

MARÇAL JUSTEN FILHO

**CURSO DE DIREITO
ADMINISTRATIVO**

9.^a edição
revista, atualizada e ampliada



785

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável
GISELLE TAPAI

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Equipe de Conteúdo Editorial: Elisabeth Bianchi, Flávio Viana Filho e Henderson Ffirst

Editorial

Coordenação
JULIANA DE CICCIO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Ana Beatriz de Melo Cyrino, Camila Amadi Bonfim Rosa, Érica Hashimoto, George Silva Melo, Georgina Renata Dias e Ivo Shigueru Tomita

Técnicos de Processos Editoriais: Maria Angélica Leite e Paulo Alexandre Teixeira

Capa: Chrisley Figueiredo

Coordenação Administrativa
RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Cibele Souza Mendes, Karla Capelas e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação
ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Ana Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Justen Filho, Marçal

Curso de direito administrativo / Marçal Justen Filho. – 9. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-4763-8

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título.

13-03303

CDU-35

Índices para catálogo sistemático: 1. Direito administrativo 35

MARÇAL JUSTEN FILHO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

9.^a edição
revista, atualizada e ampliada

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

MARÇAL JUSTEN FILHO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

9.^a edição

revista, atualizada e ampliada

A partir da Constituição Federal de 1988, o núcleo do Direito Administrativo deixou de ser o poder (e suas conveniências), para tornar-se o poder-dever de realização dos direitos fundamentais.

A presente obra funda-se no pressuposto da preponderância dos direitos fundamentais e da submissão da atividade administrativa à observância de procedimentos democráticos. A atividade administrativa é um instrumento para a realização concomitante dos interesses individuais e coletivos.

Esta 9.^a edição do *Curso de Direito Administrativo* é uma obra aperfeiçoada. Agora editada pela Revista dos Tribunais, trata de modo mais abrangente os diversos institutos do Direito Administrativo, tomando em vista as modificações marcantes que vêm ocorrendo na realidade político-social do Brasil. Mas o compromisso transcendental permanece inalterado: não cabe transigir com a supremacia dos direitos fundamentais.

A exposição vem acompanhada da indicação da jurisprudência mais recente do STF e do STJ.

ISBN 978-85-203-4763-8



9 788520 347638



MANESCO.
RAMIRES.
PEREZ.
AZEVEDO
MARQUES

Capítulo 2

A atividade de Administração Pública

O direito administrativo tem por conteúdo disciplinar a atividade administrativa pública – a qual pode ser desenvolvida no âmbito do Estado ou não. Isso significa que o direito administrativo institui a atividade administrativa estatal e estabelece as condições para o desenvolvimento da atividade administrativa não estatal e os princípios e as regras pertinentes a elas.

Para compreender o conceito de atividade administrativa pública, é necessário aprofundar a distinção entre as diversas funções estatais e conhecer a concepção da separação de poderes.

2.1 A separação de poderes estatais

A separação de poderes é orientada a impedir que todas as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que “o poder controle o próprio poder”. Ocorre a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco.¹

A proposta de separação de poderes é essencialmente um instrumento de limitação do poder político. No entanto e com o passar do tempo, deixou de ser considerada apenas como uma manifestação de freios e contrapesos.

Tal como exposto por Bruce Ackerman, as teorias de separação dos poderes são orientadas a promover três finalidades distintas, que são a democracia, a competência profissional e a proteção e a ampliação dos direitos fundamentais.²

1. Como afirmou Montesquieu, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (*O espírito das leis*, p. 172).

2. ACKERMAN. *A nova separação dos poderes*, p. 7.

Portanto, a separação de poderes também é uma solução orientada a evitar decisões inadequadas, produzidas pela concentração de todos os poderes numa única autoridade. Justamente por isso, a separação de poderes preconiza a atribuição de competências a autoridades não eleitas diretamente pelo povo, tal como se passa com a magistratura e o Ministério Público. Essa solução se destina a assegurar que certas decisões sejam adotadas segundo critérios distintos da vontade da maioria – o que é uma garantia essencial à democracia, mas também é uma exigência relacionada com a seleção de sujeitos segundo critérios de mérito e qualificação.

Enfim, a separação de poderes é um mecanismo organizacional que se justifica pela afirmação dos direitos fundamentais. As diferentes autoridades se vinculam e comprometem com a defesa da dignidade humana e a dissociação de competências adquire uma dimensão finalística. Deixa de se constituir em uma simples técnica de organização do poder político e se configura como o meio para atingimento de fins constitucionalmente protegidos.

2.2 O conteúdo da separação de poderes

A separação de poderes alicerça-se em três postulados fundamentais.

O primeiro consiste na diferenciação de estruturas organizacionais estatais. É necessário configurar diferentes conjuntos de órgãos, organizados entre si por vínculos de cunho hierárquico. Cada uma das estruturas organizacionais é dotada de uma margem de autonomia, o que significa ausência de subordinação à outra. Costuma-se denominar “Poder” a essa estrutura organizacional. Sob esse prisma, existe uma separação “estrutural” de poderes, expressão que indica que os poderes do Estado são atribuídos a organizações de pessoas e bens diversas e autônomas entre si.

Depois, é necessária a diferenciação entre funções estatais, o que se faz em vista de sua consistência material. Classicamente, são identificadas três funções diversas: a legislação, a jurisdição e a administração. A isso se denomina separação “funcional” de poderes, o que significa que os poderes do Estado são diferenciados segundo sua natureza, atributos ou efeitos.

