóvel.

BANDEIRA DE MELLO, aliás, assim o afirmava, até a 26ª edição do seu “Curso de Direito Administrativo”. A partir da 27ª edição (2010) ele passou a distinguir os institutos da servidão e do tombamento, com base em que: “a) a servidão é um direito real *sobre coisa alheia* ao passo o tombamento também pode afetar um bem próprio e ser satisfeito mesmo quando o bem de terceiro é expropriado, sem que com isto se extingam os gravames inerentes ao tombamento, não vigorando o princípio de que *nemini res sua servit*; b) a servidão não impõe ao titular do bem tombado o dever de agir, pois não se lhe exige um *facere*, mas tão-só um *pati*, ao passo que o tombamento constitui o titular do bem tombado no dever de conservá-lo em bom estado, no que se incluem todas as realizações de reformas para tanto necessárias; c) demais disto, as servidões só oneram bens imóveis e o tombamento tanto pode se referir a bens imóveis quanto a bens móveis, como quadros, estatuetas, joias e outros objetos de interesse cultural” (2015, p. 935).

DI PIETRO, em especial, prefere considerar o tombamento uma categoria própria de intervenção do Estado na propriedade, “que não se enquadra nem como simples limitação administrativa, nem como servidão” (2015, p. 189). Segundo lhe parece, uma vez *individualizando o bem*, difere da limitação, como está dito acima, e como lhe falta a *coisa dominante*, essencial para caracterizar qualquer tipo de servidão, seja de direito público ou privado, difere da servidão. MEIRELLES E CARVALHO FILHO também adotam a mesma posição, que é a dominante na doutrina.

6.5.7 Desapropriação

6.5.7.1 Conceito

É o procedimento administrativo pelo qual o poder público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe a perda de um bem ao particular ou a entidade pública de grau inferior, substituindo-o por justa e prévia indenização. Como diz BANDEIRA DE MELLO, trata-se de “um sacrifício de direito imposto ao desapropriado” (2015, p. 889).

6.5.7.2 Fundamentação

I – Constitucional: art. 5º, XXIV (pressupostos); art. 182, §§ 3º e 4º, III (sobre imóveis urbanos); artigos 184 e 185 (imóveis para reforma agrária).

II – Legislação ordinária: DL 3.365/1941 e legislação posterior.

6.5.7.3 Requisitos

I – Necessidade pública: ocorre quando a Administração está diante de situações emergenciais ou anormais, cuja resolução exige a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato.

II – Utilidade pública: quando a utilização da propriedade é conveniente, embora não seja imprescindível (art. 5º, DL).

III – Interesse social: quando se impõe um melhor aproveitamento da propriedade “para promover a sua justa distribuição ou condicionar o seu uso ao bem-estar social”.

O interesse social está indicado nos artigos 1º e 2º da Lei 4.132/1962. Anote-se também o art. 184, CF.

IV – Justa e prévia indenização em dinheiro:

- **Justa:** é a que cobre o valor real e atual dos bens expropriados, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio.
- **Prévia:** o expropriante deverá pagar ou depositar o preço antes de entrar na posse do imóvel. A lentidão da Justiça vem desobedecendo essa inovação constitucional.
- **Em dinheiro:** a regra é no sentido de que o expropriante pague ao expropriado em moeda corrente.

Mas as exceções permitem pagamento em títulos especiais da dívida pública (arts. 182, § 4º, e 184). Por acordo entre as partes, alegam alguns doutrinadores, pode-se estabelecer outra forma de pagamento.

6.5.7.4 Processo expropriatório

I – Via administrativa: quando ocorre acordo entre as partes, reduzido a termo; ocorrendo a bilateralidade de vontades, chama-se *desapropriação amigável*.

II – Via judicial: quando não há acordo na via administrativa, a alternativa é a propositura da respectiva ação, que visa a resolver o conflito de interesses entre o expropriante e o expropriado; segue o rito especial estabelecido no DL 3.365/1941, admitindo-se, supletivamente, aplicar os preceitos do CPC.

O foro para a ação é o da situação do imóvel, inclusive na desapropriação indireta, exceto quando houver interesse da União (art. 109, I, CF, art. 11 do DL 3.365/1941 e Súmula 218, STF).

A Lei Complementar nº 76/1993, alterada pela LC nº 88/1996, regulou o processo de desapropriação de imóveis para fins de reforma agrária, que segue o contraditório especial, de rito sumário.

6.5.7.5 Procedimento administrativo expropriatório

A desapropriação ou expropriação é um procedimento (e não simples ato) administrativo que se realiza em duas fases:

I – Declaratória: a declaração regular de expropriação é consubstanciada na indicação da necessidade ou utilidade pública ou interesse social; pode ser emitida por lei ou decreto (e, sobretudo, por meio deste, denominado *decreto expropriatório*), identificando-se o bem, indicando seu destino e o funcionamento legal. A competência declaratória é concorrente da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios. O art. 2º do DL 3.365/1941 arrola também os Territórios, mas estes não figuram como entes federados na atual Constituição. E o art. 8º da lei geral (o citado DL) diz que “*o Poder Legislativo poderá tomar a iniciativa da desapropriação, cumprindo, neste caso, ao Executivo, praticar os atos necessários à sua efetivação*”.

Feita a declaração, a autoridade expropriante fica autorizada a penetrar no imóvel, na forma no art. 7º, do DL 3.365/1941, sem que isso signifique imissão na posse, visto que é apenas para se fazer os levantamentos necessários (topográficos e outros de identificação do bem). Nesse sentido, diz MEIRELLES:

Desde a declaração expropriatória ficam as autoridades expropriantes autorizadas a penetrar nos prédios atingidos, podendo recorrer, em caso de

oposição, ao auxílio da força policial. Tal direito, entretanto, não significa *imissão na posse*, a qual só se dará por ordem judicial, após o pagamento da justa indenização ou do depósito provisório nos casos e forma admitidos em lei [...]. Essa admissibilidade legal de penetrar nos prédios (art. 7º) é limitada ao trânsito pelos imóveis, necessário aos levantamentos topográficos, aos atos avaliatórios e outros de identificação dos bens, mas que não prejudiquem sua normal utilização pelos proprietários ou possuidores. Se nesse trânsito a Administração causar dano ao imóvel, responderá pelos prejuízos e seu agente poderá ser responsabilizado por ação penal (2015, p. 726).

II – Executória: compreende a avaliação do bem expropriado, que deve ser feita por comissão designada para tal, com vistas à justa indenização, e, enfim, a transferência do bem para o domínio do expropriante (patrimônio público). A competência executória, nos termos do art. 3º do DL 3.365/1941, vai além da competência declaratória, atinente aos entes federados (***competência incondicionada***), acrescentando que “*os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas do Poder Público poderão promover desapropriações, mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato*”. É a chamada ***competência condicionada***.

6.5.7.6 Imissão na posse

I – Provisória: era admitida até mesmo antes da citação do expropriado, uma vez que o expropriante declarasse a urgência da medida, e efetuasse em juízo o depósito prévio, cf. art. 15, § 1º, do DL 3.365/1941.

Com a Carta de 1988, o Superior Tribunal de Justiça entendeu em 27.09.1994 – DJU de 17.10.1994, que essa situação não foi contemplada na nova Carta, pois os ínfimos valores que eram depositados não atendiam ao disposto no art. 5º, XXIV (justa e prévia indenização).

Assim, prevaleceria o *caput* do art. 15, do DL 3.365/1941, mas não os seus parágrafos e incisos, bem como os arts. 3º e 4º do Dec.-lei 1.075/1970, que trata da imissão provisória da posse em imóveis residenciais urbanos. O STJ pacificou esse entendimento.

Contudo, o STF, em decisão plenária, modificou o citado entendimento, segundo MEIRELLES, “por entender que a garantia de indenização justa, prevista na Constituição atual, não difere das Constituições anteriores, prevalecendo o entendimento tradicional de que só a perda da propriedade, ao final da ação de desapropriação – e não a imissão provisória na posse do imóvel – está compreendida na garantia da justa e prévia indenização” (2015, p. 728).

Logo, são constitucionais o art. 15 do DL 3.365/1941 e o DL 1.075/1970. Outrossim, a Súmula 652 do STF afirma: “Não contraria a Constituição Federal o art. 15, § 1º, do DL 3.365/1941”.

Admite-se, então, a *imissão provisória*, assim definida por BANDEIRA DE MELLO:

Imissão provisória de posse é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz, se o Poder Público declarar urgência e depositar em juízo, em favor do proprietário, importância fixada segundo critério previsto em lei (2015, p. 906).

CARVALHO FILHO explana que:

Na lei geral, a imissão provisória na posse está prevista no art. 15. Entretanto, o Decreto-lei nº 1075, de 22/01/1970, contemplou a hipótese para as desapropriações de prédios residenciais urbanos, estabelecendo, inclusive, rito especial.

Assim, se se tratar de imissão provisória na posse de prédio residencial urbano (residencial e urbano), aplica-se o Decreto-lei nº 1.075/70; se for o caso de imóvel residencial em zona rural ou de prédio urbano não residencial, a imissão se regulará pelo art. 15 da lei geral (Decreto-lei nº 3.365/41).

A despeito de a imissão na posse não representar ainda a transferência do domínio do bem sujeito à desapropriação, é inegável que, mesmo sendo provisória, seus efeitos são severos para com o proprietário. Na prática, a imissão na posse provoca o total impedimento para que o proprietário volte a usufruir a propriedade, ou seja, sob visão de ordem prática, o que há realmente é a perda da propriedade. Por isso mesmo, têm sido excluídas algumas obrigações atribuídas ao proprietário. Em relação à incidência tributária, já decidiu o STJ que “o proprietário de imóvel expropriado para fins de utilidade pública somente é responsável pelos impostos, inclusive o IPTU, até o deferimento e efetivação da imissão da posse provisória” [cf. REsp nº 239.687-SP, 1ª turma, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, julg. Em 17.2.2000] (2015, p. 881).

II – Definitiva: somente se processará, em qualquer hipótese, após o pagamento integral do preço, consoante o que for fixado no acordo ou na decisão judicial, que adjudicará o bem ao expropriante.

6.5.7.6.1 Alegação de urgência

Com vista à emissão provisória na posse, poderá a alegação de urgência ser feita no próprio ato expropriatório ou em ato subsequente (como entende a jurisprudência dominante). Alerta BANDEIRA DE MELLO que:

Se o expropriado [...] puder demonstrar de modo objetivo e indisputável que a alegação de urgência é inverídica, o juiz deverá negá-la, pois, evidentemente, urgência é um requisito legal para a imissão provisória, e não uma palavra

mágica, que, pronunciada, altera a natureza das coisas e produz efeito por si mesma (2015, p. 906).

Vide prazo estabelecido no art. 15, § 2º do DL 3.365/1941, que é de 120 dias, não podendo ser *interrompida* ou *renovada*, conforme decisão do STF (RDP 2/208).

