

3

REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

3.1 REGIMES PÚBLICO E PRIVADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode submeter-se a regime jurídico de direito privado ou a regime jurídico de direito público.

A opção por um regime ou outro é feita, em regra, pela Constituição ou pela lei. Exemplificando: o artigo 173, § 1º, da Constituição, prevê lei que estabeleça o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, entre outros aspectos, sobre “a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”. Não deixou qualquer opção à Administração Pública e nem mesmo ao legislador; quando este instituir, por lei, uma entidade para desempenhar atividade econômica, terá que submetê-la ao direito privado.

Já o artigo 175 outorga ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, podendo fazê-lo diretamente ou sob regime de concessão ou permissão; e o parágrafo único deixa à lei ordinária a tarefa de fixar o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato, de sua prorrogação, bem como as condições de execução, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão. Vale dizer que a Constituição deixou à lei a opção de adotar um regime ou outro.

Isto não quer dizer que a Administração Pública não participe da decisão; ela o faz à medida que, detendo o Poder Executivo grande parcela das decisões políticas, dá início ao processo legislativo que resultará na promulgação da lei contendo a decisão governamental. Normalmente, é na esfera dos órgãos administrativos que

são feitos os estudos técnicos e financeiros que precedem o encaminhamento de projeto de lei e respectiva justificativa ao Poder Legislativo.

O que não pode é a Administração Pública, por ato próprio, de natureza administrativa, optar por um regime jurídico não autorizado em lei; isto em decorrência da sua vinculação ao princípio da legalidade.

Não há possibilidade de estabelecer-se, aprioristicamente, todas as hipóteses em que a Administração pode atuar sob regime de direito privado; em geral, a opção é feita pelo próprio legislador, como ocorre com as **pessoas jurídicas, contratos e bens de domínio privado do Estado**. Como regra, aplica-se o direito privado, no silêncio da norma de direito público.

O que é importante salientar é que, quando a Administração emprega modelos privatísticos, nunca é integral a sua submissão ao direito privado; às vezes, ela se nivela ao particular, no sentido de que não exerce sobre ele qualquer prerrogativa de Poder Público; mas nunca se despe de determinados **privilégios**, como o juízo privativo, a prescrição quinquenal, o processo especial de execução, a impenhorabilidade de seus bens; e sempre se submete a **restrições** concernentes à competência, finalidade, motivo, forma, procedimento, publicidade. Outras vezes, mesmo utilizando o direito privado, a Administração conserva algumas de suas prerrogativas, que derrogam parcialmente o direito comum, na medida necessária para adequar o **meio** utilizado ao **fim** público a cuja consecução se vincula por lei.

Por outras palavras, a norma de direito público sempre impõe desvios ao direito comum, para permitir à Administração Pública, quando dele se utiliza, alcançar os fins que o ordenamento jurídico lhe atribui e, ao mesmo tempo, preservar os direitos dos administrados, criando limitações à atuação do Poder Público.

3.2 REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

A expressão **regime jurídico da Administração Pública** é utilizada para designar, em sentido amplo, os regimes de direito público e de direito privado a que pode submeter-se a Administração Pública. Já a expressão **regime jurídico administrativo** é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa.

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: **prerrogativas** e **sujeições**.

É o que decorre do ensinamento de Rivero (1973:35), quando afirma que as particularidades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas ideias opostas: "as normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas

relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”.

O Direito Administrativo nasceu sob a égide do Estado liberal, em cujo seio se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive o jurídico; paradoxalmente, o regime administrativo traz em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse geral.

Garrido Falla (1962:44-45) acentua esse aspecto. Em suas palavras, “é curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo”.

Assim, o Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, a **proteção aos direitos individuais** frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de **necessidade de satisfação dos interesses coletivos**, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos.

Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; **restrições e prerrogativas**. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito (incluindo princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição); é a aplicação, ao direito público, do **princípio da legalidade**. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a **supremacia do interesse público sobre o particular**.

Isto significa que a Administração Pública possui **prerrogativas ou privilégios**, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.

Segundo Cretella Júnior (*Revista de Informação Legislativa*, v. 97:13), as **prerrogativas públicas** são “as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular”.

Mas, ao lado das **prerrogativas**, existem determinadas **restrições** a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo de responsabilização da autoridade que o editou. Dentre tais **restrições**, citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares.

Ao mesmo tempo em que as **prerrogativas** colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as **restrições** a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração.

O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o **regime jurídico administrativo**.

Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de **princípios** que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo.

3.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

“Princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.” É o conceito de José Cretella Júnior (*Revista de Informação Legislativa*, v. 97:7).

Segundo o mesmo autor, os princípios classificam-se em:

- a) **onivalentes** ou **universais**, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente;
- b) **plurivalentes** ou **regionais**, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o princípio do *alterum non laedere* (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas;
- c) **monovalentes**, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei;
- d) **setoriais**, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal etc.

Desse modo, o Direito Administrativo está informado por determinados princípios, alguns deles próprios também de outros ramos do direito público e outros dele específicos e enquadrados como setoriais, na classificação de Cretella Júnior.

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da **legalidade** e da **supremacia do interesse público sobre o particular**, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.

A Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública Direta e Indireta, a saber, os princípios da **legalidade**, da **impeccabilidade**, da **moralidade administrativa**, da **publicidade** e **eficiência** (art. 37, *caput*, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98), aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (art. 111).

A Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), no artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Além disso, outras leis esparsas fazem expressa referência a princípios específicos de determinados processos, tal como ocorre com a Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitação e contrato, e com a Lei nº 8.987, de 13-2-95, sobre concessão e permissão de serviço público.

Ressalvados os princípios específicos de determinados processos, que serão analisados nos capítulos que cuidam da matéria a que se referem, serão a seguir comentados os demais princípios constitucionais e legais já referidos, além de alguns não contemplados expressamente no direito positivo, mas que informam também o Direito Administrativo.

3.3.1 LEGALIDADE

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei.

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei”.

No direito positivo brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.

A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo dispositivo, em seu inciso XXXV, em decorrência do qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ainda que a mesma decorra de ato da Administração. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade administrativa, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção; tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria Administração.

O tema concernente ao princípio da legalidade foi mais desenvolvido no livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988* (Di Pietro: 2001). Sobre o alargamento do princípio da legalidade, v., neste livro, o item 1.8, sobre as tendências atuais do direito administrativo.

3.3.2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Esse princípio está presente tanto no momento da **elaboração da lei** como no momento da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o **legislador** e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

No que diz respeito à sua influência na elaboração da lei, é oportuno lembrar que uma das distinções que se costuma fazer entre o direito privado e o direito público (e que vem desde o Direito Romano) leva em conta o interesse que se tem em vista proteger; o direito privado contém normas de **interesse individual** e, o direito público, normas de **interesse público**.

Esse critério tem sido criticado porque existem normas de direito privado que objetivam defender o interesse público (como as concernentes ao Direito de Fa-

mília) e existem normas de direito público que defendem também interesses dos particulares (como as normas de segurança, saúde pública, censura, disposições em geral atinentes ao poder de polícia do Estado e normas no capítulo da Constituição consagrado aos direitos fundamentais do homem).

Apesar das críticas a esse critério distintivo, que realmente não é absoluto, algumas verdades permanecem: em primeiro lugar, as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do Direito Civil (que durou muitos séculos) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive a do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os **interesses públicos têm supremacia sobre os individuais**.