O terceiro postulado consiste em atribuir a cada estrutura organizacional (“Poder”) um tipo diverso de função. Cada estrutura orgânica é titular de competências diversas e, na concepção clássica, cabe a cada uma dessas estruturas orgânicas o exercício de uma única função específica e diferenciada.

2.3 A separação de poderes e as peculiaridades de cada país

A separação de poderes é adotada em quase todos os países, mas com configurações próprias e inconfundíveis.³ Ou seja, não há um modelo único de separação

3. Para uma análise crítica dos atuais modelos de separação de poderes adotados nos diferentes países, cf. ACKERMAN. *A nova separação dos poderes*.

de pod
históri
existen
Po
ração d
inconfi

2.4 A

Tr
essa vis
a jurisc
Poder J
titular
a comp

Es
cada Es
é impos
exercite
não faz
Por fim
legislaç

2.4.1 /

O
que não
desse pi
No
impasse
uma atu
porque

Por
um dos
de funçã
funções
poderes
accessori

2.4.2 /

Por
cionais
Judiciári

de poderes, mas cada Estado produz uma teoria própria, que reflete sua experiência histórica. Por exemplo, a separação de poderes nos EUA é muito diferente daquela existente na França. E nenhuma é similar à brasileira.

Portanto, existem algumas características comuns a todas as teorias de separação de poderes, mas o direito positivo de cada país consagra soluções próprias e inconfundíveis.

2.4 A concepção da tripartição de poderes

Tradicionalmente, prevalece uma concepção tripartite dos poderes. Segundo essa visão, existem três funções estatais, que são a administração, a legislação e a jurisdição. Cada uma dessas funções é atribuída a um Poder distinto. Assim, o Poder Judiciário é investido da competência jurisdicional, o Poder Legislativo é titular da competência legislativa ou legiferante e o Poder Executivo desempenha a competência administrativa ou executiva.

Essa orientação clássica deve ser entendida em termos, especialmente porque cada Estado adota uma solução específica para a separação de poderes. Depois, é impossível a separação absoluta de funções, de modo que os diversos poderes exercitem uma função única. Em terceiro lugar, existem estruturas estatais que não fazem parte dos três poderes tradicionais (Judiciário, Executivo, Legislativo). Por fim, há funções específicas que não se enquadram no conceito de jurisdição, legislação e de administração.

2.4.1 *A impossibilidade de separação absoluta de funções*

O sistema de separação de poderes cumpre melhor sua função na medida em que não haja um Poder absolutamente preponderante sobre os demais. A essência desse princípio está na separação harmônica e na conjugação de poderes.

No entanto, a independência absoluta de cada Poder geraria situações de impasse. Se cada Poder fosse absolutamente independente, seria difícil promover uma atuação harmônica entre eles. Surgiriam conflitos insuperáveis, especialmente porque é inviável que cada Poder exercite um único tipo de função.

Por isso, a separação de poderes conduz à autonomia relativa, em que cada um dos poderes exercita preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função. Ressalte-se que nenhum dos poderes é titular exclusivo de cada uma das funções nem cada uma das funções é desempenhada exclusivamente por um dos poderes. Ou seja, cada poder é investido de uma função principal, mas desempenha acessoriamente outras funções.

2.4.2 *As funções estatais anômalas em face da concepção tradicional*

Por outro lado, os Estados contemporâneos contemplam estruturas organizacionais que não se enquadram de modo perfeito no âmbito dos tradicionais Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo.

Há pelo menos duas funções desempenhadas pelo Estado contemporâneo que não encontram solução satisfatória no âmbito da tripartição clássica dos poderes. São elas o *controle de constitucionalidade dos atos normativos* e o *controle da regularidade das atividades estatais e privadas*. A tendência é de que essas funções sejam desempenhadas por estruturas autônomas, não integradas na organização de outros poderes.

2.4.2.1 O controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade consiste no exame da compatibilidade dos atos estatais com a Constituição. A concepção clássica da tripartição dos poderes não compreendia o controle de constitucionalidade – inclusive porque muitos países não reconheciam a possibilidade de controle da validade de atos estatais.

Existem diversos modelos de controle de constitucionalidade nos vários países. No Brasil, vigora uma concepção específica, caracterizada pela amplitude da atuação jurisdicional. Em muitos países, no entanto, reputa-se que o controle de constitucionalidade não se configura como uma função própria do Poder Judiciário.

Assim, inúmeros países preveem um conselho constitucional, que não é vinculado a qualquer outro Poder. Não é o caso brasileiro, em que o controle de constitucionalidade pode ser exercitado por qualquer juiz, na hipótese do chamado controle difuso. O controle concentrado e em abstrato é exercitado principalmente pelo STF (que integra o Poder Judiciário).

Mas é relevante assinalar que o controle de constitucionalidade em abstrato não se identifica de modo preciso e exato com a função jurisdicional. Assim se passa porque não existe a composição de um conflito de interesses concretamente existente. No controle de constitucionalidade em abstrato, um órgão estatal emite uma decisão reconhecendo que um ato ou uma omissão estatal violam a Constituição. No caso da inconstitucionalidade por omissão, a decisão pode traduzir-se na emissão de provimentos cuja eficácia é muito semelhante à produção legislativa.