6.5.7.6.2 Depósito prévio

CARVALHO FILHO lembra que além da urgência, “constitui pressuposto da imissão provisória na posse o depósito arbitrado pelo juiz após instrução sumária processada inicialmente”. Lembra ainda que o art. 15, § 1º, da lei geral das desapropriações estabelecia vários critérios para a fixação desse depósito prévio, todos, porém, resultando em valores ínfimos. Assim, os Tribunais passaram, com razão, a exigir que “o depósito prévio correspondesse, já na avaliação prévia, a um montante mais próximo ao valor real do bem”. E acrescenta que “parece justo que a avaliação se faça pela perícia do juízo, independentemente da realizada pelo expropriante” (2015, p. 882).

Sobre a possibilidade de levantamento parcial do depósito prévio, lembra CARVALHO FILHO que “embora o depósito judicial efetuado pelo expropriante no caso de imissão liminar na posse tenha caráter provisório, o expropriado sofreria grande injustiça se, além de ter perdido a posse do bem, ainda tivesse que aguardar o desfecho do processo para receber a indenização” (2013, p. 883). Diante disso, diz ele:

Para enfrentar essa situação, a lei admite que o expropriado requeira ao juiz o levantamento parcial do depósito prévio feito pelo expropriante, equivalente a até 80% da importância depositada (art. 33, § 2º, Decreto-lei nº 3.365). O direito ao levantamento independe da concordância do expropriado quanto ao valor oferecido ou depositado. Assim, pode exercer seu direito sem prejuízo de sua discordância quanto àqueles valores e sem que haja repercussão sobre a marcha normal do processo, prosseguindo este normalmente até a prolação da sentença definidora da indenização definitiva (2015, p. 883).

Mas, para levantar o depósito, há imposições ao expropriado, como o dever de provar a sua propriedade e de apresentar a certidão ou prova equivalente de quitação de dívidas fiscais que incidam sobre o bem objeto da desapropriação e providenciar junto ao cartório a publicação de editais, com prazo de dez dias, para conhecimento de terceiros (CARVALHO FILHO, 2015, p. 883).

6.5.7.7 Direito de extensão

É o que assiste ao proprietário de exigir que na desapropriação seja incluída a parte restante do bem expropriado, que se tornou inútil ou de difícil utilização.

Esse direito foi estabelecido pelo art. 12, do Decreto Federal nº 4.956/1903. A legislação posterior não se refere a esse direito, mas o dispositivo em tela não contraria esta, ou seja, o DL nº 3.365/1941 e leis subsequentes. Logo, alguns entendem que o citado art. 12, ainda está em vigor.

O expropriado deverá manifestar seu desejo de exercer o direito de extensão, no acordo ou na decisão judicial que fixar a indenização. Se não o fizer, entende-se que renunciou. Mas, para fins de reforma agrária, a Lei 4.504/1964 consignou o direito de extensão (art. 19, § 1º).

6.5.7.8 Desapropriação indireta

É a que ocorre sem observar o procedimento legal. Como diz BANDEIRA DE MELLO, “é a designação dada ao abusivo e irregular apossamento do imóvel particular pelo Poder Público, com sua conseqüente integração no patrimônio público, sem obediência às formalidades e cautelas do procedimento expropriatório” (2015, p. 914). Equipara-se ao esbulho e, assim, entendem alguns, que pode ser obstada por meio de ação possessória.

Mas, se o proprietário não o impedir no momento oportuno, permitindo que a Administração lhe dê uma destinação pública, não mais poderá reivindicar o imóvel, de acordo com o art. 35, do DL 3.365/1941. Para BANDEIRA DE MELLO, uma vez ocorrida a desapropriação indireta, “cabe ao lesado recurso às vias judiciais para ser plenamente indenizado, do mesmo modo que o seria caso o Estado houvesse procedido regularmente” (2015, p. 914).

O prazo para a propositura da competente ação indenizatória é de cinco anos. A esse respeito, observa o autor acima citado:

De acordo com o parágrafo único do art. 10 do Decreto-lei 3.365, parágrafo, este, ostensivamente inconstitucional – pois incluído pela Medida Provisória 1.774-22, de 11.2.1999 (hoje 2.183-56, de 24.8.2001), obviamente expedidas fora dos pressupostos de urgência e relevância, como todas as outras – mas que persistirá no sistema, com o beneplácito do STF, maiormente depois da EC 32: “extingue-se em cinco anos o direito de propor ação que vise à indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público” (2015, p. 914-915).

6.5.7.9 Desvio de finalidade

Dá-se, na desapropriação, quando o bem expropriado para um fim é empregado noutra sem utilidade pública ou interesse social.

w

Vulgarmente, chama-se *tredestinação* (ou *tresdestinação*), isto é, desvio de destinação. Contudo, como a finalidade pública é sempre genérica, deve-se entender que o bem desapropriado para um fim público, como, por ex., para a construção de um mercado municipal, pode ser usado em outro fim público sem que se configure desvio de finalidade, como a construção de uma escola. Configurado, porém, o desvio de finalidade, “ficará o ato expropriatório sujeito a anulação e a retrocessão” (MEIRELLES, 2015, p. 736).

Nos casos de desapropriação de imóveis urbanos por não cumprimento das normas municipais de parcelamento, edificação e utilização do solo, conforme mandamento constitucional, o art. 8º, § 4º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), o Município fica obrigado a efetuar o adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contados a partir de sua incorporação ao patrimônio público. Incorre em improbidade administrativa o prefeito municipal que não efetuar o devido aproveitamento, sem prejuízo de outras sanções.

6.5.7.10 Anulação de desapropriação

A anulação do ato expropriatório é obtida por *ação direta*, nas mesmas condições em que a Justiça invalida os demais atos administrativos ilegais.

O art. 20 do DL 3.365/1941, refere-se a ação direta no sentido amplo, abrangendo as vias judiciais comuns e especiais, inclusive o mandado de segurança, caso a ofensa seja a direito líquido e certo do expropriado, cf. decisão do STF de 18.10.1965.

Importantes as observações de MEIRELLES sobre a possibilidade de anulação por meio da ação popular e sobre a prescrição:

É de advertir-se, ainda, que, se a expropriação se revelar lesiva ao patrimônio público, qualquer cidadão poderá promover sua anulação por meio de ação popular, com a responsabilização civil dos causadores da lesão (Lei 4.717/65, arts. 1º, 2º e 6º).

A ação anulatória da desapropriação, como as demais de natureza pessoal contra a Fazenda Pública, prescreve em cinco anos, mas, se, ajuizada temporaneamente, vier a ser julgada posteriormente à incorporação do bem ao patrimônio do

expropriante, resolve-se em perdas e danos, nos expressos termos do art. 35 do Dec.-lei 3.365/41 (2015, p. 737).

6.5.7.11 Retrocessão

É a obrigação que recai sobre o expropriante de oferecer o bem ao expropriado, mediante a devolução do valor da indenização, quando não lhe der o destino declarado no ato expropriatório (art. 519 do Código Civil).

Por muito tempo, duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais trataram do assunto:

- a primeira defendia a tese de que se trata de um direito real, logo, prevalece a retrocessão (CRETELLA JR., PONTES DE MIRANDA, SEABRA FAGUNDES).

- a segunda aludia a que se trata de direito pessoal (HELY LOPES MEIRELLES, CLÓVIS BEVILACQUA).

Em maior evidência parece que sempre esteve a segunda corrente, com base, inclusive, no citado art. 519 do CC, que se situa na subseção relativa à preempção ou preferência, que é típico do direito obrigacional, resolvendo-se em perdas e danos, pois que, uma vez incorporados ao patrimônio público, os bens não são objeto de reivindicação (art. 35 do DL 3.365/41).

MEIRELLES afirma que a “retrocessão é, pois, uma *obrigação pessoal* de devolver o bem ao expropriado, e não um instituto invalidatório da desapropriação, nem um direito real inerente ao bem. Daí o consequente entendimento de que a retrocessão só é devida ao antigo proprietário, mas não a seus herdeiros, sucessores e cessionários (CC, art. 519)” (2015, p. 738). Lembra, contudo, que o STF entendeu que a retrocessão tem a natureza de *direito real* (RT 620/221).

Para CARVALHO FILHO o “Código vigente manteve a estrutura básica do instituto [que era previsto no art. 1.150 do Código de 1916], embora tenha introduzido alterações que o tornaram mais claro e atual”, como se depreende do art. 519 do CC de 2002. Para ele, “o expropriante passa a ter a obrigação de oferecer ao ex-proprietário o bem desapropriado, reembolsando-se do valor que pagou a este a título de indenização” (2015, p. 920-921). E diz mais:

Em outras palavras: o expropriante devolve o bem, e o expropriado devolve o valor indenizatório devidamente atualizado. Com isso, o expropriado readquire o

bem que lhe havia sido desapropriado. Essa é a fisionomia do instituto da *retrocessão* (2015, p. 921).

DI PIETRO, perfilando-se com outros doutrinadores, inclina-se para uma terceira corrente, que é chamada de *mista*, pois, como visto, concebe que a retrocessão é, ao mesmo tempo, direito pessoal e real, cabendo ao expropriado optar por uma ou outra (indenização ou preempção). Diz ela que essa “terceira corrente era e é a que melhor se coaduna com a proteção ao direito de propriedade” (2015, p. 230).

BANDEIRA DE MELLO, que, antes, figurava na segunda corrente (direito pessoal) não despreza a tese do STF (direito real):

Parece-nos [...] que não se pode negar ao ex-proprietário o direito de reaver o bem nos casos aludidos, e é isto que se constitui na retrocessão propriamente dita, direito de natureza real. De resto, é a orientação jurisprudencial dominante na atualidade (2015, p. 919).

O citado mestre relaciona algumas possibilidades:

- Reconhecer “ao ex-proprietário o direito de recuperar o bem expropriado e não afetado a destino público *não significa que não lhe deva ser oferecido o bem*, tal como previa o art. 1.150 e hoje igualmente resulta do art. 519 c/c o art. 513”.

- Também “não significa que esteja isento da obrigação de pagar perdas e danos, como previa o art. 1.156 e, hoje, prevê o art. 518, caso viole tal dever. Ou seja: o art. 519 (anterior 1.150) tal como o art. 518 (correspondente ao anterior art. 1.156) são disposições válidas, constitucionais. Inconstitucional, isto, sim – o que já é outra coisa –, seria *negar ao ex-proprietário* o direito de retrocessão, isto é, o de reaver o bem, *sub color* de que, violada tal preleção, caber-lhe-ia unicamente direito a perdas e danos” (2015, p. 920-921).

Desta forma, diz ele:

Com efeito, se houver violação do direito de preferência, o expropriado, ao nosso ver, tanto poderá se valer do citado preceptivo, pleiteando perdas e danos, quanto, ao invés disto, optar pela ação de retrocessão, a fim de reaver o bem. O que não poderia, a toda evidência, é pretender simultaneamente o desfrute dos dois direitos, pois o exercício de um exclui o exercício do outro. Há, simplesmente, dois direitos, alternativamente, isto é, excludentemente, postos à disposição do expropriado. Um que lhe advém diretamente da Constituição; outro que lhe foi outorgado pelo Código Civil (2015, p. 921).

