

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Curso de Direito Administrativo

De acordo com:

- Lei 13.300/2016 (Mandado de Injunção)
- Lei 13.303/2016 (Estatuto das empresas estatais)
- Lei 13.311/2016 (Ocupação e utilização de área pública urbana)
- Lei 13.334/2016 (Programas de Parcerias de Investimento)

5^a
edição

revista,
atualizada
e ampliada

De acordo com
Novo CPC
e a Lei 13.363/2016

Grátis  genio

- módulo de Empresas Estatais
- videoaulas
- testes *on-line* interativos




EDITORA
MÉTODO

Capítulo 14

PODERES ADMINISTRATIVOS

14.1 CONCEITO

A expressão “poder” tem dois sentidos distintos:

- a) poder orgânico: centro de imputação do Poder estatal (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário); e
- b) poder funcional: modo de exercer a função administrativa (poderes normativos, administrativos e jurisdicionais).¹

No presente tópico, o foco é o estudo dos poderes funcionais.

Os poderes administrativos são prerrogativas instrumentais conferidas aos agentes públicos para que, no desempenho de suas atividades, alcancem o interesse público. Trata-se, em verdade, de poder-dever ou dever-poder, uma vez que o seu exercício é irrenunciável e se preordena ao atendimento da finalidade pública.²

Isto porque as competências administrativas são, em verdade, funções administrativas, compreendidas como o desempenho do poder preordenado a um fim.³ O caráter finalístico da função revela que os poderes administrativos são prerrogativas instrumentais que devem ser exercidas para o atendimento das finalidades estatais.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 19-20.

² Sobre o vocábulo “poder-dever”, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 88. Por outro lado, a expressão “dever-poder” é sugerida pelos seguintes autores: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 68; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 120.

³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 106-107.

14.2 EXCESSO E DESVIO DE PODER

O exercício abusivo dos poderes administrativos deve ser evitado e reprimido, pois revela conduta ilegal. O abuso do poder pode ocorrer em duas hipóteses:⁴

a) excesso de poder: a atuação do agente público extrapola a competência delimitada na lei (ex.: policial que utiliza da força desproporcional para impedir manifestação pública); e

b) desvio de poder (ou de finalidade): quando a atuação do agente pretende alcançar finalidade diversa do interesse público (ex.: edição de ato administrativo para beneficiar parentes).

14.3 ESPÉCIES DE PODERES ADMINISTRATIVOS

As espécies de poderes administrativos são: regulamentar (ou normativo), polícia, disciplinar e hierárquico. Entendemos que a discricionariedade e a vinculação, em verdade, não são poderes autônomos, mas atributos de outros poderes ou competências da Administração, razão pela qual serão estudadas no capítulo sobre os atos administrativos.⁵

14.3.1 Poder normativo ou regulamentar

14.3.1.1 Conceito e fundamentos

O poder normativo ou regulamentar é a prerrogativa reconhecida à Administração Pública para editar atos administrativos gerais para fiel execução das leis.

Tradicionalmente, é reconhecida a possibilidade de órgãos e entidades localizadas institucionalmente fora do âmbito do Poder Legislativo exercerem, também, poder normativo.

Trata-se, em verdade, de uma consequência do caráter relativo do princípio da separação de poderes que, segundo a doutrina do *checks and balances*, permite a cada um dos “Poderes” o exercício de funções atípicas de forma a controlar o outro “Poder”. Ou seja, cada “Poder” exerce funções típicas, correspondentes ao seu nome (Poder Executivo executa a lei; o Legislativo cria as leis, inovando na ordem jurídica; e o Judiciário resolve, com definitividade, as lides, além de controlar a constitucionalidade de leis e atos normativos), bem como funções atípicas que seriam, em princípio, inerentes aos outros “Poderes” (o Chefe do Executivo

⁴ Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 96-97; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 44-45.

⁵ No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 89.

pode exercer poder normativo com caráter inovador mediante a edição, v.g., das medidas provisórias e da lei delegada, conforme previsto, respectivamente, nos arts. 62 e 68 da CRFB).