Com efeito, já em fins do século XIX começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, como decorrência das profundas transformações ocorridas nas ordens econômica, social e política, provocadas pelos próprios resultados funestos daquele individualismo exacerbado. O Estado teve que abandonar a sua posição passiva e começar a atuar no âmbito da atividade exclusivamente privada.

O Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo.

Em nome do primado do interesse público, inúmeras transformações ocorreram: houve uma ampliação das atividades assumidas pelo Estado para atender às necessidades coletivas, com a conseqüente ampliação do próprio conceito de serviço público. O mesmo ocorreu com o poder de polícia do Estado, que deixou de impor obrigações apenas negativas (não fazer) visando resguardar a ordem pública, e passou a impor obrigações positivas, além de ampliar o seu campo de atuação, que passou a abranger, além da ordem pública, também a ordem econômica e social. Surgem, no plano constitucional, novos preceitos que revelam a interferência crescente do Estado na vida econômica e no direito de propriedade; assim são as normas que permitem a intervenção do Poder Público no funcionamento e na propriedade das empresas, as que condicionam o uso da propriedade ao bem-estar social, as que reservam para o Estado a propriedade e a exploração de determinados bens, como as minas e demais riquezas do subsolo, as que permitem a desapropriação para a justa distribuição da propriedade; cresce a preocupação com os interesses difusos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico e artístico nacional.

Tudo isso em nome dos interesses públicos que incumbe ao Estado tutelar. É, pois, no âmbito do direito público, em especial do Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.

Ocorre que, da mesma forma que esse princípio inspira o **legislador** ao editar as normas de direito público, também vincula a Administração Pública, ao aplicar a lei, no exercício da função administrativa.

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. Em consequência, se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**, que torna o ato ilegal.

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público – também chamado de princípio da finalidade pública – está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2004:69), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. Mais além, diz que “**as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização**. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os **poderes** atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constate a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para coibir o exercício dos direitos individuais em conflito com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes da hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “*atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei*” (inciso II). Fica muito claro no dispositivo que o interesse público é irrenunciável pela autoridade administrativa.¹

¹ Sobre as críticas ao princípio da supremacia do interesse público, v., neste livro, o item 1.8, concernente às tendências atuais do direito administrativo e artigo publicado na *Revista Trimestral de Direito*

3.3.3 IMPESSOALIDADE

Este princípio, que aparece, pela primeira vez, com essa denominação, no art. 37 da Constituição de 1988, está dando margem a diferentes interpretações, pois, ao contrário dos demais, não tem sido objeto de cogitação pelos doutrinadores brasileiros. Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a **finalidade pública** que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Aplicação desse princípio encontra-se, por exemplo, no artigo 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordillo que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal”. Acrescenta o autor que, em consequência “as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, proíbe que conste **nome, símbolos** ou **imagens** que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”.

Na Lei nº 9.784/99, o princípio não aparece expressamente mencionado, porém, está implicitamente contido no artigo 2º, parágrafo único, inciso III, nos dois sentidos assinalados, pois se exige “*objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades*”.

Outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.

É oportuno lembrar, ainda, que a Lei nº 9.784/99, nos artigos 18 a 21, contém normas sobre **impedimento e suspeição**, que se inserem também como aplicação do princípio da impessoalidade e do princípio da moralidade (v. item 7.11.2.3). Do mesmo modo que nas ações judiciais existem hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz, também no processo administrativo essas hipóteses criam presunção

Público, nº 48, p. 63-76 (São Paulo: Malheiros, 2004). V. também *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.), Atlas, 2010.

de parcialidade da autoridade que decidir sem declarar a existência das causas de impedimento ou suspeição.

3.3.4 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE OU DE VERACIDADE

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da **presunção de legalidade**, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à **certeza dos fatos**; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Trata-se de presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova.

Como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação. É o que os franceses chamam de decisões executórias da Administração Pública.

3.3.5 ESPECIALIDADE

Dos princípios da **legalidade** e da **indisponibilidade do interesse público** decorre, dentre outros, o da **especialidade**, concernente à ideia de descentralização administrativa.

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias – como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.

Embora esse princípio seja normalmente referido às **autarquias**, não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas, instituídas por lei, para integrarem a Administração Pública Indireta. Sendo necessariamente criadas ou autorizadas por lei (conforme norma agora expressa no artigo 37, incisos XIX e XX, da Constituição), tais entidades não podem desvirtuar-se dos objetivos legalmente definidos. Com relação às sociedades de economia mista, existe norma nesse sentido, contida no artigo 237 da Lei nº 6.404, de 15-12-76, em cujos termos “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”. Significa que nem mesmo a Assembleia Geral de acionistas pode alterar esses objetivos, que são **institucionais**, ligados a interesse público indisponível pela vontade das partes interessadas.

3.3.6 CONTROLE OU TUTELA

Para assegurar que as entidades da Administração Indireta observem o princípio da especialidade, elaborou-se outro princípio: o do **controle** ou **tutela**, em consonância com o qual a Administração Pública direta fiscaliza as atividades dos referidos entes, com o objetivo de garantir a observância de suas finalidades institucionais.

Colocam-se em confronto, de um lado, a **independência** da entidade que goza de parcela de autonomia administrativa e financeira, já que dispõe de fins próprios, definidos em lei, e patrimônio também próprio destinado a atingir aqueles fins; e, de outro lado, a necessidade de **controle** para que a pessoa jurídica política (União, Estado ou Município) que instituiu a entidade da Administração Indireta se assegure de que ela está agindo de conformidade com os fins que justificaram a sua criação.

A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.

3.3.7 AUTOTUTELA

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade.

Esse poder da Administração está consagrado em duas súmulas do STF. Pela de nº 346, “a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”; e pela de nº 473, “a administração pode anular os 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”.

Também se fala em autotutela para designar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que integram o seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário. Ela pode, por meio de medidas de polícia administrativa, impedir quaisquer atos que ponham em risco a conservação desses bens.

3.3.8 HIERARQUIA

Em consonância com o princípio da hierarquia, os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei. Desse

princípio, que só existe relativamente às funções administrativas, não em relação às legislativas e judiciais, decorre uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência. Com a instituição da súmula vinculante pelo artigo 103-A da Constituição Federal (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/04, sobre reforma do Poder Judiciário), é estabelecida uma subordinação hierárquica dos órgãos do Judiciário ao Supremo Tribunal Federal; isto porque, se a decisão judicial contrariar ou aplicar indevidamente a súmula, o Supremo Tribunal Federal poderá cassá-la se acolher reclamação a ele dirigida, e **determinar** que outra seja proferida. A mesma subordinação ocorrerá com as decisões definitivas proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, § 2º, da Constituição).