2.4.2.2 O controle da regularidade de atos estatais e não estatais

Outra função estatal que não se enquadra na tripartição de poderes envolve a fiscalização da regularidade de atos estatais e não estatais. Esse controle é desenvolvido no interesse comum da Nação, por meio de órgãos estatais dotados de autonomia e que não exercitam funções propriamente jurisdicionais, administrativas ou legislativas.

Aliás, a relevância da função de controle conduziu à instituição, em outros países, do *Ouvidor do Povo (ombudsman)*. Consiste em uma estrutura administrativa autônoma cujo ocupante é escolhido por um processo especial, dotado de

garantia
governativa

2.5 A

A C
deres, q
independen

2.5.1 /

O a
e Judiciário
sitivo não

2.5

A e
cada um
natureza

Ass
ainda qu
quanto c

O F
são reser
fins judi
pode res
oriundas

O P
no tocan

4. Ress
âmb
figu
do d
temp
figu
no I
ber 1
Judi
Naci
exer
dos
que

garantias que lhe asseguram o controle da atuação de qualquer ocupante de função governamental.⁴

2.5 A separação de poderes no Brasil

A Constituição Federal de 1988 consagra a concepção da separação dos poderes, que são reconhecidos como autônomos entre si, sem que isso signifique a independência absoluta.

2.5.1 A formal tripartição de poderes

O art. 2.º da CF/1988 prevê a existência de três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), independentes e harmônicos entre si. Mas a interpretação do dispositivo não deve ser limitada a seus termos literais.

2.5.1.1 A heterogeneidade das competências de cada Poder

A existência de três poderes não significa que cada qual seja titular único de cada uma das funções estatais. Cada Poder é investido de competências dotadas de natureza diversa.

Assim, todos os poderes desempenham funções de natureza administrativa, ainda que seja para fins de organizar sua estrutura interna. Tanto o Poder Judiciário quanto o Poder Legislativo exercitam funções administrativas.

O Poder Judiciário também dispõe de poderes de natureza legislativa. A ele são reservadas certas competências no tocante à iniciativa de leis relevantes para fins judiciários. Ademais, o instrumento constitucional do mandado de injunção pode resultar na edição pelo Poder Judiciário de normas jurídicas similares àquelas oriundas do Poder Legislativo.

O Poder Legislativo é investido de poderes jurisdicionais em sentido próprio no tocante a processos envolvendo os ocupantes de certas funções (por exemplo, o

4. Ressalte-se que a Controladoria-Geral da União e outros órgãos equivalentes, criados no âmbito dos diferentes entes federativos e órgãos administrativos, não se confundem com a figura do *ombudsman*. A Controladoria-Geral da União, por exemplo, é um órgão vinculado diretamente à Presidência da República, sendo o Ministro-Chefe demissível a qualquer tempo, o que o diferencia da figura do *ombudsman*. As mesmas considerações se aplicam à figura prevista no § 7.º do art. 103-B da CF/1988, que determina que “A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça”. Essas entidades carecem de autonomia no tocante à investidura dos exercentes das funções de ouvidoria, tal como não há garantia contra a demissão imotivada dos titulares das funções de chefia. A subordinação dos seus agentes exclui a autonomia que é característica do “Ouvidor do Povo”.

art. 52, I, da CF/1988, que atribui ao Senado Federal competência para processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente quanto a crimes de responsabilidade).

O Poder Executivo também desempenha funções relacionadas com a legislação. Dispõe de iniciativa para desencadear o processo legislativo e de poderes de veto. É titular da competência para editar atos de cunho normativo (regulamentos) e também da competência para produzir medida provisória. O Poder Executivo não desempenha função jurisdicional em sentido próprio. Mas, no desempenho da função administrativa, também promove a composição de litígios, inclusive envolvendo particulares.⁵

Portanto, cada Poder não é titular exclusivo do exercício de uma função, mas é investido de uma função principal e, acessoriamente, do desempenho de outras.

Essa situação pode ser assim sumariada:

Poder Legislativo	{	função legiferante função jurisdicional função administrativa
Poder Judiciário	{	função jurisdicional função administrativa função legiferante
Poder Executivo	{	função administrativa função legiferante

2.5.1.2 A autonomia do Ministério Público e do Tribunal de Contas

É relevante assinalar que a Constituição Federal de 1988 instituiu outras duas estruturas orgânicas, com características jurídicas inerentes à condição de Poder. O Tribunal de Contas e o Ministério Público são titulares de competências próprias insuprimíveis e foram instituídos com autonomia em face dos demais poderes.⁶ É

5. Essa composição de litígios caracteriza-se como uma atividade de julgamento, mas não há atividade jurisdicional propriamente dita, como se verá adiante a propósito do processo administrativo.