O poder normativo da Administração Pública pode ser exercido basicamente por meio da delegação legislativa ou do próprio poder regulamentar. Enquanto a delegação legislativa possibilita a prática de ato normativo primário, com força de lei (ex.: medidas provisórias e leis delegadas, previstas, respectivamente, nos arts. 62 e 68 da CRFB), o poder regulamentar encerra uma atividade administrativa, de cunho normativo secundário.⁶

A delegação legislativa, no Direito norte-americano, é fundamentada por duas teorias distintas:

a) teoria do *filling up details* (preenchimento de detalhes): o Executivo deve detalhar, esmiuçar, uma norma legal; e

b) teoria da *delegation with standards* (delegação com parâmetros): a delegação legislativa desde que acompanhada de parâmetros suficientes para pautar e controlar a atuação do órgão delegado, ou seja: a delegação deve estabelecer princípios inteligíveis (*intelligible principle*) que irão pautar a atuação administrativa.⁷

Apesar de prevalecer a ideia da indelegabilidade da atividade legislativa no Brasil,⁸ salvo nos casos expressamente indicados pelo próprio texto constitucional (medidas provisórias e leis delegadas, por exemplo), a doutrina tem atenuado esse entendimento para admitir as delegações legislativas acima citadas.

Em verdade, o poder normativo das entidades administrativas, exercido com fundamento em norma legal, não decorre da delegação propriamente dita operada pelo legislador, mas, ao contrário, é inerente à função administrativa e pode ser exercido dentro dos limites fixados em lei. É conferido à Administração Pública

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 177.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas). *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 170-176. A doutrina do *intelligible principle* foi consagrada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Mistretta vs. United States*, 488 U.S. 361 (1989). Sobre o tema, Bernard Schwartz esclarece: “The statute must, in other words, contain a framework within which the administrative action must be operate; it must lay down an intelligible principle to guide the exercise of the delegated discretion [...]” (SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. 3. ed. New York: Aspen Law & Business, 1991. p. 45-46).

⁸ Não há um princípio expresso de indelegabilidade de funções na Constituição da República, mas essa vedação é extraída, basicamente, dos princípios da separação de poderes, da representação política, da supremacia da Constituição e do devido processo legal.

o poder de regulamentar a legislação, esclarecendo-a e detalhando-a, de forma a possibilitar a sua concretização.⁹

Por fim, a edição de decretos e regulamentos para fiel execução das leis é de competência exclusiva do chefe do Executivo, conforme previsão expressa do art. 84, IV, da Constituição da República.¹⁰ Isso não impede o exercício da função normativa por outros órgãos e entidades administrativas (ex.: edição de resoluções, portarias, regimentos etc.).

14.3.1.2 Poder regulamentar x poder regulatório

O poder regulamentar não se confunde com o poder regulatório. De um lado, o poder regulamentar possui as seguintes características:

- a) competência privativa do chefe do Executivo (art. 84, IV, da CRFB);
- b) envolve a edição de normas gerais para fiel cumprimento da lei;
- c) conteúdo político.

Por outro lado, o poder regulatório apresenta as seguintes características:

- a) competência atribuída às entidades administrativas, com destaque para as agências reguladoras (art. 174 da CRFB);
- b) engloba o exercício de atividades normativas, executivas e judicantes;
- c) conteúdo técnico.¹¹

14.3.1.3 Classificações

Diversas são as classificações, em âmbito doutrinário, a respeito dos regulamentos editados pelo Poder Público.

14.3.1.3.1 Regulamento jurídico (ou normativo) e regulamento administrativo (ou de organização)

Em primeiro lugar, quanto aos efeitos, os regulamentos podem ser divididos em duas categorias:¹²

⁹ Em algumas situações, a própria Constituição da República confere a possibilidade de a Administração editar regulamentos sem a necessidade de intermediação legislativa, como se analisará adiante.

¹⁰ Sobre a distinção entre decreto e regulamento, vide Capítulo 15, item 15.13.1.1.2.

¹¹ Vide Capítulo 19, item 19.5.2.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. 12. ed. Madrid: Civitas, 2005. v. I, p. 212-213. Na doutrina nacional, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90-91.

a) regulamentos jurídicos (ou normativos): são aqueles editados com fundamento em uma relação de supremacia estatal geral, afetando os cidadãos indistintamente (ex.: regulamentos expedidos com fundamento no poder de polícia); e

b) regulamentos administrativos (ou de organização): são aqueles que estabelecem normas sobre a organização administrativa ou que afetam apenas os particulares que se encontram em relação de sujeição especial com a Administração, ou seja, não são terceiros estranhos à organização e atuação administrativa (ex.: regulamentos expedidos no exercício do poder disciplinar, tais como os regulamentos que versam sobre a prestação de serviço público concedido ou a utilização de repartições públicas).¹³