3.3.9 CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Por esse princípio entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar. Dele decorrem consequências importantes:

1. a proibição de greve nos serviços públicos; essa vedação, que antes se entendia absoluta, está consideravelmente abrandada, pois a atual Constituição, no artigo 37, inciso VII, determina que o direito de greve será exercido “nos termos e nos limites definidos em lei específica”; o STF, na ausência de “lei específica”, decidiu pela aplicação da Lei nº 7.783/89 (cf. item 13.4.5); também em outros países já se procura conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público. Na França, por exemplo, proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escalas os diversos elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo cinco dias antes da data prevista para o seu início;
2. necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas;
3. a impossibilidade, para quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público;
4. a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade do serviço;
5. com o mesmo objetivo, a possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

3.3.10 PUBLICIDADE

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

Existem na própria Constituição (art. 5º) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade:

1. O inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a **defesa da intimidade** ou o **interesse social** o exigirem; como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público. O inciso LX deve ser combinado com o artigo 5º, X, que inova ao estabelecer serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; também os incisos XI e XII do artigo 5º protegem o direito à intimidade; o primeiro garante a inviolabilidade do domicílio, “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial”, e, o segundo, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, “salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Pode ocorrer conflito entre o direito individual ao sigilo, que protege a intimidade, e outro direito individual (como a liberdade de opinião e de imprensa) ou conflito entre o direito à intimidade e um interesse público (como o dever de fiscalização por parte do Estado. Para resolver esse conflito, invoca-se o princípio da proporcionalidade (em sentido amplo), que exige observância das regras da **necessidade**, **adequação** e **proporcionalidade** (em sentido estrito). Por outras palavras, a medida deve trazer o mínimo de restrição ao titular do direito, devendo preferir os meios menos onerosos (regra da necessidade); deve ser apropriada para a realização do interesse público (regra da adequação); e deve ser proporcional em relação ao fim a atingir (regra da proporcionalidade em sentido estrito).

Para proteger a intimidade, como direito individual, o direito positivo limita a atuação de determinados órgãos e instituições e de determinados profissionais que, por força das funções que lhes são próprias, têm conhecimento de informações relativas a terceiros, impondo-lhes o **dever**

de sigilo. Nessas hipóteses, as informações obtidas não podem ser objeto de divulgação; não tem aplicação, nesses casos, a regra da publicidade.² Vale dizer que existe o sigilo como **direito** fundamental, ao qual corresponde o **dever de sigilo** imposto a todos aqueles, sejam particulares, sejam agentes públicos, que tenham conhecimento de dados sigilosos que não lhes pertencem e em relação aos quais fica vedada a divulgação ou publicidade. O Código Penal tipifica como crime o fato de “revelar alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”.

A Lei nº 12.527, de 18-11-11, que regula o acesso a informações, estabelece, no artigo 31, § 1º, que as informações pessoais, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem anos) a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem. No § 3º do mesmo dispositivo são indicadas as hipóteses em que o consentimento não será exigido. O § 4º proíbe que a restrição de acesso à informação seja invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

2. O inciso XIV assegura a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.
3. O inciso XXXIII estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu **interesse particular**, ou de **interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, **ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado**; essa norma deve ser combinada com a do inciso LX, que garante o sigilo dos atos processuais quando necessário à defesa da intimidade e proteção do interesse social. Tais dispositivos estão disciplinados pela Lei nº 12.527, de 18-11-11.³

Essa Lei disciplina também os artigos 37, § 3º, II, e 216, § 2º, da Constituição; o primeiro prevê lei que assegure o acesso dos usuários a regis-

² No âmbito da legislação ordinária, existem inúmeras normas que protegem o direito à intimidade e impõem o dever de sigilo: Lei nº 7.232/84 (Lei de Informática, art. 2º, VIII), Lei nº 12.527, de 18-11-11, que regulamenta a parte final do artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição; sem falar na legislação que protege o sigilo que deve ser observado por determinados profissionais, como o médico (Código de Ética) e o Advogado (Estatuto da OAB).

³ A Lei nº 12.527/11 foi regulamentada pelo Decreto nº 7.724, de 16-5-12.

tros administrativos e a informações sobre atos do governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; o segundo outorga à Administração Pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitarem.

A Lei, ao mesmo tempo em que resguarda o direito de acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21), também protege as hipóteses de sigilo, de segredo de justiça e de segredo industrial (art. 22). Ela ainda estabelece o procedimento de acesso à informação, abrangendo o pedido e os recursos cabíveis (arts. 10 a 19), com a previsão de que os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público informarão ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, as decisões que, em grau de recurso, negarem acesso a informações de interesse público: define o que se considera sigilo imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passível de classificação como ultrassecreta, secreta ou reservada (arts. 23 e 24); estabelece os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação do sigilo de informações, indicando as autoridades competentes e exigindo, dentre outros requisitos, fundamento da classificação (arts. 27 e 28); define as condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público ou militar e as sanções cabíveis, inclusive por ato de improbidade (art. 32); estabelece as penalidades aplicáveis à pessoa física ou entidade privada que detiver informações em virtude de vínculo de qualquer natureza com o Poder Público.

4. O direito à informação relativa à **pessoa** é garantido pelo *habeas data*, nos termos do inciso LXXII do artigo 5º da Constituição: “conceder-se-á *habeas data*:
 - a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
 - b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

O *habeas data* tem, pois, uma finalidade restrita; em outras hipóteses, o direito à informação pode ser assegurado pelas vias ordinárias ou por mandado de segurança, já que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV).

O direito à informação, para os fins do artigo 5º, LXXII, da Constituição, está disciplinado pela Lei nº 9.507, de 12-11-97. De acordo com o parágrafo único do artigo 1º, “considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária de informações”.

Está claro que o direito à informação, nesse caso específico em que é protegido pelo *habeas data*, somente é exercido quando a informação esteja depositada em órgão ou entidade (sejam públicos ou privados) que forneçam dados a terceiros; não cabe o direito se a informação for usada para uso exclusivo do próprio órgão ou entidade.

O direito à informação é exercido mediante requerimento dirigido ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e deve ser deferido ou indeferido no prazo de 48 horas, sendo a decisão comunicada ao requerente em 24 horas (art. 2º). Em caso de deferimento, o depositário deve comunicar ao requerente o dia e hora em que tomará conhecimento da informação (art. 3º).

Ao interessado é dado requerer a retificação, se a informação estiver errada e apresentar os devidos comprovantes ou exigir que do registro ou banco de dados conste explicação ou contestação sobre os mesmos, ou ainda a possível pendência sobre os fatos registrados (art. 4º). O procedimento administrativo para a obtenção dessas medidas é gratuito, conforme artigo 21 da Lei nº 9.507.

Em caso de recusa, caberá o *habeas data* (v. item 17.5.4.2).

5. O inciso XXXIV assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas:
 - a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;
 - b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direito e esclarecimento de situações pessoais.

Quando a certidão é pedida para outros fins, como, por exemplo, a proteção de interesses coletivos, ainda assim ela é devida pela Administração, sob pena de tornar-se inviável a propositura de ação popular, de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo só que, nessa hipótese, a certidão, ou mesmo o direito à informação, não será gratuita.

O direito à expedição de certidão está disciplinado pela Lei nº 9.051, de 18-5-95, que fixa o prazo de 15 dias para atendimento, a contar do registro do pedido no órgão expedidor e exige que do requerimento constem esclarecimentos relativos aos fins e razões do pedido.

Na Lei nº 9.784/99, o artigo 2º, parágrafo único, inciso V, exige “*divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição*”, além de várias outras exigências pertinentes ao mesmo princípio, analisadas no item 15.5.1.