6. Autonomia que pode ser verificada em inúmeros dispositivos constitucionais, entre eles: "Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96"; e "Art. 127. (...) § 1.º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional".

irrelevante q
do Poder Exe
Ambos são d
do Ministéri
por eles pró
própria e au
segurar seu
Enfim, são e
inconfundív
na disciplina
têm a denon

Portant
poderes no I
essa conclus
mativa da ex
assegurar ao
de um Poder

Por out
poderes. É pc
acrescida de
que muitas vi
poderes mas
por um dos p

2.5.2 A aut

Ospode
de competên
nais, nenhun

Nenhun
cada Poder é i
de atuação co
atos praticad

7. Outro exe
selho Nac
Embora a
de Justiça
provenier
mais exat
evolução
autônomc

irrelevante que a Constituição tenha mantido o Ministério Público como integrante do Poder Executivo e o Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo. Ambos são dotados de funções próprias, inconfundíveis e privativas. As atribuições do Ministério Público e do Tribunal de Contas não podem ser exercitadas senão por eles próprios. Mais ainda, ambas as instituições têm estrutura organizacional própria e autônoma, e seus exercentes são dotados de garantias destinadas a assegurar seu funcionamento independente e o controle sobre os outros poderes. Enfim, são estruturas organizacionais autônomas a que correspondem funções inconfundíveis. Tudo o que caracteriza a existência de um “poder” está presente na disciplina constitucional do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Só não têm a denominação formal de Poder.⁷

Portanto e sob o prisma jurídico, deve-se reconhecer a existência de cinco poderes no Estado brasileiro. A redação do art. 2.º da CF/1988 não é obstáculo a essa conclusão. A interpretação jurídica permite superar o aparente conflito. A afirmativa da existência de três poderes não significa negar a decisão constitucional de assegurar ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas o regime jurídico próprio de um Poder.

Por outro lado, é evidente a ausência de impedimento à consagração de cinco poderes. É possível (e, mesmo, desejável) que a estrutura do Estado seja futuramente acrescida de outros órgãos dotados de autonomia, para o exercício de funções estatais que muitas vezes nem existiam à época do surgimento da concepção da separação de poderes mas que, desenvolvendo-se posteriormente, acabaram sendo acumuladas por um dos poderes tradicionais.

2.5.2 A autonomia e a atuação harmônica

Os poderes no Brasil são autônomos, o que significa que cada qual está investido de competências próprias e insuprimíveis. Excluídas as autorizações constitucionais, nenhum Poder pode delegar a outro as competências de que está investido.

Nenhum Poder é “superior” aos demais. No âmbito das próprias competências, cada Poder é inviolável. Mas a Constituição Federal de 1988 contempla mecanismos de atuação conjugada dos diversos poderes, de modo inclusive a permitir que os atos praticados no âmbito de um deles possa ser revisto por outro.

7. Outro exemplo da ampliação da complexidade da organização dos Poderes envolve o Conselho Nacional de Justiça, previsto no art. 92 da CF/1988 (com a redação da EC 45/2004). Embora a genérica alusão a um “controle externo” ao Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça não é integrado em nenhum outro Poder – sendo a maioria de seus membros provenientes dos quadros da magistratura. Afigura-se que ainda não existe a determinação mais exata da natureza jurídica e do regime aplicável ao CNJ. Mas nada impede que, com a evolução da disciplina jurídica, chegue-se ao reconhecimento de que se trata de um Poder autônomo.

Jurisprudência do STJ

"I - A rigor, o Poder Legislativo tem como função precípua a normatização do direito podendo, em caráter excepcional, exercer alguns dos poderes inerentes ao Judiciário, como é o caso do poder de investigação outorgado pelo art. 58, § 3.º da Constituição Federal. O que não pode e não deve acontecer é o Poder Legislativo investigar o Poder Judiciário praticando atos judicantes de competência exclusiva deste último. Flagrante interferência na autonomia do Judiciário, afrontando a cláusula da separação dos poderes e, com isso, violentando a Carta da República e o processo democrático" (HC 9.348/AC, Corte Especial, rel. Min. Garcia Vieira, rel. p/acórdão Min. Waldemar Zveiter, j. 7.02.2001, DJ 19.03.2001).

2.6 A função administrativa

A função⁸ administrativa apresenta natureza complexa e se traduz numa pluralidade de atividades distintas.

2.6.1 A amplitude da função administrativa

A grande dificuldade em definir a função administrativa reside na dinamicidade, na abrangência e na heterogeneidade do conceito.

Por um lado, cada Estado e cada sociedade desenvolveram, ao longo da história, as próprias concepções quanto à função administrativa. Ou seja, função administrativa não é algo definível segundo uma concepção abstrata e teórica, porque reflete o modo como a Nação forjou uma concepção concreta de Estado, que se reflete no seu direito positivo.

Portanto, o conceito de função administrativa adotado pelo direito positivo brasileiro não é resultado apenas da lógica e da razão, mas deriva da evolução histórica e de razões de ordem política. Ao longo do tempo, verificou-se a ampliação do conceito de função administrativa. A modificação das concepções quanto aos modelos de Estado traduziu-se preponderantemente na alteração do conteúdo da função administrativa. Alguns chegam a aludir à *administrativização* do Estado contemporâneo, para indicar que a função administrativa sofreu grande ampliação.

Depois, a função administrativa compreende atividades de fornecimento de utilidades materiais de interesse coletivo (coleta de lixo, por exemplo). Mas também abrange atuação de cunho jurídico, imaterial (regulamentação de poluição sonora, por exemplo). E também traduz a decisão de litígios, inclusive entre particulares (por exemplo, disputas quanto a competição desleal, levadas à apreciação do Cade). Um exame mais minucioso poderia indicar outras espécies de atuação compreendidas no âmbito da função administrativa, tal como será mais bem examinado adiante.

8. O conceito de função será mais bem examinado no Capítulo 3, abaixo.

Não
nição po
compree
jurisdiçã
imperios
uma evo

2.6.2 A

A fu
a satisfaç
mentais,
sob regim
jurisdicio

2.6.

Em
como um
sua instit
o exercíc
conduta :
conteúdo

2.6.