Afirma-se, normalmente, que, no âmbito das “relações especiais de poder” (ou “relações de sujeição especial”), o princípio da legalidade é aplicado de forma mais flexível, abrindo-se a possibilidade para edição de regulamentos administrativos, na ausência da lei, em situações excepcionais, com fundamento direto na Constituição.¹⁴

14.3.1.3.2 Regulamento executivo, regulamento autônomo, regulamento delegado e regulamento de necessidade

A segunda classificação, apoiada no fundamento de validade dos atos regulamentares, apresenta quatro espécies de regulamentos:¹⁵

a) regulamentos executivos (decreto regulamentar ou de execução): são editados com fundamento na lei e necessários para sua fiel execução (art. 84, IV, da CRFB);

b) regulamentos autônomos: possuem fundamento direto na Constituição e inovam na ordem jurídica, não havendo, portanto, a intermediação legislativa;

¹³ A doutrina costuma citar os seguintes exemplos de relações de sujeição especiais com a Administração: militares, presos, agentes públicos, internados em estabelecimentos públicos, estudantes de escolas públicas, entre outros. Konrad Hesse afirma que as relações de poder especial (*status especial*) indicam “uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão [...]” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 259).

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 31; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 140; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 193. O STJ já decidiu não ser ilícita a escuta telefônica em relação ao preso que “não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal”, diferenciando-se, ainda que de forma implícita, as relações especiais das relações gerais (STJ, 6.ª Turma, HC 3.982/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 26.02.1996, p. 4084; STJ, 6.ª Turma, ROMS 6.129/RJ, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ 12.08.1996, p. 27492).

¹⁵ FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*. São Paulo: RT, 1977; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 244-245.

c) regulamentos autorizados (ou delegados): são editados no exercício de função normativa delimitada em ato legislativo;¹⁶ e

d) regulamentos de necessidade: são aqueles produzidos em situações de urgência (estado de necessidade administrativo).¹⁷

14.3.1.3.3 Regulamentos autônomos: controvérsias

A discussão quanto à viabilidade constitucional dos regulamentos autônomos sempre dividiu a doutrina em duas orientações:

Primeiro entendimento: constitucionalidade dos regulamentos autônomos. A Administração, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, tem a prerrogativa de suprir as omissões do Legislativo por meio da edição de regulamentos que visem a concretização de seus deveres constitucionais. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles.¹⁸

Segundo entendimento: inconstitucionalidade dos regulamentos autônomos. A partir da concepção liberal tradicional, segundo a qual a Administração só possui legitimidade para atuar se expressamente autorizada pelo legislador (princípio da reserva de lei ou doutrina do *positive Bindung*), não seria possível admitir os regulamentos autônomos. Diversos dispositivos constitucionais são usualmente apontados para fundamentar a impossibilidade de edição dos regulamentos autônomos, tais como: arts. 5.º, II, 37, *caput*, 49, V, 84, IV, todos da CRFB, e art. 25 do ADCT. Nesse sentido, dentre outros: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho.¹⁹

¹⁶ Entendemos que a nomenclatura “regulamento delegado” afigura-se equivocada, pois não há que falar em transferência de poderes, mas sim em determinação de competência. Os regulamentos assim editados poderiam ser inseridos no campo dos denominados regulamentos executivos. Em sentido semelhante: FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*. São Paulo: RT, 1977. p. 122; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 252 (este último autor entende que os regulamentos autorizados se diferenciam dos executivos, em razão de aqueles ensejarem uma atribuição normativa mais extensa ao Executivo).

¹⁷ Na Argentina, por exemplo, apesar das controvérsias doutrinárias, tem prevalecido a aceitação dos regulamentos de necessidade e urgência, sem oposição da Corte Suprema argentina, como ressalta Juan Carlos Cassagne. Para o autor, a admissibilidade desses regulamentos, que não se encontram previstos expressamente no texto constitucional, é fundamentada pelo princípio da subsistência e continuidade do Estado (CASSAGNE, Juan Carlos. Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el derecho argentino. *Revista española de Derecho Administrativo – REDA*, n. 73, p. 17-28, jan.-mar. 1992. Versão eletrônica).

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 112-113.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 325; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90-92; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 59.