Todavia, comentando a posição de DI PIETRO e outros doutrinadores, que ele considera a correta, BANDEIRA DE MELLO adverte:

Entretanto, os doutrinadores em questão, ao terem descortinado com acerto que o ex-proprietário poderia fazer jus, alternativamente, seja à indenização, seja a recuperar o bem, *data vênia*, erroneamente, imaginaram que se estaria em face de um ‘direito de natureza mista’, que ‘a retrocessão é de natureza mista’, que ‘a retrocessão é direito misto’ – pessoal e real. Tal equívoco não foi, entretanto, cometido por Oliveira e Cruz, cuja posição na matéria é toda ela peculiar. O óbvio, entretanto, é que não há direito de natureza mista. Retrocessão é retrocessão: direito *real* – o de reaver o bem. Direito de preferência é direito de preferência: direito *pessoal* – o de que lhe seja oferecido o bem para readquiri-lo, pena de perdas e danos. São simplesmente *dois direitos perfeitamente distintos* e que podem ser alternativamente e excludentemente utilizados (2015, p. 921-922).

De qualquer forma, o prazo para requerer a devida indenização por conta da retrocessão é de cinco anos, por analogia com o prazo de **caducidade** do decreto expropriatório previsto no art. 10 do DL 3.365/1941, como foi visto no caso da indenização pela desapropriação indireta, no **item 6.5.7.8**.

A Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, deu nova redação ao art. 5º do DL 3.365/1941, dizendo, no § 3º, que em casos de desapropriação para implantação de parcelamento popular destinado às classes de menor renda, não se dará outra utilização, nem haverá *retrocessão*.

6.5.7.12 Caducidade

Logo acima, referimo-nos à caducidade, que é “a perda dos efeitos jurídicos de um ato em decorrência de certa situação fática ou jurídica mencionada expressamente em lei”, como diz CARVALHO FILHO (2015, p. 874). Como citado, o prazo previsto no art. 10 do Dec.-lei nº 3.365/1941 para a caducidade do decreto expropriatório é de cinco anos, caso a desapropriação não seja efetivada mediante acordo entre as partes ou decisão judicial. O prazo é contado a partir da data da expedição do decreto. Esse prazo é fixado no caso da declaração de utilidade pública. Porém, no caso de interesse social, o prazo de caducidade é de dois anos, conforme dispõe o art. 3º, Lei nº 4.132/1962.

O art. 10, do Dec.-lei nº 3.365/1941 estatui ainda que ocorrendo a caducidade, por força do lapso temporal de cinco anos, “somente decorrido um ano, poderá ser o mesmo bem objeto de nova declaração”.

6.5.7.13 Desistência

O expropriante pode desistir unilateralmente da desapropriação a qualquer momento, desde que o faça antes da incorporação do bem ao patrimônio público, “ou seja, para o móvel, até a tradição, e, para o imóvel, até o trânsito em julgado da sentença ou o registro do título resultante do acordo” (MEIRELLES, 2015, p. 738).

À desistência não se pode opor o expropriado. Cabe-lhe apenas o direito à indenização, se restar provado que houve danos.

Inclusive, não pode o Judiciário impor a desapropriação, ou seja, consumá-la, se o bem foi devolvido nas condições do estado anterior. Mas, se houve alteração no bem é inadmissível a desistência da desapropriação, como entende MEIRELLES, seguindo jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2015, p. 738).

CARVALHO FILHO, comentando a desistência, diz:

Desse modo, podemos afirmar, juntamente com DIÓGENES GASPARINI, que são quatro os requisitos para a desistência:

- 1) seja ela definida pelo expropriante antes de ultimada a desapropriação;
- 2) ressarcimento pelo expropriante de todos os danos que causou ao expropriado;
- 3) ressarcimento das despesas processuais; e
- 4) devolução do mesmo bem (2015, p. 904).

A desistência de desapropriação, se total, opera-se pela revogação e, se parcial, pela modificação da respectiva declaração expropriatória.

7 ATO ADMINISTRATIVO

7.1 Conceito

7.1.1 Visão doutrinária

Para JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, ato administrativo “é toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa” (2001, p. 193).

Para MEIRELLES é toda “manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administradores ou a si própria” (2015, p. 167).

Na visão de DIOGO DE FIGUEIREDO “é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes” (2003, p. 132).

Para BANDEIRA DE MELLO, após analisar de forma extensa a problemática conceitual, ato administrativo é “a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (2015, p. 394).

LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, por seu turno, diz que “ato administrativo em sentido estrito é a *norma concreta*, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no *exercício da função administrativa*, que *tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas* entre este (o Estado) e o administrado, *suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário*” (2006, p. 174-175).

Bem o faz CARVALHO FILHO ao dizer que:

Não há uniformidade entre os autores quanto a um conceito de ato administrativo, e isso porque o conceito deve atender ao exato perfil do instituto. Consideramos, todavia, que três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de

agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de feitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público (2015, p. 101).

7.1.2 Apreciação: manifestação x declaração de vontade

Como vimos, alguns autores dizem que o ato administrativo é uma *declaração*, enquanto outros preferem vê-lo como uma *manifestação*. Existe diferença?

Sobre a comparação, REGIS FERNANDES OLIVEIRA preleciona:

Os fatos podem passar a existir de uma declaração, que compreende não apenas os atos de vontade, mas também os de conhecimento (certificação de um nascimento), juízo ou opinião sobre determinada situação (certificado de boa conduta). Ao se falar em declaração, acompanha-se Agustín A. Gordillo, quando afirma que ‘con decir declaración es suficiente, si se toma al término en el sentido de exteriorización del pensamiento; de extrinsecación de un proceso intelectual, comprendiendo tanto el caso de volición (voluntad – dirigida a un fin) como el de cognición (conocimiento – atestación o certificación) y opinión y juicio’.

Falando-se em declaração quer-se englobar todos os atos, não apenas os de mera manifestação da vontade, mas também os que emitem conhecimento, juízo ou opinião. No entanto, deixa-se claro que a declaração é intelectual, o que, por si só, exclui os fatos ou operações meramente materiais de qualquer inclusão no conceito de ato administrativo. Incluem-se, aqui, os chamados atos tácitos, quando a lei atribui ao silêncio, por si só, alguma consequência jurídica. O efeito decorre, então, de força legal (2001, p. 46).

No mesmo caminho de FERNANDES DE OLIVEIRA, anda, dentre outros, DI PIETRO, quando diz que em se conceituando o ato administrativo como **manifestação de vontade**, “ficam excluídos os atos que encerram **opinião, juízo ou conhecimento**”. E que, produzindo “efeitos imediatos, ficam excluídos os atos normativos do Poder Executivo, como os regulamentos” (2015, p. 237-238).

DI PIETRO vai além, ao dizer que o ato administrativo “constitui **declaração do Estado** ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em **declaração** do que em **manifestação**, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em **Estado**, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos” (2015, p. 238).

Os juristas espanhóis EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ dizem do ato administrativo:

Ato administrativo seria assim a declaração de vontade, de juízo, de conhecimento ou de desejo realizada pela Administração no exercício de uma competência administrativa distinta da regulamentar (2014, p. 548).

7.2 Requisitos

Os autores discordam quanto ao número e quanto à identificação dos requisitos do ato administrativo. Há discordâncias terminológicas ou de desdobramento de requisitos, que se acham englobados por outros autores.

Há, ainda, quem faça distinção entre *elementos* e *pressupostos* do ato administrativo. Para BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, sem aqueles (elementos) não há ato jurídico algum, administrativo ou não: e “sem os pressupostos de validade não há ato administrativo válido” (2015, p. 401).

No seu magistério são elementos do ato o *conteúdo* (designado, por muitos, como objeto) e a *forma*. São pressupostos: 1) de existência: objeto e pertinência à função administrativa; 2) de validade: sujeito (pressuposto subjetivo), motivo (pressuposto objetivo), requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), finalidade (pressuposto teleológico), causa (pressuposto lógico) e formalização (pressuposto formalístico).

Acerca dos requisitos preferimos trabalhar com a sequência exposta por MEIRELLES e por outros autores, respeitando, todavia, o pensamento, sempre esmerado, de BANDEIRA DE MELLO, com o qual também trabalhamos neste tema, como a seguir se verá.

Seja-nos permitida, entretanto, uma breve análise sobre o *sujeito*. Este “é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 399). Vários autores não se referem a este requisito. O próprio autor mencionado explica a causa disto:

Evidentemente, quem produz um dado ser não se confunde nem total nem parcialmente com o ser produzido; logo, não pode ser designado, com propriedade, como elemento dele. Verifica-se, pois, que o sujeito é exterior ao ato (2015, p. 404).

7.2.1 Competência

Para alguns (os que não citam o sujeito) é a primeira condição para a validade do ato administrativo. O agente público não poderá praticá-lo sem

que a lei lhe outorgue poderes para tal. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Invalida-se o ato que emana de agente incompetente, ou que é praticado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de praticá-lo, posto lhe que falta o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

Ensina o professor CAIO TÁCITO que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito” (*Apud* MEIRELLES, 2015, p. 169).

Para CARVALHO FILHO:

O elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da *capacidade* no direito privado. Capacidade, como não desconhecemos, é a idoneidade de atribuir-se a alguém a titularidade de relações jurídicas. No direito público há um *plus* em relação ao direito privado: naquele se exige que, além das condições normais necessárias à capacidade, atue o sujeito da vontade *dentro da esfera que a lei traçou*. Como o Estado possui, pessoa jurídica que é, as condições normais de capacidade, fica a necessidade de averiguar a condição específica, vale dizer, a competência administrativa de seu agente (2015, 107).

Para este autor, a definição da competência “decorre dos critérios em razão da matéria, da hierarquia, do lugar e do tempo”. A *matéria* diz respeito à “especificidade da função para sua melhor execução”; no que concerne à *hierarquia*, leva-se em conta “a atribuição de funções mais complexas ou de maior responsabilidade aos agentes situados em plano hierárquico mais elevado”; *lugar* refere-se à “necessidade de descentralização territorial das atividades administrativas”; e o critério *tempo*, volta-se, por exemplo, para “ocasiões de calamidades públicas” (2015, p. 108-109).

7.2.2 Finalidade

Por esse requisito, o ato administrativo deve ser praticado unicamente para um fim de interesse público. O Direito Público não admite ato administrativo sem finalidade ou desviado de sua finalidade, sob pena de nulidade.

A alteração da finalidade estatuída na lei ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder.

7.2.3 Forma

É o revestimento exteriorizador do ato administrativo. Em princípio, todo ato administrativo é formal. A inexistência da forma induz à inexistência do ato administrativo.

A forma normal do ato administrativo é escrita, embora existam atos consubstanciados em atos verbais e até mesmo em sinais convencionais (ordens de superiores para subalternos hierárquicos, determinações de polícia em casos de urgência e sinalização de trânsito).