Justa
tico do su
constituci
a satisfaçã

9. "Este
minis
(los re
ante v
tambi
Esta é
admir.
da jur
comp
maior
introd

Não foi casual, portanto, que Agustín Gordillo tivesse preconizado uma definição por exclusão para função administrativa. Dizia que a função administrativa compreendia as competências estatais que não se enquadrassem no conceito de jurisdição e de legislação.⁹ Ainda quando não se adote uma definição negativa, é imperioso destacar que a determinação do conteúdo da função administrativa reflete uma evolução histórico-evolutiva.

2.6.2 A definição de função administrativa

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional.

2.6.2.1 A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos

Em primeiro lugar, a função administrativa somente pode ser compreendida como um feixe de poderes jurídicos. É um conjunto de competências, o que significa sua instituição e definição por meio do direito. Esses poderes jurídicos legitimam o exercício de atividades materiais e a formulação de comandos relativamente à conduta alheia, impondo-se aos terceiros o dever de respeitar e submeter-se ao conteúdo das decisões e dos atos praticados pelo titular da função.

2.6.2.2 Destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais

Justamente por se tratar de uma competência atribuída não no interesse egoístico do sujeito, a função compreende competências orientadas à realização de fins constitucionalmente eleitos. No caso da função administrativa, trata-se de promover a satisfação de interesses pertinentes aos direitos fundamentais.

9. "Este tipo de definición material no puede prosperar, en consecuencia, pues la función administrativa comprende actividades que son materialmente idénticas a la función legislativa (los reglamentos) y a la función jurisdiccional (la decisión adoptada por el Poder Ejecutivo ante un recurso jerárquico presentado frente al acto de un órgano inferior), tomadas éstas también en sentido objetivo" (GORDILLO. *Tratado de derecho administrativo*, t. I, p. VII-9). Esta é, também, a opção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando afirma que função administrativa é "uma atividade estatal remanescente, definida por exclusão da normativa e da jurisdicional, de modo que, como se pode antever, se estende sobre um vasto campo de competências, tão amplo e elástico conforme a doutrina política adotada confira ao Estado maior ou menor gama de atribuições administrativas" (*Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*, p. 23).

Ademais disso, é necessário assinalar que a natureza funcional das competências acarreta a vedação da omissão do seu exercício. A função administrativa envolve não apenas um conjunto de atribuições, mas um conjunto de atribuições que devem ser obrigatoriamente exercitadas, em virtude de ser imperiosa a realização dos direitos fundamentais.

2.6.2.3 *Cujo desempenho exige uma organização estável e permanente*

Mas é impossível compreender a função administrativa sem tomar em vista a existência de um conjunto de pessoas e de bens, organizados de modo estável e permanente para o desempenho específico dessas atividades. A complexidade e a relevância dos interesses a serem atendidos exigem organismos especialmente destinados à sua satisfação. Tais organizações estão inseridas preponderantemente na órbita estatal, o que não exclui a possibilidade de que entidades não estatais também desempenhem essas atividades.

2.6.2.4 *Exercitados sob regime jurídico infralegal*

A função administrativa se submete a regime caracterizado, primeiramente, pela infralegalidade. Isso significa que a função administrativa não compreende poder jurídico para introduzir normas jurídicas primárias. A função administrativa compreende a edição de normas jurídicas, mas tais normas são complementares daquelas produzidas no âmbito da função legislativa.

2.6.2.5 *E que se exteriorizam em atividades destituídas de natureza jurisdicional*

A função administrativa se traduz no desenvolvimento de atos e atividades que não apresentam natureza jurisdicional. Isso significa que a função administrativa não é orientada à composição de litígios por meio de sujeitos alheios ao conflito de interesses. Mais ainda, o desenvolvimento da função administrativa sujeita-se ao controle e à revisão pelos exercentes da função jurisdicional.

2.7 A separação estrutural de poderes: o Poder Executivo

A função administrativa é desempenhada pelos diversos poderes. Porém, o seu desempenho cabe preponderantemente ao Poder Executivo.

O Poder Executivo é um conjunto de órgãos, organizados entre si segundo uma concepção hierárquica centralizadora, em que prevalece a clara influência das concepções napoleônicas. O posto mais elevado é reservado ao Chefe do Executivo (Presidente da República, Governador do Estado ou do Distrito Federal e Prefeito

Muni
tuicã
Pode
dos o

2.8

sem v
impe

reserv
de cor

F
admir
e a ve

contro
diciár
mérito
assum

Jurisp

“
n
c
e
C
ti
d
q
A
re

“
âmbito
divers
concre
12.06.

10. Le
ul

Municipal). A estrutura fundamental do Poder Executivo está prevista na Constituição, e sua efetiva implementação deve fazer-se por lei, mas a atuação concreta do Poder Executivo não se subordina a determinações externas, provindas da vontade dos ocupantes de outros poderes.

2.8 Os efeitos da separação de poderes sobre a função administrativa

A separação de poderes impede que a atividade administrativa se desenvolva sem vinculação à lei. Em virtude da distinção entre legislação e administração, surge impedimento a que a atividade administrativa produza normas equivalentes às leis.

Ademais disso, a atividade administrativa é subordinada a uma série de controles reservados constitucionalmente ao Poder Legislativo. Essa função de fiscalização e de controle é desempenhada também pelo Tribunal de Contas.