Ainda com relação ao princípio da publicidade, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece, no artigo 1º, § 1º, que a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e “transparente”. E, no artigo 48, com a redação dada pela Lei Complementar nº 131, de 27-5-09, estabelece normas sobre

a “transparência da gestão fiscal”, exigindo, no parágrafo único, “incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no artigo 48-A”.⁴

Além disso, a Lei Complementar nº 131/09 inseriu dispositivos prevenindo: (a) a exigência de disponibilização de informações pertinentes à despesa e à receita a qualquer pessoa física ou jurídica (art. 48-A); (b) a legitimidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato para denunciar irregularidades ao Tribunal de Contas e ao órgão do Ministério Público sobre o descumprimento das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 73-A); a observância de prazos fixados na lei para cumprimento das medidas previstas nos artigos 48 e 48-A, sob pena de sujeição à sanção prevista no artigo 23, § 3º, I, ou seja, proibição de recebimento de transferências voluntárias (arts. 73-B e 73-C).

No Estado de São Paulo, a **Constituição de 1989** também assegura a publicidade administrativa; o artigo 112 exige publicação das leis e atos administrativos externos para que produzam os seus efeitos regulares, apenas permitindo a publicação resumida quando se trate de atos não normativos; o artigo 114 obriga a Administração a fornecer a qualquer interessado, no prazo máximo de **10 dias**, certidão de atos, contratos, decisões ou pareceres, sob pena de responsabilização da autoridade ou servidor que negar ou retardar a sua expedição.

Além disso, a Lei nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelece normas sobre o direito à obtenção de certidão e de informações pessoais; em ambos os casos, o direito deve ser assegurado no prazo de 10 dias (arts. 74 e 78, II).

3.3.11 MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Nem todos os autores aceitam a existência desse princípio; alguns entendem que o conceito de moral administrativa é vago e impreciso ou que acaba por ser absorvido pelo próprio conceito de legalidade.

⁴ O Decreto nº 7.185, de 27-5-10, dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, III, da Lei Complementar nº 101/00.

No entanto, antiga é a distinção entre Moral e Direito, ambos representados por círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral e, o menor, ao direito. **Licitude** e **honestidade** seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo o qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto).

Antonio José Brandão (RDA 25:454) faz um estudo da evolução da moralidade administrativa, mostrando que foi no direito civil que a regra moral primeiro se imiscuiu na esfera jurídica, por meio da doutrina do exercício abusivo dos direitos e, depois, pelas doutrinas do **não locupletamento à custa alheia** e da **obrigação natural**. Essa mesma intromissão verificou-se no âmbito do direito público, em especial no Direito Administrativo, no qual penetrou quando se começou a discutir o problema do exame jurisdicional do **desvio de poder**.

O mesmo autor demonstra ter sido Maurice Hauriou o primeiro a cuidar do assunto, tendo feito a sua colocação definitiva na 10ª edição do *Précis de Droit Administratif*, onde define a moralidade administrativa como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”; 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**; há uma **moral institucional**, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que “é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”.

Conforme assinalado, a imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de **desvio de poder**, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos **fins (desvio de poder)**.

Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à **disciplina interna** da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluía a apreciação pelo Poder Judiciário. Este só examinaria a **legalidade** dos atos da Administração; não o **mérito** ou a **moralidade**.

Certamente, com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de **ilegalidade**, sujeita, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O **direito** ampliou o seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à **moral**.

No direito positivo brasileiro, a lei que rege a ação popular (Lei nº 4.717, de 29-6-65) consagrou a tese que coloca o desvio de poder como uma das hipóteses

de ato administrativo **ilegal**, ao defini-lo, no artigo 2º, parágrafo único, alínea e, como aquele que se verifica “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Será então que se pode identificar o princípio da legalidade com o da moralidade administrativa?

Em face do direito positivo brasileiro, a resposta é negativa. A Constituição de 1967, no artigo 84, V, mantido como artigo 82, V, na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerava como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentassem contra a **probidade administrativa**; e a Constituição de 1988, além de repetir aquela norma no artigo 85, V, faz um avanço, ao mencionar, no artigo 37, *caput*, como princípios autônomos, o da **legalidade** e o da **moralidade**, e, no § 4º do mesmo dispositivo, punir os atos de improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Também merece menção o artigo 15, inciso V, que inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a de “*improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º*”. Por sua vez, o artigo 5º, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular para incluir, entre outros, os que impliquem ofensa à **moralidade administrativa**. Além disso, a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7-6-94, alterou o § 9º do artigo 14 da Constituição para colocar a **probidade administrativa** e a **moralidade para o exercício do mandato** como objetivos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidades.

A Lei nº 1.079, de 10-4-50, que define os crimes de responsabilidade, prevê, no artigo 9º, os crimes contra a probidade administrativa; em alguns deles, há ofensa direta à lei, como na hipótese de infringência às normas legais sobre provimento dos cargos públicos; em outros, isso não ocorre, como na hipótese de omissão ou retardamento doloso na publicação de atos do Poder Executivo, na omissão de responsabilização dos subordinados por delitos funcionais e no de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

A Lei nº 9.784/99 prevê o princípio da moralidade no artigo 2º, *caput*, como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, exige “*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé*”, com referência evidente aos principais aspectos da moralidade administrativa.

Mesmo os comportamentos ofensivos da **moral comum** implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa (cf. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, 1974:11).

Além disso, o princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São frequentes, em matéria de licitação, os conluíus entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

É evidente que, a partir do momento em que o desvio de poder foi considerado como ato **ilegal** e não apenas imoral, a moralidade administrativa teve seu campo reduzido; o que não impede, diante do direito positivo brasileiro, o reconhecimento de sua existência como princípio autônomo.

Embora não se identifique com a legalidade (porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei), a imoralidade administrativa produz efeitos jurídicos, porque acarreta a invalidade do ato, que pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. A apreciação judicial da imoralidade ficou consagrada pelo dispositivo concernente à ação popular (art. 5º, LXXIII, da Constituição) e implicitamente pelos já referidos artigos 15, V, 37, § 4º, e 85, V, este último considerando a improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

Merece menção a obra em que Agustin Gordillo (1982:74-78) fala sobre a existência de uma **administração paralela**, ou seja, de um “parassistema jurídico-administrativo, que revela existirem, concomitantemente, procedimentos formais e informais, competências e organização formais e informais, a Constituição real e o sistema paraconstitucional, o governo instituído e o governo paralelo e, também, a existência de dupla moral ou de duplo *standard* moral, que está presente em todos os setores da vida pública ou privada. Ele cita o caso do comerciante que quer denunciar o competidor desleal que não paga os impostos, o do estudante que “cola” nos exames, o do professor que não ensina, e em geral o de todos aqueles que exercem uma atividade qualquer sem dedicação, sem responsabilidade, sem vocação, sem espírito de servir à comunidade. Acrescenta ele que “a dupla moral implica o reconhecimento de que o sistema não deve ser cumprido fiel nem integralmente, que ele carece de sentido; é o parassistema o que dá realidade e sentido obrigacional às condutas individuais”.

É a existência dessa moral paralela na Administração Pública um problema crucial de nossa época, por deixar sem qualquer sanção atos que, embora legais, atentam contra o senso comum de honestidade e de justiça.

Segundo Gordillo, é só por meio da participação popular no controle da Administração Pública que será possível superar a existência dessa administração paralela e, em consequência, da **moral** paralela.