A revogação ou a modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, pois que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação, quanto para seu desfazimento.

Distingue-se forma (revestimento material do ato) de procedimento (conjunto de operações para sua perfeição).

7.2.4 Motivo (ou causa, na visão de alguns)

É a situação de direito, ou fática, que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.

O motivo pode ser vinculado, caso venha expresso em lei. Dessa forma, ao praticar o ato, fica o agente na obrigação de justificar a existência do motivo sem o qual o ato será inválido ou invalidável por ausência de motivação.

Mas, quando o motivo não for exigido para a perfeição do ato administrativo, fica o administrador com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação.

Há, na doutrina, uma divergência acerca de motivo e motivação. É preciso elucidar a questão. Como diz CARVALHO FILHO, motivo “é a situação de fato (alguns denominam de “circunstâncias de fato”) por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração”. E motivação, ele justifica, citando outros autores, “é a justificativa do pronunciamento tomado”, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato”. E ele conclui: “Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade” (2015, p. 114-115).

7.2.5.1 Teoria dos motivos determinantes

Quando se fala acerca dos motivos e da motivação dos atos administrativos, deve-se lembrar da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual “os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 412).

No mesmo tom, CARVALHO FILHO preleciona que “desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade” (2015, p. 119).

Logo, invocar motivos de fato que não sejam verdadeiros, inexistentes ou qualificados de forma incorreta acabará por viciar o ato, ainda que a lei não haja estabelecido, previamente, os motivos ensejadores da prática do ato. Se o agente, na edição do ato, enuncia os motivos, mesmo quando a lei não impôs expressamente a obrigação de enunciá-los, “o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 412). Ex: se, na exoneração de agente público ocupante de cargo em comissão, de livre nomeação e exoneração, como é sabido, consta como motivação do ato a prática de algo que desabone a conduta funcional do mesmo, isto deverá restar provado, sob pena de invalidação de tal ato, mesmo sabendo que a lei não exige motivação para a exoneração, nesse caso.

7.2.5 Conteúdo

É o que “o ato dispõe, isto é, decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica”. Em última instância, “é o próprio ato, em sua essência”, como diz BANDEIRA DE MELLO. Alerta o autor que “ato cujo conteúdo seja ilícito evidentemente é inválido, ensejando a decretação de sua nulidade” (2015, p. 3401-402).

Alguns o chamam de *objeto*. Outros, como o próprio BANDEIRA DE MELLO, preferem a denominação *conteúdo*, sob a alegação de que, segundo ensinamento de ZANOBINI, “o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é, esta sim, o objeto do ato” (2015, 402). GASPARINI também considera que objeto “é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo” (2009, p. 68). Sob esse ponto de vista, um ato administrativo que abona as faltas de servidores, verificada em razão de

uma greve dessa categoria, tem por *conteúdo* eliminar as faltas e por *objeto* as faltas ocorridas.

7.3 Perfeição e eficácia

7.3.1 Perfeição

Ocorre a perfeição do ato administrativo quando o mesmo é tido como completo ou formado, isto é, quando nada lhe falta do ponto de vista material: motivo, conteúdo, finalidade, forma, competência e assinatura de quem a tem para expedi-lo. Daí pode-se deduzir que perfeição não se confunde com a validade nem com eficácia. É, contudo, pressuposto de ambas.

Perfeição ↔ existência

7.3.2 Validade

O ato é válido quando editado na conformidade da lei, ou seja, “quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica”. Assim, “validade [...] é a adequação do ato às exigências normativas”, como diz BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 395).

Válido, pois, é o ato concreto ou abstrato adequado ao que prescreve a ordem jurídica. Por outro lado, inválido é o ato que colide com o ordenamento jurídico, que com ele não se conforma ou não é compatível.

Validade ↔ adequação à lei

7.3.3 Eficácia

É eficaz o ato que está pronto para a produção dos efeitos próprios, ou seja, é o ato cujos efeitos estão disponíveis de imediato. Sua disponibilidade não depende de eventos futuros, certos ou incertos.

Por seu turno, ineficaz é o ato que aguarda a ocorrência de um termo (dia certo em que começa ou se extingue a eficácia de um ato jurídico. Ex: a permissão de uso vigorará a partir de tal data). Também ineficaz é o ato que depende de uma condição (evento futuro e incerto a que se subordina a eficácia de um ato jurídico. Ex: a permissão de uso será outorgada assim que o terreno for devolvido pelo atual usuário).

Eficácia ↔ produção dos efeitos

7.4 Distinção entre vigência e eficácia

Não se confundem essas duas qualidades do ato administrativo. A vigência exprime o período de permanência do ato no ordenamento jurídico. É a dimensão temporal do ato. A eficácia é a prontidão para produzir efeitos.

7.5 Efeitos do ato administrativo

Efeitos são os resultados jurídicos que o ato pode proporcionar. Podem ser:

I – Próprios ou típicos: são os efeitos para os quais o ato se preordena ou para que se destina. São os buscados pelo ato; em suma, a sua razão de ser. Ex: o efeito do ato de permissão de serviços é investir alguém (o permissionário) na condição de prestador de um serviço de responsabilidade do Estado.

II – Impróprios ou atípicos: são os que ocorrem sem que o ato para isso estivesse preordenado ou destinado. Não são buscados ou queridos pelo ato administrativo, nem constituem sua razão de ser. Derivam do objeto do ato administrativo. Ex: a permissão para agentes públicos ingressarem no bem expropriado, para proceder a um levantamento da área, em decorrência da declaração de utilidade pública.

7.6 Atributos do ato administrativo

Os atributos do ato administrativo são próprios destes, não se encontram, pois, nos atos praticados pela Administração Pública, que são regidos pelo Direito Privado, salvo se o ordenamento jurídico o permitir. Tradicionalmente, três são os atributos encontrados na doutrina para o ato administrativo, e que são os três primeiros que se seguem. Alguns autores, porém, citam um quarto atributo (exigibilidade), e outros citam até mesmo um quinto (tipicidade).

7.6.1 Presunção de legitimidade e veracidade

É a qualidade que tem todo e qualquer ato administrativo de ser tido como *válido* em face do Direito e *verdadeiro*. Trata-se de presunção *juris tantum* de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade. Logo, admite prova em contrário.

NOHARA esclarece:

Enquanto a legitimidade ou legalidade diz respeito à conformidade dos atos com os dispositivos legais, a veracidade refere-se às razões fáticas ou ao conjunto de circunstâncias ou eventos afirmados pela Administração (2011, p. 176).

Mas é preciso atentar para o fato de que nem todo ato administrativo é praticado dentro da legalidade. Deveria sê-lo, claro. Essa circunstância, todavia, não invalida o princípio.

7.6.2 Imperatividade

É a qualidade que têm os atos administrativos de constituírem situações de observância obrigatória em relação aos quais eles se destinam, sem precisar da respectiva concordância. O Poder Público não poderia ficar submetido ao talante do administrado, do indivíduo, quando está em jogo o interesse público, que é que faz o ato administrativo ser cogente.

Esse atributo faz com que o ato se imponha aos seus destinatários, mesmo contrariando os interesses pessoais destes. Ex: ato que institui servidão administrativa ou que institui mão única no trânsito, em determinada via. Há, contudo, atos despossuídos de caráter coercitivo, como se dá com os “atos de consentimento (permissões, autorizações), em que ao lado do interesse público de todo ato há também o interesse privado”, como lembra CARVALHO FILHO. Porém ele adverte: “Entretanto, ainda neles se pode descobrir um resquício de imperatividade, ao menos no que toca à obrigação do beneficiário de se conduzir exatamente dentro dos limites que lhe foram traçados” (2015, p. 123).

7.6.3 Exigibilidade

É a qualidade do ato administrativo que impele o destinatário à obediência das obrigações por ele impostas, sem necessidade de qualquer apoio judicial. Ex: determinação para que o proprietário de um imóvel construa o muro no alinhamento da rua. Se o muro não for alinhado, pode a Administração tomar as providências cabíveis, na forma da lei, tal como aplicar multa ao desobediente, sem necessitar do prévio reconhecimento desse direito por parte do Poder Judiciário.

7.6.4 Autoexecutoriedade (ou executoriedade)

É a qualidade do ato administrativo que permite à Administração, direta e imediatamente, executá-lo. Se o ato é portador desse atributo, a Administração não necessita recorrer ao Judiciário para garantir-lhe a

execução. Ex: ato que determina a destruição de alimentos impróprios para o consumo.

Só são autoexecutórios os atos que impõem obrigações, não os atos que criam direitos, como, aliás, foi visto no **item 1.1.1**. São exemplos de atos administrativos que criam direitos as licenças, as permissões, as autorizações etc. Estes não têm força coercitiva.

7.6.5 Tipicidade

Diz respeito ao fato de que o ato administrativo deve corresponder a figuras estabelecidas em lei, e, assim, previamente preparadas para produzir certos efeitos.

NOHARA afirma:

A tipicidade dos atos administrativos é decorrência direta da legalidade administrativa, segundo a qual a Administração só pode fazer o que a lei permite. Como o Poder Público desenvolve suas funções mediante a prática de atos administrativos, estes devem ser típicos e não inominados para que o particular não seja pego de surpresa com a edição de atos cujos efeitos ele desconheça e que, portanto, provoquem perplexidade (2011, p. 180).

7.7 Classificação dos atos administrativos

Inúmeras são as classificações adotadas pelos doutrinadores para os atos administrativos. Adota-se, aqui, sem desmerecer as demais classificações, a utilizada por GASPARINI (2009, p. 77-83), que se assemelha à classificação adotada por BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 430-438), com a colaboração de CARVALHO FILHO (2015, p. 130 e ss).

7.7.1 Quanto aos destinatários

I – Gerais: também chamados de atos normativos, prestam-se para reger uma quantidade indeterminada de pessoas que se acham na mesma situação jurídica, como se dá com os regulamentos, com as instruções normativas etc.

II – Individuais: são também denominados atos concretos, que são os preordenados a reger situações jurídicas concretas, ou seja, têm destinatários individualizados, ainda que de forma coletiva, como é o caso de uma licença para construir, um decreto expropriatório etc. Como bem salienta CARVALHO FILHO, “ao contrário dos atos normativos, podem eles ser impugnados diretamente pelos interessados quanto à legalidade, quer na via administrativa, quer através da via judicial” (2015, p. 130).

7.7.2 Quanto às prerrogativas

I – De império: são os caracterizados pelo poder de coerção como decorrência do poder de império (*ius imperii*) do Poder Público, independente da vontade dos administrados para a sua efetivação, a exemplo dos atos de polícia (que serão estudados em Direito Administrativo II, como a apreensão de bens, embargo de obras irregulares), os decretos regulamentares etc.

II – De gestão: são aqueles em que a atuação do Estado na gestão da coisa pública se desenvolve no mesmo molde jurídico dos particulares, como ocorre nos contratos para a aquisição ou alienações de bens. Diz CARVALHO FILHO:

Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas, não dispondo o Estado da garantia da unilateralidade que caracteriza sua atuação (2015, p. 131).