Rigorosamente, não existe em nosso sistema um regime de reserva de atividade administrativa, expressão que indica a existência de limites à disciplina legislativa e a vedação à intromissão do Poder Legislativo em certos temas administrativos.¹⁰

Ademais disso, a separação de poderes subordina a Administração Pública ao controle jurisdicional. Os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário, cabendo discutir adiante os limites da avaliação judicial sobre o chamado *mérito* do ato administrativo. No entanto, isso não autoriza que o Poder Judiciário assumam competências de natureza administrativa.

Jurisprudência do STF

“(...) 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (art. 2.º da CF/1988), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (art. 22, IV, da CF/1988), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI 3.343/DF, Plenário, rel. Min. Luiz Fux, j. 01.09.2011, *DJe* 22.11.2011).

“Desse modo, a decisão impugnada resvalou no subjetivismo, invadindo o âmbito da discricionariedade legislativa e administrativa, impondo providência diversa da legalmente determinada e adotada pela Administração, sem justificar concretamente o porquê dessa medida (...)” (STA 335, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2009, *DJe* 23.06.2009).

10. Lembre-se que essa situação existe na França, onde o governo pode opor-se às leis que ultrapassem o limite constitucionalmente reservado para elas.

Jurisprudência do STJ

“A decisão que antecipou os efeitos da tutela incorre no que a lei denomina de ‘flagrante ilegitimidade’, porque o Poder Judiciário não deve, sob o fundamento de atendimento inadequado nos núcleos de abrigamento, intervir na administração do prefeito e da Câmara Municipal, determinando a contratação de servidores em caráter precário e a instauração de concurso público para cargos públicos sem que existam vagas a serem preenchidas” (AgRg na SLS 1.276, Corte Especial, rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.10.2010, DJe 19.11.2010).

2.9 Função administrativa e função de governo

Uma diferenciação relevante se relaciona com as competências propriamente governativas, que também são atribuídas preponderantemente ao Chefe do Poder Executivo.

A expressão *função de governo* indica um conjunto de competências não relacionadas propriamente à satisfação de necessidades essenciais. São aquelas atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias. Ambas as funções estão relacionadas à promoção dos direitos fundamentais, mas em níveis diversos. A função administrativa é instrumento de realização direta e imediata dos direitos fundamentais. A função de governo traduz o exercício da soberania da Nação e a definição das decisões políticas mais gerais. A função de governo também envolve a realização dos direitos fundamentais, mas não consiste numa medida diretamente referida a isso. Quando o Presidente da República firma um tratado internacional, desempenha uma função política. Mas há função administrativa quando firma um contrato administrativo. A distinção não é simples, especialmente porque existem elementos políticos no desempenho de função administrativa, tal como há uma carga administrativa na função política.

É fundamental destacar que a distinção entre função política e função administrativa não pode ser colocada em termos intrínsecos e abstratos. Não existe função política ou função administrativa *prévia* à ordem jurídica. O direito configura tais funções, submetendo-as a regimes jurídicos diversos.

Em certas situações práticas, a distinção dos regimes jurídicos aplicáveis é evidente. A competência do Presidente da República para assinar tratados internacionais pode ser diferenciada, em termos qualitativos, da atividade estatal de fornecimento de energia elétrica. Numa hipótese, há manifestação da existência do Brasil no cenário internacional; no outro caso, existe atendimento a necessidades essenciais. Mas em outros casos a distinção é muito problemática.

Adota-se o entendimento de que a função de governo não apresenta natureza administrativa, o que significa ausência de aplicação do mesmo regime jurídico reservado para a função administrativa. Mas isso não significa que a função política desenvolva-se ao externo da ordem jurídica.

Isso exige dois acréscimos indispensáveis.

C
exato
mais, é
dico da
admin
O
função
função
nem at
no âmb
seio do
Cezar l
afirmaç
estão co
tação fi
Ou seja
político
de auto
nomia s
instituí
concret
em face

2.10 Fu

É ú
nistrativ

A fu
trativa é
a função
cia.¹¹ A fi

2.11 O

A at
não impo
Legislati

11. Odet
admi

O primeiro se relaciona com a dificuldade de estabelecer um limite preciso e exato entre função administrativa e função política. Não é possível invocar, sem mais, a natureza política de certa competência para tentar escapar ao regime jurídico da função administrativa, até porque em inúmeros casos se conjugam funções administrativas e políticas.

O segundo se refere à existência de controles e limites apropriados para a função política, ainda que diferenciados. Admite-se que o regime jurídico da função de governo é diverso, mas isso não significa impossibilidade de controle nem ausência de limites. Mas o tema escapa ao direito administrativo, ingressando no âmbito do direito constitucional. A matéria foi objeto de acerbada discussão no seio do STF, a propósito do chamado “caso Battisti” (Extradição 1.085, rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, *DJe*, 15.04.2010). Em uma passagem relevante, foi afirmado que “Não há ‘judicialização da política’ quando as ‘questões políticas’ estão configuradas como verdadeiras ‘questões de direitos’”. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal” (voto do Min. Gilmar Mendes). Ou seja, a afirmação do Estado de Direito eliminou a possibilidade de poderes políticos absolutos. Existem funções políticas que podem compreender margem de autonomia para a deliberação da autoridade política. No entanto, essa autonomia sempre será interpretada e concretizada como uma manifestação de poder instituído, delimitado e fundado na ordem jurídica. Portanto, a decisão política concretamente adotada estará sujeita a controle de verificação de sua regularidade em face da ordem jurídica.