Sobre moralidade administrativa, falamos, de modo mais aprofundado, no livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Sobre a relação entre legalidade, moralidade e probidade, v. Capítulo 18 deste livro (item 18.1).

3.3.12 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade.

Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário (Di Pietro, 2001b:174-208).

Segundo Gordillo (1977:183-184), “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar”.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, “o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos **interesses públicos**”. Ele realça o aspecto **teleológico** da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, “a razoabilidade, agindo como um limite à discricionariedade na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricionariedade na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.

Também se refere a esse princípio Lúcia Valle Figueiredo (1986:128-129). Para ela, “discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, **dentro de um critério de razoabilidade**, e afastado de seus próprios *standards* ou **ideologias**, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”.

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige **proporcionalidade** entre os meios de que se utiliza

a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in *RDP* 65/27). Se a decisão é **manifestamente inadequada** para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade (Capítulo 7, item 7.8.5).

O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

Agora, com a Emenda Constitucional nº 45, de 8-12-04, que dispõe sobre a Reforma do Judiciário, acrescenta-se um inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Trata-se da razoabilidade no prazo de tramitação dos processos judiciais e administrativos. O intuito evidente é o de acelerar essa tramitação, o que somente será possível com a criação de instrumentos adequados. Não adianta impor finalidades sem outorgar os meios necessários. Uma medida que pode colaborar com a consecução desse fim é a **súmula vinculante**, prevista no artigo 102, § 2º (com a redação dada pela referida Emenda) e no artigo 103-A, introduzido pela mesma Emenda. A súmula, uma vez aprovada pelo STF, será obrigatória, não só para os demais órgãos judiciais, como também para toda a administração pública, direta e indireta, federal, estadual e municipal.

Muitos processos judiciais e administrativos poderão tornar-se inúteis quando tratarem de assunto já resolvido por súmula vinculante.

A insistência da Administração Pública em prolongar discussões, nas esferas administrativa e principalmente judicial – chegando às raias da imoralidade administrativa – será cerceada com esse novo instrumento, o que certamente contribuirá para a sensível redução dos prazos de tramitação dos processos administrativos e judiciais.

3.3.13 MOTIVAÇÃO

O **princípio** da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

Na Constituição Federal, a exigência de motivação consta expressamente apenas para as decisões administrativas dos Tribunais e do Ministério Público (arts. 93 e 129, § 4º, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04), não havendo menção a ela no artigo 37, que trata da Administração Pública, provavelmente pelo fato de ela já ser amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Na Constituição Paulista, o artigo 111 inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.

Na Lei nº 9.784/99, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º, *caput*, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “*indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão*”. Além disso, o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de exame de ofício;
- VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Como se verifica pelo dispositivo, as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração. No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipó-

teses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos. Além disso, há que se lembrar que a exigência de motivação consta de outras leis esparsas, como ocorre, exemplificativamente, na Lei nº 8.666/93, sobre licitações e contratos. Também é o caso dos artigos 56, § 3º, 64-A da Lei nº 9.784 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.417, de 19-12-06, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal); embora sem falar em **motivação**, esses dispositivos implicitamente a exigem, ao determinarem que a autoridade administrativa que proferir decisão contra a súmula vinculante **explícite as razões** por que o fazem.

A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Nesse caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante.

3.3.14 EFICIÊNCIA

A Emenda Constitucional nº 19, de 4-6-98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37, *caput*. Também a Lei nº 9.784/99 fez referência a ele no artigo 2º, *caput*.

Hely Lopes Meirelles (2003:102) fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. Acrescenta ele que: “esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao ‘dever de boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao *controle de resultado* (arts. 13 e 25, V), fortalece o *sistema de mérito* (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a *supervisão ministerial* quanto à *eficiência administrativa* (art. 26, III) e recomenda a *demissão* ou *dispensa* do servidor comprovadamente *ineficiente* ou *desidioso* (art. 100)”.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Trata-se de ideia muito presente entre os objetivos da Reforma do Estado. No Plano Diretor da Reforma do Estado, elaborado em 1995, expressamente se afirma que “reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do

Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais – *operem muito eficientemente*”.

É com esse objetivo que estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo momento.

No livro *Parcerias na administração pública* (2012:304), já tivemos oportunidade de realçar a acentuada oposição entre o **princípio da eficiência**, pregado pela ciência da Administração, e o **princípio da legalidade**, imposto pela Constituição como inerente ao Estado de Direito. Lembramos, então, o ensinamento de Jesus Leguina Villa (1995:637) a respeito dessa oposição entre os dois princípios quando o autor afirma: “Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.”

Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, 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.

3.3.15 SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ

Existe grande aproximação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da proteção à confiança e entre este e o princípio da boa-fé, razão pela qual serão os três tratados neste item.⁵

⁵ Sobre o assunto, escrevemos mais detidamente, artigo sobre *os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé* (in *Direito Público Atual. Estudos em homenagem ao Professor Néelson Figueiredo*. Org. Instituto de Direito Administrativo de Goiás, Fabrício Motta. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 296-316).

3.3.15.1 SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica, que não tem sido incluído nos livros de Direito Administrativo entre os princípios da Administração Pública, foi inserido entre os mesmos pelo artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

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 os 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*”.

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

O princípio tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos.

A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.

Embora seja essa a ideia inspiradora da inclusão do princípio da segurança jurídica na Lei nº 9.784/99, ela não esgota todo o sentido do princípio, que informa vários institutos jurídicos; podendo mesmo ser inserido entre os princípios gerais do direito, portanto não específico do Direito Administrativo. Com efeito, o princípio está na base das normas sobre prescrição e decadência, das que fixam prazo para a

Administração rever os próprios atos, da que prevê a súmula vinculante; o § 1º do artigo 103-A da Constituição Federal deixa expresso o objetivo da súmula vinculante de afastar controvérsias que gerem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

3.3.15.2 PROTEÇÃO À CONFIANÇA

No Brasil, a doutrina apenas recentemente começou a debruçar-se sobre o princípio da proteção à confiança. É provável que o trabalho pioneiro sobre o tema tenha sido escrito por Almiro do Couto e Silva, publicado na *Revista Brasileira de Direito Público – RDPB*, v. 2, nº 6, p. 7-59.

Demonstra o jurista que esse princípio tem sido tratado no direito brasileiro como princípio da segurança jurídica. E, na realidade, trata-se de princípio que corresponde ao aspecto subjetivo da segurança jurídica. Conforme ensinamento do autor,

“no direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, ‘segurança jurídica’ é expressão que geralmente designa a parte objetiva do conceito, ou então simplesmente, o princípio da segurança jurídica, enquanto a parte subjetiva é identificada como ‘proteção à confiança’ (no direito germânico) ou ‘proteção à confiança legítima’ no direito comunitário europeu”.

Teve início pelo trabalho da jurisprudência, mais especificamente do Tribunal Administrativo Federal, em acórdão de 1957, ao qual se sucederam inúmeros outros. Foi previsto na Lei de Processo Administrativo alemã, de 1976, sendo elevado à categoria de princípio de valor constitucional, na década de 1970, por interpretação do Tribunal Federal Constitucional. A preocupação era a de, em nome da proteção à confiança, manter atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade.

Do direito alemão passou para o direito comunitário europeu, consagrando-se em decisões da Corte de Justiça das Constituições Europeias como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário” (cf. Couto e Silva, ob. cit., p. 14).