7.7.3 Quanto à natureza da atividade administrativa

I – De administração ativa: são os atos que criam uma utilidade pública, pois interessam mais ao proprietário ou ao permissionário, individualmente considerados, como nestes exemplos: licença para construir, permissão de uso etc.

II – De administração consultiva: são os atos que informam, esclarecem ou sugerem providências necessárias à prática dos atos administrativos. Ex: pareceres jurídicos, laudos técnicos.

III – De administração controladora: são os atos que impedem ou permitem a produção de atos de administração ativa, a exemplo dos atos de autorização. Prestam-se ao exame de legalidade e de mérito do ato de administração ativa.

Podem ser:

a) Prévios: quando indispensáveis à produção do ato; este não vai ocorrer enquanto não ocorrer o ato de controle. Ex: Para a realização da despesa pública é preciso empenhá-la previamente, conforme art. 60 da Lei nº 4.320/1964.

b) Posteriores: quando praticados após a edição do ato de administração ativa para lhes dar eficácia. Ex: homologação de uma licitação, de acordo com o art. 43, VI, da Lei nº 8.666/1993.

IV – De administração verificadora: são os atos que apuram a existência de uma situação de fato ou de direito. Ex: o ato que verifica se um prédio oferece ou não segurança a fim de ser utilizado.

V – De administração contenciosa: são os atos que decidem, na órbita da Administração, os assuntos de natureza litigiosa, como, por exemplo, o ato de punição. Tais atos, embora decidam uma contenda, não fazem coisa julgada, pois podem ser revistos pela Justiça.

7.7.4 Quanto à natureza do conteúdo

I – Concretos: atendem a um único e específico caso. Ex: exoneração de servidor, declaração de utilidade pública para fins de expropriação.

II – Abstratos ou normativos: são usados para casos que possam se repetir. Ex: os regulamentos em geral.

7.7.5 Quanto aos destinatários do ato

I – Individuais: têm destinatários certos, que são nominados no ato. Dividem-se em:

a) Singulares: quando o destinatário é um só. Ex: ato de nomeação de um servidor.

b) Plurais: quando são vários os destinatários. Ex: ato de classificação de aprovados em concurso público.

II – Gerais: destinam-se a um grupo de pessoas inominadas, ligadas por uma mesma situação. Ex: ato que concede férias coletivas a servidores, ato que determina a dissolução de uma passeata.

7.7.6 Quanto ao grau de liberdade da Administração para decidir

Uma das distinções que sempre se deve fazer entre os atos administrativos é a que os separa em atos vinculados e discricionários. Aliás, adverte BANDEIRA DE MELLO que “a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato voluntário) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos” (2015, p. 438).

I – Vinculados: são vinculados os atos em que, “por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de

objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 438). Em outras palavras, são os que a lei estabelece os requisitos e as condições de sua realização; a Administração os realiza sem qualquer margem de liberdade. Ex: os que concedem aposentadoria, os que outorgam licença para construir etc.

II – Discricionários: são aqueles que “a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade [mérito] formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 438). Ex: permissão de uso de bem público.

É preciso lembrar que a discricionariedade é tida como liberdade dentro da lei, nos estritos limites legais, daí não se confundir discricionariedade com arbitrariedade.

7.7.6.1 Diferença básica entre atos vinculados e discricionários

Em princípio, deve-se lembrar da lição de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, quando diz que os “atos administrativos são todos, quer vinculados, quer discricionários, atos jurídicos, atos legais, portanto, debaixo estritamente da lei e que perseguem finalidades por esta traçadas” (2006, p. 214-215).

A diferença fundamental entre atos vinculados e discricionários repousa no fato de que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma para a sua expedição. Isso ocorre por que a lei já regulou de forma antecipada, em todos os seus aspectos, o comportamento a ser adotado. Ao passo que, nos segundos, a norma legal deixa ao administrador certa margem de liberdade para a tomada de decisão por conta das circunstâncias concretas do caso, notadamente considerando-se os critérios de oportunidade e conveniência, cabendo-lhe avaliar e decidir “quanto ao melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 439).

LÚCIA FIGUEIREDO aponta o que, no seu entendimento, aparta uns dos outros:

Normalmente diz-se que os atos vinculados são praticados quando esteja o administrador diante de conceitos unissignificativos, de conceitos teóricos, como os denomina [Afonso Rodrigues] Queiró, ou de conceitos determinados, como os designa [Eduardo García de] Enterría – enfim, diante de conceitos que admitem solução única. Estes seriam os atos vinculados, consoante nomenclatura comum da doutrina.

Doutra parte, afirmam-se discricionários os atos em que o administrador tem opções indiferentes, pois se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal (2006, p. 215).

Há de observar-se que parte significativa da doutrina afirma que não há ato propriamente discricionário, “mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”. Afinal, o ato há de ser sempre vinculado quanto ao fim e à competência, no mínimo. BANDEIRA DE MELLO, contudo, entende que, ao contrário da doutrina majoritária brasileira e estrangeira, “pode haver certa discricionariedade quanto ao fim”. E arremata:

Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário.

Não é assim, todavia, reafirme-se, que a doutrina e a jurisprudência nacionais, seguindo os passos da doutrina e jurisprudência estrangeiras, consideram a matéria (2015, p. 439).

7.7.7 Quanto aos efeitos

I – Constitutivos: são os que implantam uma nova situação jurídica, ou modificam ou extinguem a situação existente. Ex: ato que outorga a permissão de um serviço público (situação nova, ou seja, cria o direito), a alteração do local da permissão de uso (modificação) e, por fim, a demissão do servidor (extingue o direito ao cargo público).

II – Declaratórios: afirmam a existência ou não de uma situação de fato ou de direito. Ex: ato que *certifica* a alteração havida na designação de uma rua (os Correios, por exemplo, pedem às Prefeituras) ou *declara* seguro ou inseguro um edifício.

7.7.8 Quanto à abrangência dos efeitos

I – Internos: destinam-se a produzir efeitos no interior das repartições públicas. Ex: instruções normativas, dirigidas aos servidores.

II – Externos: são os que produzem efeitos além do interior das repartições, alcançando terceiros. Ex: ocupação, pelo Estado, de bem particular, na forma da CF; naturalização de estrangeiros.

7.7.9 Quanto à composição da vontade

I – Simples: são os oriundos da manifestação jurídica de um único órgão. Ex: licença para edificar, expedida pelo órgão competente. Tais atos desdobram-se em:

a) Singulares: os que provêm de um único agente, como a nomeação de um servidor feita pela autoridade com poderes para tal.

b) Colegiais: os que emanam do concurso de vontades unificadas de um mesmo órgão e no exercício da mesma função. Ex: atos emanados de comissões, conselhos etc.

II – Complexos: são os atos resultantes da conjugação de vontades de órgãos diversos. Ex: nomeação, pelo governador, do Procurador Geral de Justiça, indicado pelo Colegiado dos Procuradores, em lista tríplice, quando o indicar a Constituição, ou a nomeação dos reitores das Universidades Federais, que, primeiro, são votados pela comunidade universitária.

7.7.9.1 Ato administrativo composto

No **item 7.7** está dito que adotamos a classificação de GASPARINI, “que se assemelha à classificação adotada por BANDEIRA DE MELLO”. No **item 7.7.9**, quanto à composição da vontade, os atos classificados por GASPARINI (2009, p. 81-82) são: simples (singulares e colegiais) e complexos. Ele não se refere aos **atos compostos**. Provavelmente porque os considera abrangidos pelos atos complexos ou porque há certa discrepância de entendimento doutrinário em relação aos **atos compostos**.

BANDEIRA DE MELLO também não se refere aos atos compostos. Quanto à composição da vontade, ele os classifica em simples (singulares e colegiais) e complexos (2015, p. 435-436), a exemplo de GASPARINI.

Para HELY LOPES MEIRELLES:

Ato composto é o que resulta da vontade única de *um órgão*, mas depende da *verificação por parte de outro*, para se tornar exequível. Exemplo: uma *autorização* que dependa do *visto* de uma autoridade superior. Em tal caso a *autorização* é o ato principal e o *visto* é o complementar que lhe dá exequibilidade. O *ato composto* distingue-se do *ato complexo* porque este só se forma com a conjugação de vontades de órgãos diversos, ao passo que aquele é formado pela vontade única de um órgão, sendo apenas ratificado por outra autoridade [diga-se do mesmo órgão]. Essa distinção é essencial para se fixar o momento da formação do ato e saber-se quando se torna operante e impugnável (2015, p. 191).

Para SYLVIA DI PIETRO:

Ato composto “é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar **um só ato**, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser **pressuposto** ou complementar daquele. Exemplo: a nomeação do Procurador Geral da República depende da prévia aprovação pelo Senado (art. 128, § 1º, da Constituição); a nomeação é o ato principal, sendo a aprovação prévia o ato acessório, **pressuposto** do ato principal. A dispensa de licitação, em determinadas hipóteses, depende de homologação pela autoridade superior para produzir efeitos; a homologação é ato acessório, complementar do principal (2015, p. 268).

Por fim, ela diz:

Os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos (2015, p. 268).

Veja-se que há um entendimento ligeiramente diferente de MEIRELLES para DI PIETRO. Para aquele, o ato composto resulta da **vontade única de um órgão**, mas **depende de verificação por parte de outro**; para esta, resulta da **manifestação de dois ou mais órgãos**. Nesse sentido, diz IRENE PATRÍCIA NOHARA, que, primeiro, assim define os atos compostos: “onde a vontade de um órgão é instrumental em relação à vontade de outro, ou seja, onde há duas vontades: uma que edita o ato principal e outra acessória, que é pressuposto ou complemento da vontade principal, em definição fornecida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro”:

Note-se, contudo, que a definição de Hely Lopes Meirelles acerca dos atos administrativos complexos e compostos é um ponto diferente da de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pois, para Meirelles, o ato composto é formado pela vontade (única) de **um órgão**, sendo *ratificado* por outra autoridade superior para se tornar exequível, caso em que a autorização é ato principal e o visto é complementar e lhe dá *exequibilidade*; já o ato complexo seria, na visão do autor, o resultado da conjugação de vontades de **órgãos diferentes**, sendo, com base nesta última classificação, que o concurso da AGU de 1998 considerou ato complexo a “nomeação de ministro do STJ, sujeita a lista tríplice e aprovação pelo Senado Federal, contando assim com a participação de órgãos independentes entre si”, pois se tratam de órgãos independentes (2011, p. 185).

Para CARVALHO FILHO, os “atos compostos não se compõem de vontades autônomas, embora múltiplas. Há, na verdade, uma só vontade autônoma, ou seja, de conteúdo próprio. Exemplo: um ato de autorização sujeito a outro ato confirmatório, um visto” (2015, p. 132).

Adiante, diz o CARVALHO FILHO:

Em nosso entender, as noções de ato complexo e composto deveriam merecer novo enfoque analítico. O importante nessa análise deve ser a distinção entre a *vontade final* e as *vontades- meio* (2015, p. 132).