O debate envolvendo a legitimidade de edição dos regulamentos autônomos ganhou força novamente a partir de recentes alterações formais no texto da Constituição, bem como pelo trabalho da doutrina que aborda o fenômeno da constitucionalização do Direito, com a centralidade dos direitos fundamentais.

A esse propósito, é possível mencionar três alterações formais à Constituição que instituíram hipóteses de poderes normativos autônomos fora do Poder Legislativo:

a) art. 84, VI, “a”, da CRFB, alterado pela EC 32/2001: dispensa a necessidade de lei para o tratamento da organização da Administração Pública Federal (regra aplicável, por simetria, aos Estados, Distrito Federal e Municípios), matéria agora disciplinada por decreto autônomo, com fundamento de validade no próprio texto constitucional, não havendo necessidade de promulgação de lei prévia;²⁰

b) art. 103-B, § 4.º, I, da CRFB, inserido pela EC 45/2004: o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) possui poder normativo, consubstanciado na prerrogativa de “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências” (o STF, por ocasião do julgamento da ADC 12, considerou constitucional a Resolução 7/2005 do CNJ, editada com fundamento direto na Constituição);²¹ e

c) art. 130-A, § 2.º, I, da CRFB, inserido pela EC 45/2004: o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no exercício de seus poderes normativos, assim como o CNJ, pode “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”.

Ao lado das três exceções apontadas e expressamente consagradas na Constituição, é possível admitir outros casos (não expressos) de poder normativo autônomo a partir da consagração do princípio da juridicidade. Em tempos de constitucionalização do

²⁰ Nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 650; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 90-91. Em sentido contrário, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que regulamento, previsto na referida norma, não é propriamente autônomo, pois disciplina a organização interna da Administração, sem criação de direitos e obrigações para as pessoas em geral (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 100-101).

²¹ STF, Tribunal Pleno, ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 20.08.2008, DJe-237 18.12.2009. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 13, estendendo a vedação do nepotismo aos demais Poderes (Executivo e Legislativo): “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

ordenamento jurídico, a omissão legislativa não pode servir como um mecanismo fraudulento para impedir a plena efetividade do texto constitucional.

Reconhecidas a superioridade da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais, deve ser admitida a edição de regulamentos autônomos em relação às matérias não sujeitas à reserva legal, quando a Administração Pública tiver como norte o atendimento de objetivos (deveres) constitucionais.²²

14.3.1.3.4 Visão crítica da dicotomia “regulamento autônomo” e “regulamento executivo”: a atuação criativa do Executivo e a ideia de “bloco de legalidade”

A distinção entre regulamentos autônomos e executivos, apesar de tradicionalmente aceita pela doutrina majoritária, deve ser revista, pois não se revela compatível com a realidade.

Isto porque a referida classificação parte de uma premissa equivocada: a ideia de que a atividade administrativa, nos decretos “executivos”, seria apenas servil, sem qualquer margem de criatividade pelo administrador público. Não se pode admitir que o papel de criação do Direito seja tarefa exclusiva do legislador que, por limitações humanas, não possui o poder divino de prever genericamente todas as soluções para a sociedade. Assim como se superou a ideia criada por Montesquieu de que o juiz seria apenas a boca que pronunciava a vontade da lei, deve-se superar a noção de uma Administração Pública meramente executora e mecanizada.²³

O papel do intérprete do Direito não envolve mera declaração da intenção do legislador. Ao contrário, trata-se de atividade constitutiva na medida em que produz as normas jurídicas que serão aplicadas aos casos concretos ou hipotéticos. O papel construtivo da interpretação fica evidenciado pela necessidade de aplicar os textos legais aos fatos.

Com isso, o que importa, de fato, no campo do poder normativo da Administração Pública é saber qual a margem de liberdade do administrador na criação do Direito que pode variar de acordo com a maior ou menor densidade dos textos normativos

²² Nesse sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 170-171.

²³ Nesse sentido: Alexandre Santos de Aragão, da mesma forma, afirma o papel criativo da Administração Pública: TÁCITO, Caio. Lei e regulamento. *Temas de direito público* (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 480; FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*. São Paulo: RT, 1977. p. 118; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *RDA*, n. 236, p. 38 e 53, abr.-jun. 2004.

interpretados. É por essa razão que, ao editar regulamentos considerados tradicionalmente como “executivos”, o administrador, com intensidades variadas, está criando o Direito. Se o regulamento executivo não tivesse nenhum caráter inovador, sua existência seria desnecessária, uma vez que a lei já poderia ser aplicada prontamente pelo Executivo.