No direito brasileiro, o tema demorou a ser tratado, talvez pelo fato de que as nossas Constituições (ao contrário das europeias) têm consagrado o princípio da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, que constituem aplicação do princípio da segurança jurídica.

Segundo J. J. Gomes Canotilho (2000:256),

“o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se conside-

ravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos”.

Na realidade, o princípio da proteção à confiança leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.

No direito brasileiro não há previsão expressa do princípio da proteção à confiança; pelo menos não com essa designação, o que não significa que ele não decorra implicitamente do ordenamento jurídico. O que está previsto expressamente é o princípio da segurança jurídica.

3.3.15.3 BOA-FÉ

O princípio da boa-fé começou a ser aplicado no direito administrativo muito antes da sua previsão no direito positivo, o que veio a ocorrer com a Lei federal nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No artigo 2º, parágrafo único, IV, a lei inclui entre os critérios a serem observados nos processos administrativos a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”. Também está previsto no artigo 4º, II, que insere entre os deveres do administrado perante a Administração o de “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé”.⁶

Na Constituição, o princípio não está previsto expressamente, porém pode ser extraído implicitamente de outros princípios, especialmente do princípio da moralidade administrativa e da própria exigência de probidade administrativa que decorre de vários dispositivos constitucionais (arts. 15, V, 37, § 4º, 85, V). A Lei nº 8.429, de 2-6-92 (Lei da Improbidade Administrativa), considera como ato de

⁶ O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm prestigiado a boa-fé do servidor, entendendo que não está obrigado a devolver importâncias remuneratórias recebidas indevidamente, a menos que seja comprovada a má-fé. Nesse sentido, acórdão do STF: ARE 696.316, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão monocrática, j. em 10-8-12, DJe de 16-8-12. Também acórdãos do STJ: EResp 711.995-RS, DJe de 7-8-08.

improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (art. 11).

O princípio da boa-fé abrange um **aspecto objetivo**, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um **aspecto subjetivo**, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé.

Há quem identifique o princípio da boa-fé e o da proteção à confiança. É o caso de Jesús González Perez, em sua obra sobre *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Na realidade, embora em muitos casos, possam ser confundidos, não existe uma identidade absoluta. Pode-se dizer que o princípio da boa-fé deve estar presente do lado da Administração e do lado do administrado. Ambos devem agir com lealdade, com correção. O princípio da proteção à confiança protege a **boa-fé do administrado**; por outras palavras, a confiança que se protege é aquela que o particular deposita na Administração Pública. O particular confia em que a conduta da Administração esteja correta, de acordo com a lei e com o direito. É o que ocorre, por exemplo, quando se mantêm atos ilegais ou se regulam os efeitos pretéritos de atos inválidos.

3.3.15.4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Existem inúmeras situações em que os três princípios podem ser invocados. Algumas são analisadas a seguir, a título ilustrativo:

a) **na manutenção de atos administrativos inválidos**

Essa possibilidade tem sido reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência (conforme demonstrado nos itens 7.11.2.1 e 7.11.2.11) e ocorre quando o prejuízo resultante da anulação for maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.

Quanto a este tema, têm que ser levados em consideração os princípios do interesse público, da segurança jurídica, nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança), bem como o da boa-fé.

b) **na manutenção de atos praticados por funcionário de fato**

Nesse caso, o servidor está em situação irregular, ou porque não preenche os requisitos para o exercício do cargo, ou porque ultrapassou a idade limite para continuar no cargo, ou porque está em situação de acumulação irregular, enfim porque existe algum tipo de irregularidade em sua investidura. A rigor, os atos por ele praticados seriam ilegais, porque, estando irregularmente no exercício do cargo,

emprego ou função, ele não teria competência para a prática de atos administrativos. No entanto, mantêm-se os atos por ele praticados, uma vez que, tendo aparência de legalidade, geraram nos destinatários a crença na validade do ato.

c) na fixação de prazo para anulação

O artigo 54 da Lei nº 9.784/99 agasalhou uma hipótese em que é possível a aplicação dos três princípios, quando estabelece que “o direito da Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Trata-se de mais uma hipótese em que o legislador, em detrimento do princípio da legalidade, prestigiou outros valores, como o da segurança jurídica, nos aspectos objetivo e subjetivo; também prestigiou o princípio da boa-fé quando, na parte final do dispositivo, ressaltou a hipótese de ocorrência de má-fé.

d) na regulação dos efeitos já produzidos pelo ato ilegal

Neste caso, não se mantém o ato ilegal; ele é anulado, porém sem aplicação dos efeitos retroativos à data em que foi praticado. Como exemplo, podem ser citadas as hipóteses previstas no artigo 27 da Lei nº 9.868, de 10-11-99, e no artigo 11 da Lei nº 9.882, de 3-12-99, que possibilitam, respectivamente, em caso de declaração de lei ou ato normativo em ação de declaração de inconstitucionalidade e em processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 de seus membros, restrinja os efeitos da declaração ou decida que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Os dois dispositivos indicam como justificativa para a adoção de tal medida “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”.

e) na regulação dos efeitos da súmula vinculante

Esta hipótese está prevista no artigo 4º da Lei nº 11.417, de 19-12-06, que regulamenta o artigo 103-A da Constituição Federal; de acordo com esse dispositivo, a súmula vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal pode, por decisão de 2/3 dos seus membros, restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica.

3.4 PODERES DA ADMINISTRAÇÃO

Analisados os princípios que estão na base de toda a função administrativa do Estado, é necessário examinar alguns dos poderes que deles decorrem para as autoridades administrativas; tais poderes são inerentes à Administração Pública

pois, sem eles, ela não conseguiria fazer sobrepor-se a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado.

Embora o vocábulo **poder** dê a impressão de que se trata de **faculdade** da Administração, na realidade trata-se de **poder-dever**, já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis.

Todos eles encerram prerrogativas de autoridade, as quais, por isso mesmo, só podem ser exercidas nos limites da lei.

Dentre eles, serão aqui analisados o **poder normativo**, o **disciplinar** e os **decorrentes da hierarquia**; o **poder de polícia** constituirá objeto de capítulo específico.

Quanto aos chamados poderes **discricionário** e **vinculado**, não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração.

O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de **restrição**, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador.

A discricionariedade, sim, tem inserida em seu bojo a ideia de prerrogativa, uma vez que a lei, ao atribuir determinada competência, deixa alguns aspectos do ato para serem apreciados pela Administração diante do caso concreto; ela implica liberdade a ser exercida nos limites fixados na lei. No entanto, não se pode dizer que exista como poder autônomo; o que ocorre é que as várias competências exercidas pela Administração com base nos poderes regulamentar, disciplinar, de polícia, serão vinculadas ou discricionárias, dependendo da liberdade, deixada ou não, pelo legislador à Administração Pública.

3.4.1 NORMATIVO

Normalmente, fala-se em **poder regulamentar**; preferimos falar em poder normativo, já que aquele não esgota toda a competência normativa da Administração Pública; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras, conforme se verá.

Os atos pelos quais a Administração exerce o seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos.

Segundo a lição de Miguel Reale (1980:12-14), podem-se dividir os atos normativos em **originários** e **derivados**. “Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo”; compreende os

atos emanados do Legislativo. Já os atos normativos **derivados** têm por objetivo a “explicitação ou especificação de um conteúdo normativo preexistente, visando à sua execução no plano da *praxis*”; o ato normativo derivado, por excelência, é o regulamento.