É preciso ter muito **CUIDADO** nos concursos públicos.

Embora não seja fácil apontar o caminho a ser seguido pelo candidato a fim de decidir, em uma questão objetiva de concurso público, se o ato é **complexo** ou **composto**, é possível apresentar uma linha de raciocínio a partir dessa divergência doutrinária: a definição de ato administrativo adotada pela questão de concurso deve seguir uma das duas linhas de raciocínio: quantidade de atos editados ou relação de dependência nas vontades dos órgãos.

Assim:

1. Quantidade de atos:

1.1 Dois atos atrelados (principal e acessório): ato composto.

1.2 Dois ou mais atos independentes: ato complexo.

2. Vontades dos órgãos:

2.1 Atos dependentes (um deles só ratifica o anterior): ato composto.

7.8 Espécies de atos administrativos

Segundo MEIRELLES, é de utilidade enquadrar os atos administrativos pelos “caracteres comuns que os assemelham e pelos traços individuais que os distinguem, nas espécies correspondentes, segundo o fim imediato a que se destinam e o objeto que encerram” (2015, p. 196-217).

7.8.1 Atos normativos.

São aqueles que contêm um comando geral do executivo, com vista à correta aplicação da lei. O seu objetivo é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados.

I – Decretos: restritivamente, são atos administrativos da competência exclusiva dos chefes do Poder Executivo. São destinados a prover situações gerais ou individuais, previstas de modo expresso, explícito ou implícito, pela legislação. Podem ser:

a) Decreto independente ou autônomo: é o que dispõe sobre matéria ainda não regradada especificamente em lei. Tal decreto não substitui a lei definitivamente, mas apenas supre a sua ausência, naquilo que o ato do Executivo pode prover, até que a lei o faça. Alguns autores, contudo, não o aceitam, ao menos entre nós. Vide item 5.4.5.

b) Decreto regulamentar ou de execução: é aquele que visa a explicar a lei e facilitar sua execução, conferindo clareza aos seus mandamentos e orientando sua aplicação. Para alguns, se a lei regulamentada for revogada, o decreto regulamentar continua em vigor, desde que a nova lei contenha a mesma matéria regulamentada.

II – Regulamentos: são atos administrativos postos em vigor por decreto, a fim de especificar os mandamentos da lei ou prover situações pendentes de disciplina legal. São características do regulamento: ato administrativo, e não legislativo; ato explicativo ou supletivo da lei; ato hierarquicamente inferior à lei; ato de eficácia externa.

III – Instruções normativas: atos administrativos expedidos pelos Ministros de Estado ou pelos secretários (nos Estados, DF e Municípios) para a execução das leis, decretos e regulamentos, na forma do art. 87, p. único, II da CF. Outros órgãos superiores ou entidades administrativas também fazem uso de tais atos para o mesmo fim.

IV – Regimentos: atos de atuação interna que se destinam a reger a atuação de órgãos colegiados e de corporações legislativas. Os regimentos emanam do poder hierárquico do Executivo, ou da capacidade de auto-organização das corporações legislativas e judiciárias.

V – Resoluções: atos expedidos pelas altas autoridades do Executivo (excetuando o Chefe desse Poder) ou pelos presidentes de tribunais, órgãos legislativos e colegiados administrativos, para disciplinar matéria de sua competência específica. Seus efeitos podem ser internos ou externos, conforme seja o campo de atuação da norma ou os destinatários da providência concreta.

Para CARVALHO FILHO as resoluções “são típicos atos administrativos, tendo, portanto, *natureza derivada*; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam subordinadas”. E lembra, como, aliás, foi dito em IED I, quando, em fontes do Direito, falamos do processo legislativo, no item relativo às resoluções emanadas do Poder Legislativo, que essas resoluções ora estudadas “não se

confundem com as resoluções previstas no texto constitucional, como é o caso das relacionadas no art. 59, VII, que integram o processo legislativo” (2015, p. 137-138).

VI – Deliberações: atos emanados de órgãos colegiados. Se normativos, são atos gerais; se decisórios, são atos individuais. Ex: deliberações sobre pedidos de equivalência de disciplinas. As deliberações devem obedecer aos regulamentos e aos regimentos. Quando expedidas na forma das normas superiores, são vinculantes para a Administração e podem gerar direitos subjetivos para os seus destinatários.

7.8.2 Atos ordinatórios

Visam à disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos endereçados aos servidores públicos com o fim de orientá-los no desempenho de suas atividades. Emanam do poder hierárquico. Podem ser:

I – Instruções: ordens escritas e gerais acerca do modo e forma de execução de determinado serviço público, expedidas pelo superior hierárquico, a fim de orientar os subalternos na execução de suas tarefas legais. São atos de simples ordenamento administrativo interno, não podendo, por conseguinte, contrariar os diplomas jurídicos de hierarquia superior, como a lei, o decreto, o regulamento, o regimento etc.

II – Circulares: são ordens escritas, de caráter uniforme, expedidas a determinados servidores ou agentes incumbidos de determinados serviços. Embora sejam atos de menor generalidade que as instruções, têm o mesmo objetivo destas: o ordenamento dos serviços.

III – Avisos: são atos emanados dos titulares dos Ministérios (e Secretarias estaduais e municipais) a respeito de assuntos referentes aos mesmos órgãos. Prestam-se também para dar notícia ou conhecimento de assuntos relativos à atividade administrativa.

IV – Portarias: são atos internos pelos quais os chefes de órgãos, repartições ou serviços expedem determinações gerais ou especiais a subordinados ou designam servidores para funções ou cargos secundários. Servem também para iniciar sindicâncias e outros procedimentos administrativos.

V – Ordens de serviço: são determinações especiais dirigidas aos responsáveis por obras e serviços, autorizando seu início, ou contendo

imposições administrativas ou, ainda, especificações técnicas sobre o modo e a forma de realizá-los.

VI – Ofícios: são comunicações escritas que as autoridades fazem entre si, entre subalternos e superiores e entre a Administração e os particulares, em caráter oficial.

VII – Despachos: são decisões que as autoridades executivas, legislativas ou judiciárias, em função administrativa, proferem sobre papéis, requerimentos e processos sujeitos à sua apreciação.

7.8.3 Atos negociais

São destinados à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos e vantagens ao interessado. São atos específicos, ou seja, produzem efeitos concretos e individuais para seu destinatário e para a Administração.

O ato negocial geralmente se consubstancia num alvará, num termo ou num mero despacho da autoridade competente, através do qual a Administração defere a pretensão do administrado, fixando as condições de sua fruição.

I – Licença: é o ato pelo qual a Administração faculta ao interessado o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular. Ex: o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio etc.

II – Autorização: ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público autoriza a realização de certa atividade, serviços ou utilização de determinados bens particulares ou públicos. Ex: uso especial de bens públicos, porte de armas, trânsito por determinado local etc.

III – Permissão: é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público faculta ao particular a execução de um serviço de interesse coletivo ou o uso especial de bem público. A permissão de serviço público tem, por força do art. 175, CF, natureza contratual. Mas a permissão de uso, por exemplo, tem natureza negocial (ato).

Pela concessão contrata-se um serviço de utilidade pública; pela autorização consente-se numa atividade ou situação de interesse exclusivo ou predominante do particular; pela permissão faculta-se a realização de uma atividade de interesse concorrente do permitente, do permissionário e do público.

É preciso atentar, contudo, para o que dispõe o art. 175, p. único, inciso I, CF, no que concerne à natureza contratual da permissão de serviços públicos, que contraria a doutrina tradicional.

IV – Aprovação: é o ato qual o Poder Público verifica a legalidade e o mérito de outro ato ou de situações e realizações materiais de seus próprios órgãos, de outras entidades ou de particulares, dependentes de seu controle, consentindo na sua execução ou manutenção.

V – Admissão: é o ato administrativo vinculado pelo qual o Poder Público, verificando a satisfação de todos os requisitos legais por parte do particular, defere determinada situação jurídica, que lhe interessa. Ex: o ingresso dos alunos na UFS, após a provação no vestibular, no ENEM, no SISU etc. Não se confunde com a admissão no emprego ou cargo.

VI – Visto: é o ato que controla outro ato da própria Administração ou do administrado, aferindo sua legalidade formal a fim de conferir exequibilidade. Não se presta para exame de mérito.

VII – Homologação: é o ato de controle pelo qual a autoridade superior examina a legalidade e a conveniência de ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato que depende de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Sendo ato de simples controle, não permite alterações processadas no ato controlado pela autoridade homologante, cuja função, nesse particular, é confirmar ou rejeitar o ato.

VIII – Dispensa: é o ato que exime o particular do cumprimento de determinada obrigação até então exigida por lei. Ex: dispensa da prestação do serviço militar.

IX – Renúncia: renúncia administrativa é o ato pelo qual o Poder Público extingue unilateralmente um crédito ou um direito próprio, liberando em definitivo a pessoa obrigada perante a Administração.

X – Protocolo administrativo: é o ato pelo qual o Poder Público acerta com o particular a realização de determinado empreendimento ou atividade ou a abstenção de determinada conduta, no interesse das partes. Nessa conceituação também está incluído o protocolo de intenção, que antecede o ato ou contrato definitivo.

7.8.4 Atos Enunciativos

São aqueles através dos quais a Administração se limita a certificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre certo assunto, desvinculado do seu enunciado. Ex: os atestados, as certidões, os pareceres administrativos.

I – Certidões: são cópias ou fotocópias fiéis e autenticadas de atos ou fatos constantes de processos, livros ou documentos que se achem nas repartições públicas.

Vide: art. 5º, XXXIV, “b” da CF e Lei 9.051, de 18.05.1995 (sobre o prazo improrrogável de 15 dias, contado do registro do pedido).

II – Atestados: são atos pelos quais a Administração comprova um fato ou situação que é do seu conhecimento. Não se confundem com a certidão, pois esta reproduz atos ou fatos constantes de seus arquivos, ou seja, destina-se a comprovar atos e fatos permanentes, enquanto o atestado serve à comprovação de fatos ou situações que podem se modificar com frequência.

III – Pareceres: são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos que lhe são submetidos. O parecer tem caráter opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares, salvo se aprovado por ato subsequente. Neste caso, o que subsiste já não é mais o parecer, mas, sim, o ato que o aprovou, “que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva”.

Sobre o parecer esclarece MEIRELLES:

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração”, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração (2015, p. 213) .

Em Aracaju podia ser tomado como exemplo o parecer do Conselho Consultivo da SMTT, anterior à deliberação do Conselho de Administração sobre o aumento da tarifa de ônibus ou de táxi. O parecer do Conselho Consultivo podia até mesmo ser contra o aumento da tarifa, mas o aumento poderia vir a ser aprovado pelo Conselho de Administração, que é deliberativo. O que não devia era o Conselho de Administração decidir

sobre o aumento da tarifa sem que antes tivesse se manifestado o Conselho Consultivo.