2.10 Função administrativa e atividade administrativa

É útil diferenciar os conceitos de função administrativa e de atividade administrativa.

A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência.¹¹ A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa.

2.11 O regime de direito administrativo e a atividade administrativa

A atividade administrativa é subordinada ao regime de direito administrativo, não importando se tal atividade é exercitada no âmbito do Poder Judiciário, do Poder Legislativo ou de qualquer outro órgão estatal.

11. Odete Medauar identifica as várias anotações do vocábulo *função* no direito público (*Direito administrativo moderno*, p. 114-115).

2.12 Os tipos de função administrativa estatal

A complexidade das competências atribuídas à Administração Pública exige sua sistematização, especialmente para fins didáticos. Lembre-se que essa diferenciação não significa que cada função seja absolutamente diferente e dissociada da outra. Por outro lado, o elenco abaixo não é exaustivo, pois outras manifestações de função administrativa podem ser identificadas.

2.12.1 Função administrativa conformadora ou ordenadora¹²

A função conformadora é o conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover sua execução concreta visando a conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais, como meio de produzir a harmonia social. Essa categoria compreende também o chamado *dever de proteção*, relacionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Isso consiste na atuação ativa que visa a assegurar que os direitos fundamentais sejam preservados no relacionamento entre sujeitos privados. A função administrativa conformadora traduz-se, de modo especial, no instituto do poder de polícia.

2.12.2 Função administrativa regulatória

A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo. A função administrativa regulatória costuma ser atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes.

2.12.3 Função administrativa de fomento

A função administrativa de fomento envolve a competência para aplicar recursos públicos e adotar providências destinadas a orientar o uso de recursos privados

12. Cf. as páginas fundamentais de Carlos Ari Sundfeld sobre a atividade ordenadora da vida privada, in: *Direito administrativo ordenador*.

visando
fins cor

2.12.4

Af
satisfaç
Traduz-
estar ab
e discip

2.12.5

Ma
indicar
formal e
sência, a
do exer
abrangia
entanto,
a deman
mento d
demais p
Público.
controle
pria Cor
adminis

A p
orientaç
natureza
disciplin
dade de a
inclusive
e qualqu
potencia

2.13 Af

No
Estado. I
administ

visando a incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas para atingir os fins constitucionalmente protegidos.

2.12.4 Função administrativa prestacional

A função administrativa prestacional é composta dos poderes para promover a satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais. Traduz-se, em especial, no instituto do serviço público. Mas também aí poderia estar abrangida a intervenção direta do Estado no domínio econômico, autorizada e disciplinada no art. 173 da CF/1988.

2.12.5 Função administrativa de controle

Mas também se pode aludir a uma função administrativa de controle, para indicar uma atuação formal e institucionalizada direcionada a verificar a correção formal e material da atuação dos próprios órgãos estatais. Lembre-se que, na essência, a teoria da separação de poderes se justifica como instrumento de controle do exercício do poder. Portanto, o controle das atividades administrativas está abrangido tanto na função legislativa como no âmbito da função jurisdicional. No entanto, a complexidade e a especialização das funções administrativas, assim como a demanda por transparência na atuação dos órgãos estatais, conduziram ao surgimento de controles cada vez mais sofisticados e detalhados. No âmbito externo aos demais poderes, houve a institucionalização do Tribunal de Contas e do Ministério Público. Mas se verificou também o surgimento de uma função administrativa de controle, desempenhada ao interno de cada ente e de cada órgão. A criação da própria Controladoria-Geral da União reflete essa tendência ao surgimento de órgãos administrativos especializados no desempenho de atividade de controle.

A peculiaridade da função de controle reside na sua vocação de fiscalização e orientação da atuação dos outros órgãos administrativos. Essa tendência apresenta natureza muito positiva, mas envolve a necessidade de aperfeiçoamento da sua disciplina jurídica. Assim, por exemplo, é indispensável reconhecer a obrigatoriedade de a função de controle ser desenvolvida sob a égide do devido processo legal, inclusive com a observância do direito de ampla defesa e contraditório para todo e qualquer sujeito (integrante ou não da estrutura estatal) cujos interesses forem potencialmente afetados pelas decisões adotadas.

2.13 A função administrativa não estatal

No passado, reputava-se que a função administrativa era monopolizada pelo Estado. Essa concepção vem sendo alterada, com a perspectiva de que a função administrativa seja desempenhada também por entidades não estatais. Isso conduz

à necessidade de diferenciar função administrativa estatal e função administrativa não estatal.

Assim, por exemplo, as instituições privadas de ensino e de saúde exercitam atividades que se assemelham àquelas desempenhadas pelo Estado. Muitas dessas entidades privadas assumem atuação vinculada intensamente à promoção dos direitos fundamentais, de modo a excluir uma distinção mais aprofundada em face dos órgãos estatais. Essas entidades devem ser subordinadas a regime jurídico similar àquele previsto para as organizações estatais.

Nessa linha, o STF reconheceu, ao julgar a ADI 3.026, que a OAB, embora titular de algumas competências essencialmente públicas, não integra a estrutura da Administração Pública. A OAB desempenha funções públicas, algumas de natureza administrativa, mas sem que a instituição apresente cunho governamental ou estatal.

2.13.1 Estado e sociedade civil

Um ponto fundamental consiste em reconhecer que o Estado Democrático não absorve a sociedade civil. As instituições estatais, que concentram o poder político, não eliminam as estruturas sociais autônomas, cuja existência não se deve à vontade dos governos.