14.3.1.4 Reserva de administração

A liberdade de conformação do legislador encontra limites no texto constitucional. Entre esses limites, costuma-se apontar, no Direito Comparado, a existência da denominada “reserva de administração” como um verdadeiro “núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei”.²⁴ Daí a Constituição, em situações específicas, determinar que o tratamento de determinadas matérias fica adstrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública, não sendo lícita a ingerência do parlamento.

A reserva de administração pode ser dividida em duas categorias:²⁵

a) reserva geral de administração: fundamenta-se no princípio da separação de poderes e significa que a atuação de cada órgão estatal não pode invadir ou cercear o “núcleo essencial” da competência dos outros órgãos, cabendo exclusivamente à Administração executar as leis, especialmente no exercício da discricionariedade administrativa; e

b) reserva específica de administração: quando a Constituição destaca determinadas matérias, submetendo-as à competência exclusiva do Poder Executivo.²⁶

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência de um verdadeiro princípio constitucional da reserva de administração, com fulcro no princípio da separação de poderes, cujo conteúdo impediria “a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo”. No caso levado ao conhecimento e julgamento da Suprema Corte,

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 739.

²⁵ PIÇARRA, Nuno. A reserva de Administração. *O Direito*, primeira parte, v. I, p. 325-353, jan.-mar. 1990. Arícia Fernandes Correia, em artigo específico sobre o tema, também destaca duas categorias de reservas de administração: reserva *lato sensu*, que englobaria os atos normativos e concretos editados pelo Executivo, e a reserva *stricto sensu*, relacionada com a atividade administrativa *in concreto* (CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 585).

²⁶ É o que faz a Constituição francesa de 1958, ao estabelecer uma divisão expressa entre o domínio da lei e o domínio do regulamento. De um lado, o art. 34 da Constituição enumera, de forma taxativa, as matérias que serão tratadas por lei. De outro lado, o art. 37 da Constituição dispõe que as demais matérias, não previstas no art. 34, integram o domínio do regulamento (RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. p. 68).

entendeu-se pela inconstitucionalidade da declaração pelo Legislativo da nulidade de concurso público realizado pelo Executivo por suposta violação às normas legais, pois uma declaração dessa natureza revelaria o exercício de autotutela que só poderia ser exercida com exclusividade por quem realizou o certame (Enunciado 473 da súmula predominante do STF).²⁷

Entendemos que o art. 84, VI, “a”, da CRFB, alterado pela EC 32/2001, consagra hipótese de reserva de administração, uma vez que a organização da Administração Pública Federal (por simetria, estadual e local também) deixou de ser tratada por lei e passou para o domínio do regulamento, evidenciando uma verdadeira deslegalização efetivada pelo próprio texto constitucional. A ideia, como se vê, foi retirar do legislador essa matéria, transferindo-a, com exclusividade, para o âmbito do regulamento a ser editado pelo chefe do Executivo. Em consequência, hoje, a atuação legislativa nesse campo é considerada inconstitucional.²⁸

14.3.1.5 Deslegalização ou delegificação

A deslegalização (ou delegificação) é a transferência de determinadas matérias do campo legislativo para o âmbito dos atos administrativos. O fenômeno tem sido justificado pela crise da concepção liberal do princípio da legalidade e da democracia representativa, especialmente pela ausência de celeridade e de conhecimento técnico do legislador para tratar de determinadas questões complexas.

No Brasil, discute-se a viabilidade constitucional da deslegalização como fundamento para o exercício do poder normativo, técnico e ampliado, por agências reguladoras.²⁹

²⁷ STF, Tribunal Pleno, ADInMC 776/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.10.1992, DJ 15.12.2006. O STF reafirmou esse entendimento no julgamento da ADInMC 2.364/AL, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.2001, Tribunal Pleno, DJ 14.12.2001.

²⁸ Neste sentido: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 67; CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n.º 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 94; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Os regulamentos jurídicos e os regulamentos de organização: breve estudo de sua aplicação no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 565-566; CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 593. Em sentido contrário, Gustavo Binbenjy entende ser aplicável, nesse caso, o princípio da preferência da lei, de modo que o Executivo pode até editar regulamentos autônomos em relação à organização e funcionamento da Administração, mas a superveniência da lei afastará a disposição regulamentar (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 169 e ss.).