O parecer pode ser:

a) Normativo: é aquele que, após ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno. É ato individual e concreto (para o caso que o propiciou) ou geral e normativo (para os casos futuros);

b) Técnico: é o que emana de “órgão ou de agente especializado na matéria, não podendo ser contrariado por leigo, ou, mesmo, por superior hierárquico”, como diz MEIRELLES, que acrescenta: “Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica”. Nesse sentido, inclusive, já decidiu o STF (*In Revista de Direito Administrativo* nº 80, p. 136). (2015, p. 214).

IV – Apostilhas: são atos que enunciam ou declaram uma situação anterior criada pela lei, ou seja, a Administração não cria um direito, pois apenas reconhece o direito criado por norma legal. Equivalem às averbações.

7.8.5 Atos punitivos

São os que contêm uma sanção imposta pela Administração aos que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos.

I – Multa administrativa: é a imposição pecuniária imposta ao administrado a título de compensação do dano presumido da infração.

II – Interdição de atividade: é o ato pelo qual a Administração veda a alguém a prática de atos sujeitos ao seu controle ou que incide sobre seus bens.

III – Destruição de coisas: é o ato sumário pelo qual se inutilizam alimentos ou outros objetos imprestáveis ou nocivos ao consumo ou de uso proibido por lei.

7.9 Invalidação dos atos administrativos

A invalidação dos atos administrativos inconvenientes, inoportunos ou ilegítimos pode ser feita tanto pela Administração quanto pelo Poder

Judiciário. A Administração revoga ou anula seus próprios atos, enquanto o Judiciário somente pode anulá-los.

7.9.1 Revogação

É o desfazimento do ato administrativo legítimo e eficaz, por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração. Fundamenta-se a revogação no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna, quando preciso for. Essa faculdade revogadora está implícita na função administrativa.

LÚCIA FIGUEIREDO dá-nos a seguinte conceituação de revogação do ato administrativo:

A revogação é ato administrativo cuja finalidade é a de fazer cessar os efeitos de ato precedente, inoportuno ao atual interesse público. De conseguinte, seus efeitos, serão necessariamente *‘ex nunc’*. Portanto, como ato válido que fora, provocara determinados efeitos não suprimíveis. Tão-somente termina sua aptidão de continuar a produzir efeitos (2006, p. 245).

Em idêntico tom, DI PIETRO lembra que “como a revogação atinge um ato que foi editado em conformidade com a lei, ela não retroage; os seus efeitos se produzem a partir da própria revogação; são efeitos *ex nunc* (a partir de agora)”. E complementa dizendo “que a revogação respeita os efeitos já produzidos pelo ato, precisamente pelo fato de ser válido perante o direito” (2015, p. 295).

Em tese, todos os atos administrativos são revogáveis, inclusive os especiais ou individuais, desde que seus efeitos se revelem inconvenientes ou contrários ao interesse público. MEIRELLES salienta, todavia, que tais atos podem se tornar irrevogáveis “desde a sua origem ou adquirir esse caráter por circunstâncias supervenientes à sua emissão”. Diz ele que “tais são os que geram direitos subjetivos para o destinatário, os que exaurem desde logo os seus efeitos e os que transpõem os prazos de modificá-los ou revogá-los. Ocorrendo qualquer dessas hipóteses, o ato administrativo torna-se irrevogável, como tem entendido pacificamente a jurisprudência” (2015, p. 221-222). Nesse caso, direito subjetivo é aquele caracterizado pela proteção judicial.

Para GASPARINI “são irrevogáveis, dentre outros, os atos administrativos declarados por lei como irrevogáveis [porque há uma expressa vedação legal no que respeita à revogação]; os consumados [posto que esgotados, exauridos; logo, se não mais existem, não há o que revogar: como é o exemplo do ato de apreensão e destruição de alimentos impróprios para o consumo; uma vez destruídos, consumou-se o ato]; os

vinculados [quando a Administração praticou o ato, esgotou sua competência e não há outra solução que possa, perante a lei, ser adotada, como é o caso da licença para construir]; os meros atos administrativos [pois não expressam uma prescrição da Administração pública e seus efeitos têm origem diretamente na lei, a exemplo da certidão, do atestado]; os que criam direito adquirido [porque a CF, no art. 5º, XXXV, os preserva, sendo, assim inatingíveis] e os atos complexos [visto que sendo constituídos pela vontade de mais de um órgão, não podem ser revogados por apenas um deles]”. A extinção dos atos complexos, uma vez constituídos por concurso de vontades, isto é, pela vontade de mais de um órgão, somente poderá ocorrer por meio judicial (2009, p. 108-109).

7.9.1.1 Revogação e indenização

GASPARINI admite, contudo, que “em alguns casos é possível a revogação mediante a indenização, já que o ordenamento nem sempre garante a irrevogabilidade ou imodificabilidade da situação” (2009, p. 109). Mas adverte:

Nesses casos, assegura-se o seu equivalente econômico, podendo a Administração Pública desde logo promover a devida indenização, mas se isso não ocorrer cabe ao prejudicado interpor a competente ação de indenização. Diga-se, por fim, que renomados autores acolhem o entendimento segundo o qual se de todo for necessária a revogação da situação criada por um ato administrativo tido por irrevogável, como é a licença para construir (ato vinculado), cabe à Administração Pública promover a expropriação desse direito. Assim deve ser, dado que a construção, por exemplo, tornou-se incompatível com o interesse público, ensejado pela mudança do ordenamento jurídico. A solução é imaginosa e pode ser juridicamente aceitável em outros sistemas, mas não no nosso, onde os casos de desapropriação são taxativos e não há desapropriação calcada nesse fundamento (mudança do ordenamento). O que se tem visto é o desfazimento do ato ante a ocorrência de fato relevante de interesse público mediante indenização (2009, p. 109).

7.9.1.2 Revogação em outros ramos do Direito

Genericamente falando, a revogação ocorre em todos os ramos do Direito. Ela está presente no Direito Processual Civil, pois pode ser revogada medida liminar, concedida em mandados de segurança ou em processo possessório. Presente também no Direito Civil, uma vez que o doador pode revogar a doação (art. 555, CC); o testador pode revogar o testamento (art. 1.969, CC); o outorgante pode revogar o mandato procuratório (art. 682, I, CC). No exercício da função legisferante também ocorre a revogação de leis inconvenientes ou inoportunas.

7.9.1.3 Outras questões inerentes à revogação

Retornando ao cerne da revogação do ato administrativo, BANDEIRA DE MELLO esclarece que:

- a) o *sujeito ativo* da revogação é uma autoridade no exercício de função administrativa; b) seu *objeto* é um ato ou uma relação jurídica válidos; c) seu *fundamento* é uma competência discricionária para incidir sobre situações reguladas; d) seu *motivo* é a inconveniência ou inoportunidade da manutenção da situação precedente; e) seus *efeitos*, em relação ao disposto anteriormente, são os de extinguir o que fora provido, sem ofender os efeitos passados; f) sua *natureza* é de ato da administração ativa, constitutivo (não apenas declaratório), e expressa um poder positivo; g) seus *limites* são os que resultam destas características [...] (2015, p. 461).

A revogação pode ser *explícita* ou *implícita*. Afirma BANDEIRA DE MELLO que a revogação “é explícita quando a autoridade simplesmente declara revogado o ato anterior. É implícita quando, ao dispor sobre certa situação, emite um ato incompatível com o anterior. Em um e outro caso a revogação pode ser total ou parcial, conforme a amplitude com que afeta a situação precedente” (2015, p. 462).

Por fim, com relação à competência para revogar, DI PIETRO invoca esta pertinente lição de MIGUEL REALE: “só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, tem competência legal para revogá-lo por motivos de oportunidade ou conveniência, competência essa intransferível, a não ser por força de lei, e insuscetível de ser contrastada em seu exercício por outra autoridade administrativa” (2015, p. 296).

Há de atentar-se para a Súmula 473 do STF, tanto no caso da revogação, quanto no da anulação, que diz:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

7.9.1.4 Revogação da revogação e reprivatização

Sobre a revogação do ato administrativo há, ainda, uma velha discussão doutrinária: o ato de revogação pode ser revogado? Para GASPARINI a “resposta é não”. Diz ele que o “ato de revogação é um ato administrativo consumado, e como tal não existe mais. Desfaz-se ao alcançar seu objetivo, revogando o ato administrativo que era seu objeto”. Invoca, para tanto, o § 3º do art. 2º da LINDB. Alguns, contudo, discordam

dessa tese e da aplicação do dispositivo citado aos atos administrativos. “Erro palmar”, sustenta GASPARINI, “pois essa lei aplica-se aos atos administrativos, como a ela se submetem os atos jurídicos em geral, dado ser, entre nós, a lei geral de aplicação das normas jurídicas”. Nesse mesmo sentido, ele cita BANDEIRA DE MELLO e JOSÉ AFONSO DA SILVA (2009, p. 110).

Para os autores que aceitam a tese da revogação da revogação, a mesma “não só é possível como restaura ou repristina o ato revogado, mesmo que a esse respeito nada tenha ficado expresso”. Diz GASPARINI que eles se valem, “para essa afirmação, da seguinte razão: por que revogar o ato revogador senão para restaurar o ato revogado? O argumento, sobre impressionar, é lógico, mas apenas isso. Não é jurídico, não prevalecendo, portanto, contra a lei”. Lembra, todavia, que para “evitar discussão a esse respeito (restaura, não restaura), os atos que revogam atos revogados trazem expressamente a indicação de que estão restaurando tal ou qual ato” (2009, p. 110).

7.9.2 Anulação

É a invalidação do ato administrativo, por motivo de ilegitimidade ou ilegalidade, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Se a Administração reconhecer que praticou ato contrário à ordem jurídica vigente, deve anulá-lo imediatamente, a fim de restabelecer a legalidade administrativa. Caso contrário, poderá o interessado pedir a anulação do ato inválido ou ilegal ao Poder Judiciário.

É de atentar para a seguinte decisão do STF: “Irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro” (*In Revista de Direito Público*, nº 10, p. 159).

MEIRELLES adverte que:

O conceito de ilegalidade ou ilegitimidade, para fins de anulação do ato administrativo, não se restringe somente à violação frontal da lei. Abrange não só a clara infringência do texto legal como, também, o abuso, por excesso ou desvio de poder, ou por relegação dos princípios gerais do Direito, especialmente os princípios do regime jurídico administrativo (2015, p. 224).

Diz, ainda, o citado mestre, que “atualmente, a doutrina sustenta a necessidade de haver um prazo para anulação do ato administrativo”, acrescentando que “pouco a pouco, a jurisprudência vem adotando entendimentos que mantêm atos ilegítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé” (2015, p.

224). Esse entendimento jurisprudencial, diz MEIRELLES, “arrima-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração, até porque [...] a Lei 9.784/1999 manda a Administração observar o princípio da segurança jurídica” (2015, p. 224-225).