Acrescenta o mesmo autor que “os **atos legislativos** não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela **originariedade** com que instauram situações jurídicas novas, **pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia**, ao passo que os demais atos normativos **explicitam** ou **complementam** as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade”.

Inserese, portanto, o **poder regulamentar** como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução.

Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o **regulamento executivo** e o **regulamento independente ou autônomo**. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas “para fiel execução da lei”; ele não pode estabelecer normas *contra legem* ou *ultra legem*. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia.

Essa distinção, nos países em que o sistema jurídico a agasalha, é ligada a outra distinção entre **regulamentos jurídicos ou normativos** e **regulamentos administrativos ou de organização**.

Os **regulamentos jurídicos** ou **normativos** estabelecem normas sobre relações de supremacia geral, ou seja, aquelas relações que ligam todos os cidadãos ao Estado, tal como ocorre com as normas inseridas no poder de polícia, limitadoras dos direitos individuais em benefício do interesse público. Eles voltam-se para fora da Administração Pública.

Os **regulamentos administrativos** ou **de organização** contêm normas sobre a organização administrativa ou sobre as relações entre os particulares que estejam em situação de submissão especial ao Estado, decorrente de um título jurídico especial, como um contrato, uma concessão de serviço público, a outorga de auxílios ou subvenções, a nomeação de servidor público, a convocação para o serviço militar, a internação em hospital público etc.

Nos casos de regulamentos jurídicos, o poder regulamentar é menor, com menos discricionariedade, porque diz respeito à liberdade e aos direitos dos particulares, sem qualquer título jurídico concedido por parte da Administração. Nos casos de

regulamentos administrativos ou de organização, a discricionariedade administrativa no estabelecimento de normas é maior porque a situação de sujeição do cidadão é especial, presa a um título jurídico emitido pela própria Administração, dizendo respeito à própria organização administrativa ou forma de prestação do serviço. Em consequência, os regulamentos jurídicos são necessariamente complementares à lei, enquanto os regulamentos administrativos podem ser baixados com maior liberdade.

Nos sistemas jurídicos que admitem essa distinção, os regulamentos independentes ou autônomos só podem existir em matéria organizativa ou de sujeição; nunca nas relações de supremacia geral.

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. Na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/69, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”, única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, previa, na redação original, competência para “dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, *na forma da lei*”.

Além disso, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, revogou, a partir de 180 dias da promulgação da Constituição, **sujeito esse prazo a prorrogação por lei**, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange à **ação normativa**. Paralelamente, o artigo 61, § 1º, II, *e*, faz depender de lei de iniciativa do Presidente da República “a criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública”. Isto significa que nem mesmo os regulamentos autônomos em matéria de organização administrativa existem no direito brasileiro, o que é lamentável, porque esse poder é atribuído aos demais Poderes, conforme artigos 51, IV (relativo à Câmara dos Deputados), 52, XIII (relativo ao Senado) e 96, I, *b* (relativo aos Tribunais).

Com a Emenda Constitucional nº 32, altera-se o artigo 84, VI, para outorgar ao Presidente da República competência para “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”. A competência, quanto à alínea *a*, limita-se à organização e funcionamento, pois a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública continua a depender de lei, conforme artigo 88, alterado pela Emenda Constitucional nº 32. Quanto à alínea *b*, não se trata de função regulamentar, mas de típico ato de efeitos concretos, porque a competência do Presidente da República se limitará a extinguir cargos ou funções, quando vagos, e não a estabelecer normas sobre a matéria.

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*. A norma estabelece certo paralelismo com atribuições semelhantes da Câmara dos Deputados (art. 51, IV), do Senado (art. 52, XIII) e dos Tribunais (art. 96, I, *b*).

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.

No entanto, alguns órgãos ainda hoje dispõem de competência normativa, porque a legislação que a delegava, antes da Constituição de 1988, teve o prazo de vigência prorrogado por lei, tal como previsto expressamente no artigo 25 das Disposições Transitórias. Fora dessas hipóteses, os demais órgãos administrativos que continuam a exercer função normativa, dispondo sobre matéria reservada à lei ou ao regulamento, não mais dispõem desse poder e as normas que editam padecem do vício de inconstitucionalidade.

Há que se lembrar que, em matéria de telecomunicações e de petróleo, as Emendas Constitucionais nºs 8/95 e 9/95 alteraram, respectivamente, a redação dos artigos 21, XI, e 177, § 2º, III, para prever a promulgação de lei que disponha sobre a exploração dessas atividades e a instituição de seu **órgão regulador**. Com base nesses dispositivos, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (Lei nº 9.472, de 26-12-96) e a Agência Nacional do Petróleo – ANP (Lei nº 9.478, de 6-8-97). Além disso, leis ordinárias foram criando outras agências reguladoras, algumas com funções ligadas a concessões, como é o caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (Lei nº 9.427, de 26-12-96), outras com funções de polícia em áreas específicas, a exemplo da Agência Nacional de Águas – ANA (Lei nº 9.984, de 17-7-00), Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa (Lei nº 9.782, de 26-1-99), Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (Lei nº 9.961, de 29-1-00), além de agências criadas nos âmbitos estadual e municipal. Isso significa que esses órgãos reguladores exercerão função normativa, porém dentro dos limites do princípio da legalidade (v. seção 10.9.3).

Além do decreto regulamentar, o poder normativo da Administração ainda se expressa por meio de **resoluções, portarias, deliberações, instruções**, editadas por autoridades que não o Chefe do Executivo. Note-se que o artigo 87, parágrafo único, inciso II, outorga aos Ministros de Estado competência para “expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”. Há, ainda, **os regimentos**, pelos quais os órgãos colegiados estabelecem normas sobre o seu funcionamento interno. Todos esses atos estabelecem normas que têm alcance limitado ao âmbito de atuação do órgão expedidor. Não têm o mesmo alcance nem a mesma natureza que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo.

Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob

pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição). Lembre-se de que o Congresso Nacional dispõe agora de poder de controle sobre atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V), e que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, com base no artigo 102, I, *a*, da Constituição, abrange não só a lei como também o **ato normativo** federal ou estadual; por outras palavras, abrange também qualquer ato normativo baixado por órgãos administrativos.

Quanto à omissão do Poder Executivo em editar regulamentos, a Constituição de 1988 trouxe remédio que resolve parcialmente o problema; previu o **mandado de injunção** e a **ação de inconstitucionalidade por omissão**.

O primeiro tem alcance restrito às hipóteses em que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5º, LXXI). Cabe, nesse caso, ao Poder Judiciário, suprir a omissão, estabelecendo a norma que resolva o caso concreto.

O segundo, previsto no artigo 103, § 2º, tem âmbito um pouco menos restrito, porque é cabível quando haja omissão de medida necessária para tornar efetiva **norma constitucional**; nesse caso, o STF, órgão competente para julgar, deverá dar ciência da decisão ao Poder competente para cumprimento no prazo de 30 dias.

Continuam desprotegidas as hipóteses em que a falta de regulamentação torna inviável o cumprimento da legislação infraconstitucional. Hely Lopes Meirelles (1989:108) entende que, “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 os 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”.

3.4.2 DISCIPLINAR

Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública.

Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado.