²⁹ Sobre a deslegalização, vide Capítulo 7, item 7.4.1.

de construção;⁶⁹ as viaturas públicas devem respeitar a legislação e as autoridades de trânsito, sujeitando-se à respectiva fiscalização e sanção; no exercício de suas atribuições, a polícia civil pode prender autoridades públicas vinculadas à outra pessoa federada.

14.3.3 Poder hierárquico

14.3.3.1 Conceito

A hierarquia é uma relação de subordinação administrativa entre agentes públicos que pressupõe a distribuição e o escalonamento vertical de funções no interior da organização administrativa.

É importante destacar que a hierarquia é uma característica encontrada exclusivamente no exercício da função administrativa, inexistindo, portanto, hierarquia nas funções típicas jurisdicionais e legislativas. No âmbito do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, a hierarquia existe apenas concernente às suas funções atípicas administrativas. Assim, por exemplo, o Presidente do Tribunal de Justiça pode editar, no exercício de sua função atípica, atos administrativos que deverão ser observados pelos servidores subordinados. No entanto, não há hierarquia por parte do referido magistrado sobre os demais magistrados no tocante ao julgamento das ações judiciais.

14.3.3.2 Prerrogativas e deveres hierárquicos

O poder hierárquico confere uma série de prerrogativas aos agentes públicos hierarquicamente superiores em relação aos seus respectivos subordinados, a saber:

a) ordens: expedição de ordens, nos estritos termos da lei, que devem ser cumpridas pelos subordinados, salvo as ordens manifestamente ilegais;⁷⁰

b) controle ou fiscalização: verificação do cumprimento por parte dos subordinados das ordens administrativas e das normas vigentes;

c) alteração de competências: nos limites permitidos pela legislação, a autoridade superior pode alterar competências, notadamente por meio da delegação e da avocação;⁷¹

d) revisional: possibilidade de rever os atos praticados pelos subordinados para anulá-los, quando ilegais, ou revogá-los por conveniência e oportunidade, nos termos da respectiva legislação;

⁶⁹ É oportuno observar, no entanto, que a instalação de usinas nucleares pela União e a construção de presídios pelos Estados não precisam observar a legislação municipal de zoneamento e construção, mas, sim, a legislação federal e estadual, respectivamente. Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

⁷⁰ Em âmbito federal, o art. 116, IV, da Lei 8.112/1990 dispõe: “Art. 116. São deveres do servidor: [...] IV – cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais”.

⁷¹ Sobre a delegação e avocação de competência, remetemos o leitor para o Capítulo 15, item 15.9.1.1.

e) resolução de conflitos de atribuições: prerrogativa de resolver, na esfera administrativa, conflitos positivos ou negativos de atribuições dos órgãos e agentes subordinados; e

f) disciplinar: apurada eventual irregularidade na atuação funcional do subordinado, a autoridade superior, após o devido processo legal, garantindo a ampla defesa e o contraditório, deverá aplicar as sanções disciplinares tipificadas na legislação.

As prerrogativas da autoridade superior acarretam o dever de obediência por parte dos agentes públicos hierarquicamente inferiores. A insubordinação do agente público, caracterizada pelo descumprimento das determinações superiores, configura infração funcional, punível com a sanção disciplinar de demissão.⁷²

14.3.3.3 Subordinação x vinculação

No âmbito da organização administrativa, existem relações de subordinação e de vinculação que não se confundem. É relevante, portanto, distinguir a subordinação e a vinculação.

A relação de subordinação decorre naturalmente da hierarquia existente no interior dos órgãos e das entidades administrativas, pois há hierarquia em toda e qualquer desconcentração administrativa, seja entre órgãos da Administração Direta, seja no interior de determinada entidade da Administração Indireta. Portanto, a subordinação tem caráter interno, não havendo que falar em subordinação nas relações interadministrativas.

Por outro lado, a relação de vinculação é encontrada entre entidades da Administração Indireta e os respectivos entes federados. Entre pessoas jurídicas distintas, em razão da autonomia dessas entidades, não existe hierarquia, mas apenas os controles previstos expressamente na legislação (vinculação). Trata-se de relação externa, envolvendo pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica própria e autonomia.

Assim, por exemplo, no interior de uma autarquia federal, os respectivos servidores encontram-se subordinados ao Presidente da entidade. A referida autarquia, por sua vez, encontra-se vinculada à União, por meio da denominada supervisão ministerial.⁷³

A distinção entre subordinação e vinculação acarreta consequências jurídicas importantes. Mencione-se, por exemplo, a questão envolvendo o recurso hierárquico para revisão de determinado ato administrativo.