7.9.3 Quadro demonstrativo (anulação x revogação)

| Crítérios | Anulação | Revogação |
|------------------------------|--|---|
| Quanto ao motivo | Ocorrência de um ato ilegal | Ocorrência de um ato inoportuno e inconveniente |
| Quanto ao sujeito competente | Administração Pública e Poder Judiciário | Administração Pública |
| Quanto aos efeitos | <i>ex tunc</i> | <i>ex nunc</i> |

Observação: Há quem diga que atos anulados podem operar efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, como é o caso, por exemplo, de BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 497). Por outro lado, os atos administrativos emanados do Poder Judiciário podem, claro, ser revogados por este Poder.

7.10 Suspensão

A suspensão de ato administrativo paralisa sua eficácia provisoriamente. Não há a determinação administrativa de suprimir em definitivo seus efeitos. Esse meio é utilizado pela Administração quando da continuação normal dos efeitos do ato possam advir danos, hipoteticamente, como diz LÚCIA FIGUEIREDO. A citada mestra dá como exemplo o “ato pendente de recurso administrativo ou, até mesmo, sujeito a anulação judicial”. Por outro lado, diz ela, “pode existir ato pendente de recurso administrativo sem efeito suspensivo. Todavia, pode entender a Administração – caso não haja prejuízo a terceiros – que é melhor suspender o ato enquanto se decide o recurso” (2006, p. 246).

7.11 Conversão

Alguns autores, como LÚCIA FIGUEIREDO, aludem à possibilidade da conversão do ato administrativo em outro, quando tal é possível. É dela esta explanação:

A conversão de ato administrativo em outro tem em vista a sobrevivência de determinado ato que, considerada sua tipicidade, seria inválido. Mas este mesmo ato convertido, para o qual o agente teria competência, passa a poder conviver com o ordenamento jurídico. Exemplo típico é o ato de concessão quando seria

apenas possível a permissão, por inexistência de autorização legislativa (2006, p. 247).

7.12 Convalidação (ou saneamento)

Diz CARVALHO FILHO que:

A *convalidação* (também denominada por alguns autores de *aperfeiçoamento* ou *sanatoria*) é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte. Só é admissível o instituto da convalidação para a doutrina dualista, que aceita possam os atos administrativos ser nulos ou anuláveis (2015, p. 166).

Já na lição de BANDEIRA DE MELLO, é “o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos” (2015, p. 486). Retroage, obviamente, à data em que o ato foi praticado, isto é, tem efeito *ex tunc*. O suprimento de que se fala pode decorrer de um ato da Administração ou de um ato do particular que tenha sofrido os efeitos do ato viciado.

A Administração corrige o defeito de seu ato anterior mediante um segundo ato, que haverá de produzir em consonância com o Direito aquilo que fora anteriormente efetuado de forma viciada. O que mais importa é o seu efeito retroativo. Diz BANDEIRA DE MELLO que:

O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado (2015, p. 486).

Só são convalidáveis os atos que podem ser legitimamente produzidos. Nesse sentido, por exemplo, diz LÚCIA FIGUEIREDO que “não se convalidam atos se praticados por autoridade totalmente incompetente, vênua devida aos que pensam em sentido contrário” (2006, p. 247).

Por outro lado, se o ato já foi impugnado, administrativa ou judicialmente, não pode ser convalidado pela Administração, pois, se esta pudesse fazê-lo, diz BANDEIRA DE MELLO, “seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica” (2015, p. 486). O mesmo autor cita, contudo, uma exceção, que é o caso “da ‘motivação’ de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato”, porque, nesse caso, “a demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação”. E conclui: “Deveras, em tal caso, a providência tomada *ex vi legis* não poderia ser outra” (2015, p. 486).

Não se deve desprezar esta outra lição do autor anteriormente citado:

A convalidação pode provir de um ato do particular afetado. Ocorre quando a manifestação deste era um pressuposto legal para a expedição de ato administrativo anterior que fora editado com violação desta exigência. Serve de exemplo, trazido à colação por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o pedido de exoneração feito por um funcionário depois do ato administrativo que o exonera ‘a pedido’ e manifestado com o propósito de legitimá-lo (2015, p. 486-487).

Ora, se o ato de exoneração afirma que o servidor “pediu” para ser exonerado, mas isto não se configurou, é preciso que ele “peça” a tal exoneração, sendo, assim, editado outro ato. Neste, a exoneração será, realmente, “a pedido”.

Para BANDEIRA DE MELLO se a convalidação proceder da mesma autoridade da qual emanou o ato viciado, denomina-se *ratificação*. Trata-se de *confirmação* quando procede de outra autoridade (normalmente superior àquela que emitiu o ato anterior). Se a convalidação resulta de um ato de particular afetado, ele prefere denominá-la simplesmente de *saneamento* (2015, p. 487). Sobre confirmação, **vide próximo item**.

Também não se pode confundir convalidação com a *conversão* de atos nulos. Na conversão, quando isto for possível, “o Poder Público trespassa, também com efeitos retroativos, um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido”. Vale dizer: “ao contrário da convalidação, em que o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível. Serve de exemplo, aventado por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, a conversão de uma nomeação em caráter efetivo para cargo de provimento em comissão em nomeação em comissão. Atos inexistentes jamais podem ser objeto de conversão” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 487).

7.13 Confirmação

Alguns usam o vocábulo *confirmação* para designar a própria convalidação, como foi visto acima. Outros, porém, o empregam para “qualificar a decisão da Administração que implica renúncia ao poder de anular o ato ilegal”, como o faz, por exemplo, DI PIETRO (2015, p. 294).

No Direito Privado, pode a parte prejudicada pelo ato ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Contudo, a própria Administração pode não anular o ato por razões de interesse público quando a anulação puder causar prejuízo maior do que a manutenção do ato.

A confirmação, assim, difere da convalidação, porque aquela não corrige o vício do ato; ao contrário, ela o mantém na forma como foi praticado. Mas somente será possível “quando não causar prejuízo a terceiros, uma vez que estes, desde que prejudicados pela decisão, poderão impugná-la pela via administrativa ou judicial”, afirma DI PIETRO. Sustenta, ainda, que outra “hipótese de confirmação é a que ocorre em decorrência da prescrição do direito de anular o ato. Seria uma confirmação tácita, ou seja, uma confirmação pelo decurso do tempo. Aqui não há propriamente renúncia da Administração, mas impossibilidade decorrente da prescrição” (2015, p. 295).

7.14 Mera retirada

Ocorre a mera retirada, para quem a acolhe na doutrina, quando o ato ainda não se encontra perfeito, ou seja, ainda não ingressou no ordenamento jurídico. Ora, se os atos imperfeitos não são revogáveis, visto que os mesmos não existem para o ordenamento, qual seria, então, a razão de se cogitar da necessidade da mera retirada? LÚCIA FIGUEIREDO responde:

A rigor, não seria necessária, porque o Direito seria a tais atos indiferente. Mas, apenas por medida de segurança e de certeza jurídica, se esses atos imperfeitos podem se assemelhar aos perfeitos, é útil sua retirada (2006, p. 247).

7.15 Contraposição de um ato por outro

Nesta situação a Administração, podendo prover a respeito de determinado caso, produz ato que, por conta de seu objeto, esvazia o conteúdo do precedente. Exemplo: alguém apresenta à Municipalidade a pretensão de que venha a ser estabelecido mais um ponto de venda na feira livre da cidade (autorização [ou permissão] de uso do solo público). Entretanto, ato do Prefeito extingue a feira. Em consequência, diz LÚCIA FIGUEIREDO, “embora não tenha havido recusa do pedido, o ato emanado o deixou prejudicado”. Na mesma situação encontram-se as autorizações [ou permissões] já existentes para a feira que acabou de ser extinta. Afirma a autora citada que “não houve propriamente ato revogatório, porém, sim, um ato contraposto a outro” (2006, p. 248).

Referências Bibliográficas

1. **Alexi**, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
2. **Amaral**, Diogo Freitas do. Curso de Direito Administrativo. Vol. I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
3. **Araújo**, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
4. **Ávila**, Humberto. Teoria dos Princípios. 4 ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
5. **Bandeira de Mello**, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
6. _____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
7. _____. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
8. _____. Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1987.
9. **Bandeira de Mello**. Oswaldo Aranha. Princípios Gerais de Direito Administrativo. 3 ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2007.
10. **Bastos**, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
11. **Blanchet**, Luiz Alberto. Curso de Direito Administrativo. Curitiba: Juruá, 1998.
12. **Bliacheriene**, Ana Carla; **Santana**, José Lima *et* **Ribeiro**, Renato Jorge Brown. Direito Financeiro. São Paulo: Elsevier/Campus, 2012.
13. **Bobbio**, Norberto. O Futuro da Democracia. São Paulo: Paz e Terra, 1989.
14. **Bonavides**, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
15. **Bouzon**, Emanuel. As Cartas de Hammurabi. Petrópolis: Vozes, 1986.
16. **Bulos**, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
17. **Caetano**, Marcello. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
18. _____. Manual de Direito Administrativo. Vol I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
19. **Canotilho**, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.
20. **Carvalho**, Antônio César Leite de *et* **Santana**, José Lima. Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva. 3 reimpressão. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

21. **Carvalho**, Raquel Melo Urbano. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. Salvador: Editora Podivm, 2009.
22. **Carvalho Filho**, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 28 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2015.
23. **Cavalcanti**, Temístocles Brandão. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Freitas Bastos S/A, 1967.
24. **Cretella Jr.**, José. Curso de Direito Administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
25. **Di Pietro**, Maria Sylvia Zenella. Direito Administrativo. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
26. **Enterría**, Eduardo García *et Fernández*, Tomás-Ramón. Curso de Direito Administrativo. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo, RT, 2014.
27. **Espíndola**, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
28. **Faria**, Edimur Ferreira de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
29. **Figueiredo**, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
30. _____ (Org.) *et alli*. Princípios Informadores do Direito Administrativo. São Paulo: NDJ, 1997.
31. **Gasparini**, Diogenes. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
32. **Lima**, Ruy Cirne. Princípios de Direito Administrativo. 7. ed. Revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.
33. **Machado**, Carlos Augusto Alcântara. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
34. **Maurer**, Hartmut. Elementos de Direito Administrativo Alemão. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001.
35. **Medauar**, Odete. Direito Administrativo Moderno. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
36. **Meirelles**, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
37. **Montoro**, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 27 ed. São Paulo. RT, 2008.
38. **Moreira Neto**, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
39. **Mumford**, Lewis. A Cidade na História. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
40. **Nohara**, Irene Patrícia. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011.
41. _____, Irene Patrícia. O Motivo no Ato Administrativo. São Paulo: Atlas, 2004.

- 42. Oliveira**, Regis Fernandes. Ato Administrativo. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 43. Reale**, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- 44. Rivero**, Jean. Direito Administrativo. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.
- 45. Rocha**, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- 46. Rousseau**, Jean Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- 47. Silva**, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- 48. Weil**, Prosper. O Direito Administrativo. Tradução de Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 1977.
- 49. Vitta**. Heraldo Garcia. Aspectos da Teoria Geral no Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001.