No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia; mesmo no Poder Judiciário e no Ministério Público, onde não há hierarquia quanto ao exercício de suas funções institucionais, ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição.

O poder disciplinar é discricionário, o que deve ser entendido em seus devidos termos. A Administração não tem liberdade de escolha entre punir e não punir, pois, tendo conhecimento de falta praticada por servidor, tem necessariamente que instaurar o procedimento adequado para sua apuração e, se for o caso, aplicar a pena cabível. Não o fazendo, incide em crime de condescendência criminosa, previsto no artigo 320 do Código Penal e em improbidade administrativa, conforme artigo 11, inciso II, da Lei nº 8.429, de 2-6-92.

A **discricionariedade** existe, **limitadamente**, nos procedimentos previstos para apuração da falta, uma vez que os Estatutos funcionais não estabelecem regras rígidas como as que se impõem na esfera criminal. O Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de São Paulo (Lei nº 10.261, de 28-10-68) determina, no artigo 310, que “não será declarada a nulidade de nenhum ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial, ou, diretamente, na decisão do processo ou da sindicância”.

Além disso, a lei costuma dar à Administração o poder de levar em consideração, na escolha da pena, a natureza e a gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público (art. 128 do Estatuto Federal – Lei nº 8.112, de 11-12-90, e art. 252 do Estatuto Estadual).

Discricionariedade existe também com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do “procedimento irregular” e da “ineficiência no serviço”, puníveis com pena de demissão, e da “falta grave”, punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra dessas infrações.

Nenhuma penalidade pode ser aplicada sem prévia apuração por meio de **procedimento legal**, em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da Constituição).

Quanto aos meios de apuração, serão analisados em capítulo concernente ao processo administrativo.

3.4.3 DECORRENTES DA HIERARQUIA

A organização administrativa é baseada em dois pressupostos fundamentais: a distribuição de competências e a hierarquia. O direito positivo define as atribuições dos vários órgãos administrativos, cargos e funções e, para que haja harmonia e unidade de direção, ainda estabelece uma relação de **coordenação** e **subordinação** entre os vários órgãos que integram a Administração Pública, ou seja, estabelece a hierarquia.

Não se pode dizer que a organização hierárquica corresponda a atribuição exclusiva do Poder Executivo, diante do artigo 61, § 1º, II, da Constituição, segundo o qual se incluem na iniciativa do Presidente da República as leis que disponham sobre organização administrativa. Combinando-se esse dispositivo com o artigo 84,

VI, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01, tem-se que concluir que a organização administrativa, quando não implique aumento de despesa, é da competência do Presidente da República; quando acarrete aumento de despesa, é matéria de lei de iniciativa do Presidente da República.

No entanto, mesmo quando dependa de lei, pode-se dizer que da organização administrativa decorrem para a Administração Pública diversos poderes:

1. o de **editar atos normativos** (resoluções, portarias, instruções), com o objetivo de ordenar a atuação dos órgãos subordinados; trata-se de atos normativos de efeitos apenas internos e, por isso mesmo, inconfundíveis com os regulamentos; são apenas e tão somente decorrentes da **relação hierárquica**, razão pela qual não obrigam pessoas a ela estranhas;
2. o de **dar ordens** aos subordinados, que implica o dever de obediência, para estes últimos, salvo para as ordens manifestamente ilegais;
3. o de **controlar** a atividade dos órgãos inferiores, para verificar a legalidade de seus atos e o cumprimento de suas obrigações, podendo **anular** os atos ilegais ou **revogar** os inconvenientes ou inoportunos, seja *ex officio*, seja mediante provocação dos interessados, por meio de recursos hierárquicos;
4. o de **aplicar sanções** em caso de infrações disciplinares;
5. o de **avocar** atribuições, desde que estas não sejam da competência exclusiva do órgão subordinado;
6. o de **delegar** atribuições que não lhe sejam privativas.

Há de se observar que a **relação hierárquica** é acessória da organização administrativa. Pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico. Outras vezes, acontece o mesmo porque a própria lei atribui uma competência, com exclusividade, a determinados órgãos administrativos, em especial os colegiados, excluindo, também, a interferência de órgãos superiores.

Ainda a respeito de hierarquia, cabe assinalar que a expressão pode ser empregada em três sentidos diferentes, um técnico-político e os outros dois jurídicos (cf. Renato Alessi, 1970:103):

- a) sob o primeiro aspecto, a hierarquia é um **princípio**, um critério de organização administrativa, em decorrência do qual um órgão se situa em plano

de superioridade com respeito a outros que se situam na mesma posição em relação a outros que, por sua vez, se situam na mesma posição em relação a outros mais, e assim por diante, dando lugar a uma característica **pirâmide**; em seu ápice encontra-se o Chefe do Poder Executivo, de onde emanam as diretrizes para os órgãos inferiores; estes, por sua vez, fornecem os elementos e preparam as decisões dos órgãos superiores;

- b) sob o segundo aspecto (agora jurídico), a hierarquia corresponde a um **ordenamento hierárquico** definido por lei e que implica diversidade de funções atribuídas a cada órgão; essa distribuição de competências pode ser mais ou menos rígida, podendo ser **concorrente** ou **exclusiva**; dependendo da maior ou menor rigidez, os órgãos superiores terão maior ou menor possibilidade de controle sobre os subordinados;
- c) sob o terceiro aspecto (ainda jurídico), a hierarquia corresponde a uma **relação** pessoal, obrigatória, de natureza pública, que se estabelece entre os titulares de órgãos hierarquicamente ordenados; é uma relação de coordenação e de subordinação do inferior frente ao superior, implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência. Vale dizer que o **ordenamento hierárquico** é fixado pela lei e que desse ordenamento resulta uma **relação de coordenação e subordinação**, que implica os já referidos poderes para a Administração.

Segundo Mário Masagão (1968:55), a relação hierárquica caracteriza-se da seguinte maneira:

- a) é uma relação estabelecida entre órgãos, de forma necessária e permanente;
- b) que os coordena;
- c) que os subordina uns aos outros;
- d) e gradua a competência de cada um.

Daí a sua definição de hierarquia como “o vínculo que coordena e subordina uns aos outros os órgãos do Poder Executivo, graduando a autoridade de cada um”.

Apenas substituiríamos a expressão “Poder Executivo” por “Administração Pública”, já que nos outros Poderes existem órgãos administrativos com a mesma organização hierárquica e a mesma relação de hierarquia.

Nos Poderes Judiciário e Legislativo não existe hierarquia no sentido de **relação de coordenação e subordinação**, no que diz respeito às suas funções institucionais. No primeiro, há uma distribuição de competências entre instâncias, mas uma funcionando com independência em relação à outra; o juiz da instância superior não pode substituir-se ao da instância inferior, nem dar ordens ou revogar e anular os atos por este praticados. Com a aprovação da Reforma do Judiciário pela Emen-

da Constitucional nº 45/04, cria-se uma hierarquia parcial entre o STF e todos os demais órgãos do Poder Judiciário, uma vez que suas decisões sobre matéria constitucional, quando aprovadas como súmulas, nos termos do artigo 103-A, introduzido na Constituição, terão efeito vinculante para todos. O mesmo ocorrerá com as decisões definitivas proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, § 2º). No Legislativo, a distribuição de competências entre Câmara e Senado também se faz de forma que haja absoluta independência funcional entre uma e outra Casa do Congresso.