Nas relações hierárquicas, marcadas pela subordinação, o subordinado, insatisfeito com o teor de determinada decisão administrativa, tem o direito de interpor recurso hierárquico perante a autoridade superior.

⁷² É o que dispõe o art. 132, VI, da Lei 8.112/1990: “Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: [...] VI – insubordinação grave em serviço”.

⁷³ Na organização administrativa federal, a supervisão ministerial encontra-se prevista nos arts. 19 a 21 do Decreto-lei 200/1967.

Por outro lado, nas relações de vinculação, como não há hierarquia entre as pessoas administrativas e o respectivo Ente federado, o cabimento do recurso hierárquico “impróprio” (não há tecnicamente hierarquia) depende necessariamente de previsão legal expressa (*nulla tutela sine lege*). Isto porque a autonomia da entidade administrativa é delimitada pela respectiva lei que criou ou que autorizou a criação da referida entidade, sendo certo que o recurso hierárquico impróprio, ao viabilizar a interferência externa na entidade que proferiu a decisão recorrida, representa verdadeira exceção à autonomia administrativa. Vale dizer: apenas a lei poderia excepcionar a autonomia que ela própria reconheceu à entidade.

14.3.4 Poder disciplinar

14.3.4.1 Conceito

O poder disciplinar é a prerrogativa reconhecida à Administração para investigar e punir, após o contraditório e a ampla defesa, os agentes públicos, na hipótese de infração funcional, e os demais administrados sujeitos à disciplina especial administrativa. O poder disciplinar é exercido por meio do Processo Administrativo Disciplinar (PAD).⁷⁴

Fundado, normalmente, na hierarquia administrativa, o poder disciplinar relaciona-se com as relações jurídicas especiais administrativas, englobando duas situações:

a) relações funcionais travadas com agentes públicos, independentemente da natureza do respectivo vínculo jurídico – legal ou negocial (ex.: demissão do servidor público); e

b) particulares inseridos em relações jurídicas especiais com a Administração, mas que não são considerados agentes públicos (ex.: aplicação de multa contratual à empresa contratada pela Administração, sanções aplicadas aos alunos de escola pública e aos usuários de biblioteca pública etc.).

Ao contrário do poder de polícia, exercido no âmbito de relações jurídicas genéricas entre Estado e cidadão, o poder disciplinar refere-se às relações jurídicas especiais, decorrentes de vínculos jurídicos específicos existentes entre o Estado e o particular (Administração – agente público, Administração – contratado, Administração – usuário de serviços públicos etc.).

14.3.4.2 Discricionariedade do poder disciplinar

É tradicional a afirmação de que o poder disciplinar é discricionário, tendo em vista a menor rigidez da legislação administrativa, quando comparada à legislação penal, que confere liberdade, sempre regrada (limitada), para que a autoridade

⁷⁴ O estudo do PAD é apresentado no Capítulo 16, item 16.10.

administrativa determine a adequação da conduta ao Estatuto funcional e escolha, motivadamente, a sanção que deve ser aplicada ao agente.⁷⁵

A tipicidade administrativa, ao contrário da tipicidade penal, é aberta (menos rígida), uma vez que o legislador, na maioria dos casos, limita-se a definir, genericamente, os deveres que deverão ser respeitados pelos agentes, estabelecendo sanções que deverão ser aplicadas, com razoabilidade, pela autoridade competente.

Vale dizer: não há, necessariamente, a definição de infração administrativa e a respectiva sanção disciplinar que deve ser aplicada. As sanções devem ser sopesadas pelo administrador para que seja escolhida aquela que melhor se encaixa na gravidade da infração apurada em determinado caso concreto. Assim, por exemplo, a autoridade administrativa federal, na aplicação das penalidades disciplinares (advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; e destituição de função comissionada), deverá levar em consideração a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais, mencionando sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar (arts. 127 e 128, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.112/1990).

Ressalte-se, no entanto, que a discricionariedade não se confunde com liberdade total ou arbitrariedade. No exercício de competências discricionárias, a Administração deve respeitar os princípios e regras vigentes (juridicidade) e, no caso específico da aplicação de sanções, deve observar, especialmente, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, toda e qualquer sanção estatal deve ser necessariamente motivada.