Numa democracia, a sociedade não pode ser absorvida pelo Estado.¹³ Não apenas para efeito de a sociedade promover a fiscalização e o controle sobre o Estado, mas também quanto à promoção da satisfação das necessidades coletivas. Ou seja, a diferenciação entre Estado e sociedade é relevante para fins políticos, porque é essencial à democracia. Mas é também relevante para a promoção dos direitos fundamentais.

A sociedade tornou-se muito complexa para que suas necessidades sejam satisfeitas exclusivamente por parte do Estado. A cidadania impõe que os indivíduos e as empresas se organizem e atuem concretamente para minorar os problemas e combater as carências. A dignidade humana e a solidariedade são compromissos da Nação consigo mesma, e não um fardo a ser carregado apenas pelas instituições governamentais.

2.13.2 A necessidade de disciplina da função administrativa não estatal

As atividades administrativas desenvolvidas fora dos limites da estrutura estatal devem ser disciplinadas pelo direito. A generosidade inerente à atuação não

13. Lembre-se que uma das características do totalitarismo consiste precisamente na afirmação de que o Estado absorve todas as manifestações sociais. Não existem interesses privados oponíveis ao Estado. O indivíduo é uma figura irrelevante em face do Estado. A Nação é incorporada pela organização política estatal.

estatal d
não proc

Exi
promove
aplicaçã

Len
ação que
empresari
públicos,
não viser
gestão de
à atuação

Até
ciplina
estender
interesse

2.13.3 C

O rec
equivale a
Não é com
penhada p

Exist
passa com
em seu co
nalizado c
funções ac
leis. Portar
diferencia

O mo
veniência c
privada. A
em determ

Em al
tido de poc
Assim, por
externa e a
estatal deri
a titularida

estatal de interesse coletivo não dispensa controle jurídico. A relevância da função não produz imunidade ao direito.

Existindo organizações estruturadas de modo estável e permanente para promover a satisfação de interesses coletivos e os direitos fundamentais, haverá a aplicação de princípios do direito administrativo.

Lembre-se, ademais, que as organizações da sociedade civil desenvolvem atuação que, muitas vezes, é onerosa – mas não na acepção de refletir uma organização empresarial privada. Trata-se da percepção de vantagens provenientes de cofres públicos, de recebimento de doações e assim por diante. Ainda que essas entidades não visem ao lucro, sua atuação é custeada por recursos públicos e privados. A gestão desses recursos se sujeita aos mesmos instrumentos de controle aplicáveis à atuação estatal.

Até é possível que, no futuro, a função administrativa não estatal seja disciplinada por um ramo especial do direito. Até que tal se configure, é necessário estender o direito administrativo para esse relevante segmento de atividades de interesse coletivo.

2.13.3 O monopólio estatal de certas funções administrativas

O reconhecimento da existência de funções administrativas não estatais não equivale a admitir a ausência de monopólio estatal sobre determinadas funções. Não é correto reputar que toda e qualquer função administrativa possa ser desempenhada por entidade não estatal.

Existem certas funções públicas que são essencialmente estatais. Assim se passa com aquelas que envolvem a definição política dos destinos da comunidade em seu conjunto, tal como as que traduzem o exercício permanente e institucionalizado da violência. Mas a determinação dos limites do monopólio estatal das funções administrativas depende de escolhas realizadas pela Constituição e pelas leis. Portanto, a definição concreta de tais limites é *variável* ao longo do tempo e se diferencia nos vários países.

O monopólio estatal está diretamente relacionado com a inviabilidade ou inconveniência de desempenho de determinadas funções pela sociedade ou pela iniciativa privada. A satisfação de direitos fundamentais ou a implantação de certos valores, em determinadas situações, somente se pode fazer por meio da atuação estatal.

Em alguns casos, trata-se de reconhecer que somente o Estado pode ser investido de poderes aptos a afetar de modo radical os interesses coletivos e individuais. Assim, por exemplo, somente o Estado pode desempenhar a função de segurança externa e a ele incumbe o exercício da violência institucionalizada. O monopólio estatal deriva, em tais casos, da inadequação de atribuir a uma entidade não estatal a titularidade de certas funções.

Em outras hipóteses, os mecanismos inerentes à atividade não estatal são incapazes de promover a satisfação adequada dos direitos fundamentais. A ausência de intervenção estatal poderia redundar na frustração da realização dos direitos fundamentais da totalidade ou de parte da população. Nesses casos, o Estado monopolizará integralmente a atividade ou, ao menos, assumirá o seu desempenho concomitantemente com os particulares.

2.13.4 A atuação dos particulares

Deve-se ter em vista que a legitimação jurídica da atuação dos particulares para o desempenho de atividades relevantes para a realização dos direitos fundamentais não equivale à ausência de limites normativos ou de controles estatais. A redução da intervenção direta do Estado é acompanhada da ampliação do controle normativo sobre os particulares – de modo a se impor ao particular a realização dos valores e o atingimento dos fins buscados pela comunidade.

Reg
de c

O
duta hu
reputad
se reduz
aplicar c
escritas
do direit
tarefa er
caracter

3.1 As

O d
pios e co
modo inc
como un
Robert A
existem p

1. Dwo
Law's
por 1
Dwo
cf. N
Consi
o dir
conti
2. Cf. A.