Portanto, discricionariedade sofre sérias limitações na atualidade. A autoridade administrativa, ao tomar conhecimento de suposta infração funcional, tem o dever-poder de apurar o fato para eventual punição do agente, inexistindo liberdade na hipótese.

14.4 RESUMO DO CAPÍTULO

PODERES ADMINISTRATIVOS

Conceito	São prerrogativas instrumentais conferidas aos agentes públicos para que, no desempenho de suas atividades, alcancem o interesse público.
Excesso de poder	A atuação do agente público extrapola a competência delimitada na lei.

⁷⁵ Nesse sentido, por exemplo: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 94; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 117; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 109.

Desvio de poder (ou de finalidade)	A atuação do agente pretende alcançar finalidade diversa do interesse público.	
Poder normativo ou regulamentar	É a prerrogativa reconhecida à Administração Pública para editar atos administrativos gerais para fiel execução das leis.	
Regulamentos	– Quanto aos efeitos	a) regulamentos jurídicos; b) regulamentos administrativos.
	– Quanto ao fundamento de validade dos atos regulamentares	a) regulamentos de necessidade; b) regulamentos autônomos; c) regulamentos autorizados (ou delegados); a) regulamentos executivos (decreto regulamentar ou de execução).
Reserva de administração	O tratamento de determinadas matérias fica adstrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública, não sendo lícita a ingerência do parlamento.	
Deslegalização ou delegificação	Transferência de determinadas matérias do campo legislativo para o âmbito dos atos administrativos.	
Poder de polícia	Compreende a prerrogativa reconhecida à Administração Pública para restringir e condicionar, com fundamento na lei, o exercício de direitos, com o objetivo de atender ao interesse público.	
Polícia administrativa X polícia judiciária	a) enquanto a polícia administrativa se exaure em si mesma, a judiciária é preparatória para função jurisdicional penal; b) a polícia administrativa, por um lado, incide sobre atividades, bens e direitos dos indivíduos; a judiciária sobre os próprios indivíduos (aqueles a quem se atribui o ilícito penal); e c) a polícia administrativa tem caráter eminentemente preventivo; já a judiciária é predominantemente repressiva (essa distinção não é absoluta).	
Ciclo de polícia	a) ordem; b) consentimento; b.1) licença; b.2) autorização; c) fiscalização; d) sanção.	
Licenças X autorizações de polícia	As licenças são vinculadas e não conferem margem de liberdade ao administrador, que deve expedir-las quando cumpridos os requisitos legais pelo particular, as autorizações são discricionárias, conferindo margem de liberdade ao administrador que decidirá sobre a conveniência e a oportunidade da sua expedição.	
Campos de atuação ou espécies de poder de polícia	a) polícia de costumes; b) polícia sanitária; c) polícia ambiental; d) polícia edilícia; e) polícia de segurança.	
Fundamentos e limites do poder de polícia	O fundamento de toda e qualquer ação estatal deve ser a promoção e a proteção dos direitos fundamentais. Em consequência, no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais exercem uma dupla função em relação à ação estatal: fundamentam e limitam o exercício das prerrogativas públicas.	

Características	a) discricionariedade; b) coercibilidade; c) autoexecutoriedade.
Poder hierárquico	A hierarquia é uma característica encontrada exclusivamente no exercício da função administrativa, inexistindo, portanto, hierarquia nas funções típicas jurisdicionais e legislativas. No âmbito do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, a hierarquia existe apenas concernente às suas funções atípicas administrativas.
Prerrogativas e deveres hierárquicos	a) ordens; b) controle ou fiscalização; c) alteração de competências; d) revisional; e) resolução de conflitos de atribuições; f) disciplinar.
Subordinação x vinculação	A relação de subordinação decorre naturalmente da hierarquia existente no interior dos órgãos e das entidades administrativas, pois há hierarquia em toda e qualquer desconcentração administrativa, seja entre órgãos da Administração Direta, seja no interior de determinada entidade da Administração Indireta. A relação de vinculação é encontrada entre entidades da Administração Indireta e os respectivos entes federados.
Poder disciplinar	Prerrogativa reconhecida à Administração para investigar e punir, após o contraditório e a ampla defesa, os agentes públicos, na hipótese de infração funcional, e os demais administrados sujeitos à disciplina especial administrativa. O poder disciplinar é exercido por meio do Processo Administrativo Disciplinar (PAD).